



ALLAN R.
BREWER-CARÍAS

La Patología de la Justicia Constitucional

IJBA Investigaciones Jurídicas S.A.

EN editorial jurídica venezolana

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Simón Bolívar Professor, University of Cambridge (1985-1986)

Professeur Associé, Université de Paris II (1989-1990)

Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York (2006-2008)

LA PATOLOGÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

342

B847p

Brewer-Carías, Allan

La Patología de la justicia constitucional / Allan
Brewer-Carías. -- 1ª. ed. -- San José, C.R. : IJSA,
setiembre del 2012.

596 p. ; 21 x 13.6 cm.

ISBN 978-9977-13-536-6

1. Derecho constitucional. 2. Patología. I. Título.

Serie: Doctrina internacional.

© by Allan R. Brewer-Carías

<http://allanbrewercarias.com/>

allanbrewercarias@gmail.com

Editorial Jurídica Venezolana

Teléfono +58 (212) 762-25-53 / 762-38-42 /

Fax. +58 (212) 763-52-39

Email fejv@cantv.net

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>



investigaciones.juridicas.sa

Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Tel. (506) 2226-8320 / 2226-6433 Fax: 2226-4118

www.investigacionesjuridicas.com

E- mail: info@investigacionesjuridicas.com

Apdo. 631-2010 Zapote, San José, Costa Rica

© Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

*El juez constitucional, sus poderes de control
y la patología de la justicia constitucional*

I. Teoría y práctica de la justicia constitucional	15
II. Los jueces constitucionales y el poder constituyente.	23
III. Los jueces constitucionales y el legislador	33
VI. Los jueces constitucionales y la ausencia de legislación	39
V. Los jueces constitucionales y los poderes de control de constitucionalidad	56
Comentarios finales introductorios	63

PRIMERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES

- I. El juez constitucional y el control de constitucionalidad respecto de la convocatoria de asambleas constituyentes no previstas ni reguladas en la constitución 69**
1. *El caso de Colombia en 1991: la propuesta del Presidente de la República para la realización de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, sobre la base de un acuerdo político general de consenso y luego de varias consultas populares, con el aval del Juez Constitucional 76*
2. *El caso de Venezuela de 1999: la convocatoria por el Presidente de la República de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, y la ambigua decisión adoptada por el Juez Constitucional (jurisdicción contencioso administrativa) 84*
3. *El caso de Honduras de 2009: la propuesta del Presidente de la República para la realización de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, el tratamiento aplicado por el Juez Constitucional (jurisdicción contencioso administrativa) suspendiendo la propuesta, y la lamentable mala praxis final del técnico ejecutor (los militares). 129*
- II. El juez constitucional y el control de constitucionalidad de los poderes y ejecutorias de las asambleas constituyentes como poderes constituídos, y la asunción o usurpación por éstas del poder constituyente originario 166**

1. *El caso de la Asamblea nacional Constituyente de Venezuela en 1999: una Asamblea Constituyente que usurpó el "poder constituyente originario" y cuyos actos el Juez Constitucional los consideró inmunes al control de constitucionalidad* 168
2. *El caso de la Asamblea Constituyente de Ecuador en 2007: una Asamblea Constituyente que asumió "plenos poderes" y que proclamó que sus propios actos eran inmunes al control de constitucionalidad por parte del Juez Constitucional* 188

SEGUNDA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

- I. **El juez constitucional y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales respecto de los principios "pétreos" . . .** 199
 1. *El tema de los principios constitucionales pétreos y su posible modificación* 199
 2. *El síndrome de la abstención en el caso venezolano: la reforma constitucional vía enmienda del principio pétreo de la alternabilidad republicana, previamente distorsionado por el juez constitucional, y la renuncia a controlar la constitucionalidad del procedimiento utilizado para la reforma.* 213
- II. **El juez constitucional y el control de constitucionalidad de las reformas constitucio-**

nales efectuadas al margen de los procedimientos constitucionales	250
1. <i>El caso de Venezuela en 2009: el juez constitucional renunciando a controlar la constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional desarrollado en violación de la Constitución.</i>	255
2. <i>El caso de Colombia en 2012: el juez constitucional controlando las reformas constitucionales realizadas en violación de las prescripciones del propio texto constitucional</i>	292
III. El juez constitucional y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales efectuadas por el legislador ordinario . .	302
1. <i>El caso de Venezuela entre 2008 y 2010: la abstención del Juez Constitucional de controlar la constitucionalidad de la implementación, mediante leyes y decretos leyes, de la rechazada reforma constitucional de 2007</i>	302

TERCERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA USURPACIÓN DEL PODER CON OCASIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. El juez constitucional, la usurpación del poder constituyente y las mutaciones constitucionales	321
1. <i>El caso de Venezuela: el juez constitucional asumiendo competencias en materia de justicia constitucional no establecidas en la Constitución . .</i>	321

2.	<i>Otro caso de Venezuela: la mutación ilegítima de la Constitución por el Juez Constitucional . . .</i>	334
	A. <i>Las mutaciones constitucionales en materia de protección internacional de los derechos humanos</i>	341
	B. <i>La mutación constitucional en relación con la distribución de competencias en el Estado federal</i>	353
	C. <i>La mutación constitucional en relación con el financiamiento de los partidos políticos .</i>	358
	D. <i>La mutación constitucional en relación con los referendos revocatorios y su conversión en referendos ratificatorios</i>	362
3.	<i>El caso de Nicaragua en 2009: la mutación de la Constitución por el Juez Constitucional en materia de reelección presidencial</i>	367
II.	El juez constitucional y la usurpación de la función legislativa en Venezuela	371
1.	<i>El caso de Venezuela: la reforma de la ley procesal civil por el juez constitucional en materia de lapsos procesales</i>	372
2.	<i>Otro caso en Venezuela: la reforma de la Ley Orgánica de Amparo efectuada por el juez constitucional</i>	414
3.	<i>Un caso adicional de Venezuela: el juez constitucional actuando abiertamente como legislador positivo, sin límites, reformando leyes.</i>	429

CUARTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO Y EL SISTEMA DE GOBIERNO DEMOCRÁTICOS

- I. El juez constitucional, asumiendo de oficio, la defensa del orden democrático frente a un golpe de estado presidencial: el caso de Guatemala en 1993 446
- II. El juez constitucional absteniéndose de defender el orden democrático, a raíz de la crisis constitucional provocada por la anunciada renuncia del presidente de la república y la ausencia del vicepresidente: caso de Venezuela en 2002 448
- III. El juez constitucional controlando la constitucionalidad del acto parlamentario de remoción del presidente de la república: caso de Paraguay en 2012 460

QUINTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LOS AVANCES Y CARENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y PROGRESIVIDAD

- I. La necesaria protección de todos los derechos fundamentales y constitucionales . . . 476
 - 1. *El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales* 479

2.	<i>El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales</i>	485
	A. <i>La acción de protección chilena para determinados derechos</i>	485
	B. <i>La acción de "tutela" colombiana para la protección de derechos fundamentales</i>	486
3.	<i>La cuestión de la protección de los derechos en situaciones de emergencia</i>	489
4.	<i>El tema de la protección constitucional de los derechos sociales</i>	493
5.	<i>Los avances en materia de protección del derecho constitucional a la salud</i>	497
	A. <i>La protección del derecho a la salud como derecho colectivo</i>	503
	B. <i>La protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y las obligaciones del Seguro Social</i>	505
	C. <i>La protección limitada del derecho a la salud y los recursos financieros del Estado.</i>	510
II.	La necesaria protección constitucional para todas las personas agraviadas	512
1.	<i>La persona agraviada y la cuestión de la legitimación activa</i>	513
	A. <i>Las personas naturales: Legitimación activa ad causam y ad processum</i>	516
	B. <i>Personas Jurídicas: Legitimación activa ad causam y ad processum.</i>	520
	C. <i>Legitimación activa y la protección de derechos constitucionales colectivos y difusos.</i>	525
2.	<i>Funcionarios públicos con legitimación activa en el proceso de amparo</i>	532

3.	<i>La cuestión de la legitimación activa de otros funcionarios públicos en el recurso de amparo</i>	536
III.	La necesaria protección constitucional frente a todos los agraviantes	539
1.	<i>La cuestión de la individualización del demandado</i>	540
2.	<i>El demandado en la demanda de amparo: las autoridades y los particulares</i>	545
	A. <i>El amparo contra las autoridades públicas: entidades públicas y funcionarios públicos</i>	547
	B. <i>El amparo contra individuos o personas particulares</i>	551
IV.	La necesaria protección constitucional frente a todos los actos estatales	556
1.	<i>Amparo contra actos legislativos</i>	559
	A. <i>El amparo contra decisiones de cuerpos parlamentarios y sus comisiones</i>	559
	B. <i>El amparo contra las leyes.</i>	561
2.	<i>El amparo contra las actuaciones ejecutivas y actos administrativos</i>	568
	A. <i>El amparo contra actos del Poder Ejecutivo</i>	568
	B. <i>La acción de amparo y las cuestiones políticas</i>	571
	C. <i>La acción de amparo y el funcionamiento de los servicios públicos.</i>	574
3.	<i>El amparo contra las sentencias y actos judiciales.</i>	575
	A. <i>La admisión de los recursos de amparo contra las decisiones judiciales</i>	575
	B. <i>La exclusión de los recursos de amparo contra las decisiones judiciales</i>	579

-
4. *El amparo contra actos de otros órganos constitucionales* 580
 5. *El amparo contra las omisiones de entes públicos* 582

A MANERA DE CONCLUSIÓN:

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN, Y EL PROBLEMA DEL CONTROL DEL GUARDIÁN

INTRODUCCIÓN

EL JUEZ CONSTITUCIONAL, SUS PODERES DE CONTROL Y LA PATOLOGÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA JUSTICIA CON- STITUCIONAL

La culminación de la configuración del Estado Constitucional de derecho de nuestro tiempo puede decirse que se produjo con la aceptación generalizada de la justicia constitucional, como potestad asignada a los jueces para garantizar la supremacía de la Constitución.

Conforme a esa potestad, es característica común de todos los países democráticos del mundo contemporáneo, que los jueces constitucionales tengan como función primordial interpretar y aplicar la Constitución con el fin de preservar y garantizar esa supremacía, lo que generalmente ocurre cuando ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes, así como cuando garantizan la vigencia del principio democrático y la efectividad de los derechos fundamentales,

rol en el cual también asumen el papel de adaptar la Constitución cuando los cambios sociales y el tiempo así lo requieren.

Ese proceso se completó en el mundo contemporáneo, particularmente, después de la segunda guerra mundial, partiendo de varios de los principios fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, entre los cuales se destacan:

Primero, el principio de que la soberanía reside en el pueblo, y que ningún órgano del Estado es ni puede ser soberano, con lo cual se puso fin a la antigua soberanía del Parlamento y de la ley como supuesta expresión de la voluntad general.

Segundo, el principio de que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, otorga la Constitución, de manera que la misma sólo puede ser modificada por el propio pueblo, directamente o mediante los mecanismos por éste dispuestos en la propia Constitución; y

Tercero, el principio de que la Constitución otorgada por el pueblo es la ley suprema del Estado y de la sociedad, la cual se impone a todos, gobernantes y gobernados, en la cual se regula no sólo el ejercicio mismo de la soberanía, sino la organización del Estado con las competencias y límites de los órganos que ejercen el Poder Público; el régimen político democrático para el funcionamiento de la sociedad; y la declaración y reconocimiento de los derechos humanos, entre los cuales se destaca el propio derecho a la Constitución y a su supremacía.

Estos tres principios implican que todos los actos estatales, incluidas las leyes, están sujetos a la Cons-

titución y, por tanto, al control de constitucionalidad que los ciudadanos tienen el derecho de requerir para garantizar la supremacía constitucional, mediante el ejercicio de acciones y recursos ante los órganos jurisdiccionales a los cuales se asigna competencia para no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales cuando decidan casos concretos, o para declarar su nulidad con efectos *erga omnes* al decidir procesos constitucionales.¹

El rol de los jueces constitucionales, por tanto, puede decirse que hoy es común, sea cual sea el sistema de justicia constitucional adoptado, siendo una característica de sus funciones en el mundo contemporáneo el que se haya consolidado un proceso de convergencia progresiva de principios y soluciones,²

-
- 1 Véase en general sobre los sistemas de justicia constitucional, Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional," en *Revista Jurídica del Perú*, N° 3, 1995, Trujillo, Perú, pp. 121 a 160; Allan R. Brewer-Carías, "Control de la constitucionalidad. La justicia constitucional" en *El Derecho Público de finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 517-570; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI: La Justicia Constitucional, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San Cristóbal, 1996, 21 ss; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, UNAM, México 2007; *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica 2012
 - 2 Véase Lucio Pegoraro, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos," en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 131 ss.; Alfonse Celotto, "La justicia constitucional en el mundo: formas y modalidades," en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 3 ss

lo que en muchos casos dificulta que se pueda establecer la que fue la clásica y clara distinción entre los llamados sistemas concentrados y difusos de control de constitucionalidad,³ que tanto han dominado la materia por mucho tiempo.⁴

- 3 Véase por ejemplo, Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Bologna 2003, pp. 40 ss.; Francisco Fernández Segado, "La obsolescencia de la bipolaridad 'modelo Americano-modelo europeo-kelseniano' como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa," en su libro *La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado*, Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 129-220; Guillaume Tusseau, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, Edition bilingue: français-italien, 2009; Guillaume Tusseau, "Regard critique sur les outils méthodologique du comparatisme. L'exemple des modèles de justice constitutionnelle," en *IUSTEL, Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 4, Madrid, enero 2009, pp. 1-34
- 4 Véase Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World*, Indianapolis 1971, p.45; Mauro Cappelletti y J.C. Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations", en *Harvard Law Review*, 79, 6, April 1966, p. 1207; Mauro Cappelletti, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61, 1966, p. 28; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruillant, Bruxelles 2000, pp. 653 ss. En relación con dicha diferencia, que hemos utilizado con gran frecuencia, se puede afirmar que el único aspecto de la misma que aún permanece constante, es el que se refiere al órgano jurisdiccional de control, en el sentido de que en el sistema difuso de control de constitucionalidad el mismo corresponde a todos los tribunales y jueces, siendo todos ellos "jueces constitucionales" sin la necesidad de que sus poderes estén establecidos expresamente en la Constitución; mientras que en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, es la Constitución la que debe establecer la Jurisdicción Constitucional en forma expresa, asignando a una sola Corte, Tribunal o Consejo Constitucional, o al Tribunal o Corte Suprema existente, la facultad exclusiva de controlar la constitucionalidad de las leyes y de poder anularlas cuando sean inconstitucionales.

Lo que es claro en la actualidad, es que cualquiera sea el sistema de justicia constitucional que se adopte, el juez constitucional tiene siempre un conjunto de tareas esenciales mediante las cuales debe asegurar:

Primero, como comisario del poder constituyente, que la soberanía permanezca siempre en el pueblo y no sea usurpada por los órganos constituidos.

Segundo, como tal comisario del poder constituyente, que los principios pétreos de la Constitución permanezcan en vigencia como lo resolvió el pueblo al aprobar la Constitución.

Tercero, como garante de la supremacía constitucional que la Constitución sólo se pueda reformar conforme a los procedimientos de revisión constitucional dispuestos en el propio texto constitucional por voluntad del pueblo.

Cuarto, como garante de la rigidez constitucional que el legislador ordinario no efectúe reformas constitucionales, irrespetando los procedimientos establecidos en la Constitución..

Quinto, como poder constituido del Estado, que en el ejercicio de sus funciones de control, actúe sometido a la Constitución, conforme a las atribuciones que la misma le asigna, sin poderla mutar ilegítimamente.

Sexto, como garante del régimen político democrático previsto en la Constitución, que el acceso al poder solo se haga conforme a sus previsiones; y

Séptimo, como garante de los derechos fundamentales, su efectiva vigencia y protección conforme a los principios de la progresividad y universalidad

En efecto, y en particular refiriéndonos a la relación del juez constitucional con el legislador, que es quizás donde con más frecuencia se evidencia la patología de la justicia constitucional, los jueces constitucionales, sin duda, pueden ayudar al Legislador a llevar a cabo sus funciones; pero en ningún caso pueden sustituirlo ni pueden promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma. En ese sentido es que es posible afirmar como principio general, que los jueces constitucionales aún siguen siendo considerados -como Hans Kelsen solía decir- como “Legisladores Negativos;”⁵ es decir, que no pueden ser “Legisladores Positivos” en el sentido de que los mismos no pueden elaborar ni crear leyes *ex novo* que sean producto “de su propia concepción,” ni pueden adoptar “reformas” respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos.⁶

Este sigue siendo, sin duda, el principio general sobre la justicia constitucional en el derecho comparado en su relación con el Legislador, a pesar de que en las últimas décadas el papel de los jueces constitucio-

5 Véase Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie Général de Droit et the Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197-257 ; Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 2001.

6 Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators' in the United States*, U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 3, 5. El texto de este *National Report* y de todos los otros que se citan en esta Introducción presentados al XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio de 2010, se publicaron en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011.

nales haya cambiado considerablemente, pues su rol no limita ya a sólo declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, o a anularlas o no por razones de inconstitucionalidad.⁷

Al contrario, en todos los sistemas de justicia constitucional se han venido desarrollado nuevos enfoques conforme a los cuales, por ejemplo, basados en el principio de conservación de las leyes, y debido a la presunción de constitucionalidad de la cual gozan, los jueces constitucionales tienden a evitar tener que anularlas o a declararlas inconstitucionales (aún cuando sean contrarias a la Constitución), y proceden cada vez con más frecuencia a interpretarlas de acuerdo con la Constitución, en conformidad con ella, o en armonía con sus normas. Ello ha permitido al juez constitucional evitar que se produzcan vacíos legislativos y, en algunos casos, incluso, llenarlos en forma temporal y hasta permanente cuando los mismos se producen por una eventual declaración de nulidad o inconstitucionalidad de la ley.

Además, en la actualidad es aún más frecuente constatar cómo los jueces constitucionales, en lugar de estar controlando la constitucionalidad de leyes existentes, cada vez con más frecuencia controlan la ausencia de tales leyes, o las omisiones o abstenciones absolutas del legislador, o sus omisiones relativas. Al controlar estas omisiones legislativas, el juez cons-

7 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011; "Prólogo" sobre "Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa," al libro de Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 96, Caracas 2011, pp. 9-70

titucional, en muchos casos, ha asumido el papel de ayudante o de auxiliar del Legislador, creando normas que normalmente derivan de la Constitución; y aún, en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador, asumiendo un papel abierto de "Legislador Positivo," expidiendo reglas temporales y provisionales para ser aplicadas en asuntos específicos que aún no han sido objeto de regulación legislativa, pero que deducen de la propia Constitución.

Una de las principales herramientas que han acelerado este nuevo papel de los jueces constitucionales ha sido la aplicación de principios como el de la progresividad y de la prevalencia de los derechos humanos,⁸ tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con el "redescubrimiento" del derecho a la igualdad y a la no discriminación que han hecho los jueces constitucionales en todos los sistemas. En estos casos, en interés de la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cierto es que no han existido dudas para aceptar la legitimidad de la acción de los jueces constitucionales, aun cuando interfieran con las funciones Legislativas, al aplicar principios y valores constitucionales.

En relación con esto, en realidad, la discusión principal actual no se enfoca ya en tratar de rechazar estas actividades "legislativas" por parte de los jueces constitucionales, sino en determinar el alcance y los límites de sus decisiones y el grado de interferencia

8 Véase Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; 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.

permitido en relación con las funciones legislativas. Como lo ha expresado Francisco Fernández Segado, el objetivo en realidad es evitar “convertir al guardián de la Constitución en soberano.”⁹ Sin embargo, muchas veces dicho objetivo no se logra, surgiendo signos patológicos fundamentalmente, primero, en las relaciones entre los jueces constitucionales y el poder constituyente, que a veces muestran a los mismos promulgando reglas constitucionales y hasta mutando la Constitución; y segundo, en las relaciones entre los jueces constitucionales y el legislador, al asumir tareas no sólo de auxiliares del mismo, complementando disposiciones legales, agregando nuevas disposiciones a las existentes y también determinando los efectos temporales de la leyes; sino llenando las omisiones absolutas o relativas del legislador.

II. LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y EL PODER CONSTITUYENTE

Los jueces constitucionales, en efecto, siendo los comisarios del poder constituyente para asegurar la supremacía constitucional, con gran frecuencia interfieren con el propio poder constituyente, promulgando, en algunos casos, reglas de orden constitucional, por ejemplo, cuando resuelven controversias o conflictos constitucionales entre los órganos del Estado; cuando ejercen el control de constitucionalidad respecto de disposiciones constitucionales o sobre enmiendas constitucionales; y cuando realizan mutaciones legíti-

9 Véase Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

mas a la Constitución mediante la adaptación de sus disposiciones a los tiempos modernos, dándoles significado concreto.

El primer caso se refiere a los jueces constitucionales cuando interfieren con el poder constituyente, resolviendo conflictos constitucionales o controversias entre órganos del Estado, papel que es común por ejemplo en los Estados Federales. Es así, por ejemplo, que la Corte Constitucional austriaca ha llegado a actuar como un legislador positivo, "promulgando normas de rango constitucional" al ejercer poderes de regulación, por ejemplo, en relación con la distribución de competencias entre la Federación y los "Länder," (o Estados Federados) reservándose la última palabra en la materia.¹⁰ También ha sido el caso en los Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha ido determinando de manera progresiva las facultades del gobierno federal en relación con los Estados, basándose en la denominada "*commerce clause*," siendo difícil hoy en día imaginar cualquier cosa que el Congreso no pueda regular.¹¹ A través de multitud de decisiones relativas a asuntos relacionados con la forma federal del Estado y la distribución vertical de competencias, la Corte Suprema, sin lugar a dudas, han promulgado reglas constitucionales en la materia.

En otros países con forma federal del Estado, como Venezuela por ejemplo, sin embargo, el poder de control de constitucionalidad en materia de distribución de competencias entre el Poder Nacional y el de los Es-

10 Véase Konrad Lachmayer, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators,' Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 1-2.

11 Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York 2006, pp. 259-260.

tados, ha servido para arrebatarle competencias a los Estados, centralizándolas, mediante una mutación ilegítima de la Constitución realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.¹² Tema que, por supuesto, forma parte del capítulo relativo a la patología de la justicia constitucional.

La segunda forma en la cual los jueces constitucionales pueden participar en la conformación de normas constitucionales es cuando se les otorga la facultad para controlar la constitucionalidad de las normas de la Constitución misma, como también sucede en Austria, donde se ha facultado a la Corte Constitucional para confrontar la Constitución con sus propios principios básicos, como el principio democrático, el de la forma federal del Estado, el principio del *Rechtsstaat*, la separación de poderes y el sistema general de derechos humanos.¹³

La tercera forma en la cual los jueces constitucionales interfieren con el Poder Constituyente, es cuando tienen el poder de revisar la constitucionalidad de

12 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 565 de 15 de abril de 2008, Caso: Procurador General de la República, *interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm> Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la "reforma" de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional," en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

13 Véase sentencia de la Corte Constitucional VfSlg 16.327/2001. Véase en Konrad Lachmayer, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators, Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6 (nota 20).

las reformas y enmiendas constitucionales, como se prevé expresamente en Colombia, Ecuador y Bolivia, aún cuando dicho poder esté limitado a los aspectos procedimentales de las reformas.¹⁴

En todo caso, en esos y otros países ha habido discusiones en torno a las posibilidades de que los jueces constitucionales puedan también controlar la constitucionalidad del mérito o fondo de las reformas o enmiendas constitucionales, por ejemplo en relación con las cláusulas constitucionales inalterables (*cláusulas pétreas*) expresamente definidas como tales en las Constituciones. El principio básico en estos casos, es que las facultades de los jueces constitucionales tienen como norte mantener y garantizar la supremacía constitucional y, en particular, la supremacía de las cláusulas constitucionales pétreas, pudiendo ejercer el control de constitucionalidad respecto de reformas o enmiendas que pretendan modificarlas en contra de lo previsto en la Constitución.¹⁵ En tales casos, sin embargo, para no confrontar la voluntad del pueblo ni sustituir al poder constituyente originario mismo, dicho control de constitucionalidad debe ejercerse antes de que la propuesta de reforma o enmienda haya sido aprobada mediante voto popular, cuando éste sea el caso.

14 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ss.

15 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ss.; y “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad”, en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005*, Bogotá, 2005, pp. 108-159.

No obstante, aun en ausencia de una autorización constitucional expresa, existen casos en los cuales los jueces constitucionales han controlado la constitucionalidad de las reformas y enmiendas constitucionales en cuanto al fondo. Éste fue el caso, por ejemplo, en Colombia, cuando la Corte Constitucional en sentencia de 26 de Febrero de 2010 anuló la Ley N° 1,354 de 2009 que convocaba a un referendo con el propósito de aprobar una reforma a la Constitución encaminada a permitir la reelección por un tercer periodo del Presidente de la República, al considerar que tal reforma contenía “violaciones sustanciales del principio democrático,” e introducía reformas que implicaban la “sustitución o subrogación de la Constitución.”¹⁶

En otros casos, como en la India, la Corte Suprema ha sido la que ha impuesto límites “tácitos” a la facultad del Parlamento para enmendar la Constitución, excluyendo de su alcance las previsiones básicas referidas a la estructura de la misma,¹⁷ como sería por ejemplo, la facultad para efectuar el control de constitucionalidad,¹⁸ convirtiéndose así la Corte Suprema, como lo afirmó Surya Deva, “probablemente, en la corte más poderosa de cualquier democracia.”¹⁹

16 Véase el Comunicado sobre su texto publicado por la Corte Constitucional, N° 9 de 26 de febrero de 2010, en www.corteconstitucional.com. Véanse los comentarios en Sandra Morelli, *The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity*, Colombian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 13-16

17 Véase caso *Kesavananda Bharti v State of Kerala*, Corte Suprema de la India, en Surya Deva, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 5-6.

18 Véase casos *Waman Rao v Union of India* AIR 1981 SC 271; *S P Sampath Kumar v Union of India* AIR 1987 SC 386; y *L Chandra Kumar v Union of India* AIR 1997 SC 1125, en *Idem*, p. 6 (nota 41).

19 *Idem*, p. 6.

El cuarto caso en el cual los jueces constitucionales interfieren con el Poder Constituyente, se produce cuando asumen el rol de adaptar las disposiciones constitucionales a los tiempos presentes, mediante su interpretación, particularmente en materias relativas a la protección y vigencia de los derechos fundamentales. En estos casos, por ejemplo, partiendo del rol jugado por la Suprema Corte estadounidense, los jueces constitucionales “realizan legislación constitucional positiva” particularmente cuando el fallo que “dictan, crea obligaciones públicas “afirmativas” a cargo de los entes públicos.²⁰

Este papel de los jueces constitucionales, sin duda, ha sido el resultado de un proceso de “redescubrimiento” de derechos fundamentales no expresamente establecidos en las Constituciones, con lo que se ha ampliado, así, el alcance de sus disposiciones, manteniéndose “viva” la Constitución.²¹ Y es precisamente en los Estados Unidos donde la elaboración de principios y valores constitucionales por la Suprema Corte constituye “el ejemplo más destacado de legislación positiva en el transcurso de la jurisprudencia constitucional.”²² Así sucedió, en efecto, partiendo del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483

20 Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators' in the United States*, U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 6.

21 Véase Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en *Revista de estudios políticos*, 13, Madrid 1980, p. 78; “The Mighty Problem” of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” en *Southern California Law Review*, 1980, p. 409.

22 Véase en Laurence Claus y Richard S. Kay, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators' in the United States*, U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 12-13.

(1954), cuando la Corte Suprema interpretó la cláusula de “igualdad de protección” de la Cuarta Enmienda con el fin de ampliar la naturaleza del principio de igualdad y no discriminación; o cuando decidió acerca de la garantía constitucional del “debido proceso” (Enmiendas V y XIV), o sobre la cláusula abierta de la Enmienda IX, con el propósito de desarrollar el sentido de la “libertad.” Han dicho estos autores que este proceso transformó a la Corte Suprema en “el legislador [constitucional] actual más poderoso de la nación.”²³

Lo mismo ocurrió por ejemplo, en Francia, donde careciendo la Constitución de una declaración de derechos fundamentales, el papel del Consejo Constitucional durante las últimas décadas ha sido precisamente la transformar la Constitución, ampliando el *bloc de constitutionnalité*, otorgándole rango constitucional, mediante el Preámbulo de la Constitución de 1958, al Preámbulo de la Constitución de 1946, y finalmente, a la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789.²⁴

Este papel de los jueces constitucionales adaptando las Constituciones con el fin de garantizar los derechos fundamentales, descubriéndolos dentro de sus textos, o deduciéndolos de los previstos en los mismos, puede considerarse en la actualidad como una tendencia principal en el derecho comparado, la cual puede ser identificada en muchos países con diferentes sistemas de control de constitucionalidad, como es

23 *Idem*, p. 20.

24 Véase Louis Favoreu, “Le principe de Constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *Recueil d’étude en Hommage a Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. Véase también, en el derecho comparado, Francisco Zúñiga Urbina, *Control de Constitucionalidad y sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46-68.

el caso de Suiza, Alemania, Portugal, Austria, Polonia, Croacia, Grecia y la India, donde los jueces constitucionales han efectuado cambios importantes a la Constitución, extendiendo el alcance de los derechos fundamentales.²⁵

Por otra parte, en asuntos que no tienen relación con los derechos fundamentales, también es posible identificar casos de mutaciones constitucionales legítimas realizadas por los jueces constitucionales en asuntos constitucionales claves relacionados con la organización y el funcionamiento del Estado. El Tribunal Federal Constitucional Alemán, por ejemplo, en el caso *AWACS-Urteil* decidido en 12 de julio de 1994,²⁶ resolvió respecto del despliegue militar en tiempos de

25 Véase Tobias Jaag, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: Switzerland, Swiss National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p 11; I. Härtel, *Constitutional Courts as Positive Legislators, German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 12; Marek Safjan, , *The Constitutional Courts as a Positive Legislator, Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 9; Sanja Barić and Petar Bačić, *Constitutional Courts as positive legislators. National Report: Croatia, Croatian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 23 ss; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, *Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 14; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *The Constitutional Courts as a Positive Legislator, Portuguese National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, pp. 9-10; Surya Deva, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience, Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 4.

26 Véase caso *BVferG*, July 12, 1994, BVEffGE 90, 585-603, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 352-356.

paz, de misiones de las Fuerzas Armadas Alemanas en otros países, que aún cuando la Constitución no lo establece, la decisión respectiva debe tener el consentimiento del Parlamento, entendiéndose que ello se derivaba del texto constitucional. En este caso, sin duda, el Tribunal mutó la Constitución, incluso dictando detalladas prescripciones legislativas sustitutivas ordenando al Legislador y al Ejecutivo proceder de acuerdo con ellas, hasta tanto se dictase la legislación correspondiente.

La Corte Constitucional de Austria, en esta materia de mutaciones constitucionales puede decirse que ha creado un nuevo marco constitucional que debe ser seguido por el Parlamento en áreas que no han sido reguladas de manera expresa en la Constitución, como sucedió, por ejemplo, en el caso de los procesos de privatización, imponiendo reglas obligatorias a todas las autoridades del Estado.²⁷

El Consejo de Estado de Grecia también ha impuesto límites a los órganos del Estado en asuntos relacionados con las privatizaciones excluyendo de su ámbito, por ejemplo, los poderes de policía.²⁸

27 Véase casos *Austro Control VfSlg 14.473/1996*; *Bundeswertpapieraufsicht* (Federal Bond Authority) *VfSlg 16.400/2001*; *E-Control VfSlg 16.995/2003*; *Zivildienst-GmbH* (Compulsory community service Ltd), *VfSlg 17.341/2004*, en Konrad Lachmayer, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators'" *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 11 (nota 31).

28 Véase sentencia del Consejo de Estado N° 1934/1998, *ToS 1998*, 598 (602-603), en Julia Iliopoulos-StrangasyStylianios-Ioannis G. Koutna, *Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 125).

La Corte Constitucional de la República de Eslovaquia, por ejemplo, ha reformulado las disposiciones constitucionales en relación con la posición y autoridad del Presidente de la República dentro de la organización general del Estado, convirtiéndose, como lo indican Ján Svák y Lucia Bertisová, en “la creadora directa del sistema constitucional de la República de Eslovaquia.”²⁹

Por último, la Corte Suprema de Canadá, a través del muy importante instrumento de las “decisiones referenciales” (*referral judgements*) ha creado y declarado las reglas constitucionales que, por ejemplo, rigen en procesos constitucionales importantes como el relativo a la “patriación” de la Constitución de Canadá que la separó del Reino Unido (*Patriation Reference*, 1981)³⁰; y la posible secesión de Quebec del resto de Canadá, (*Quebec Secession Reference*, 1998)³¹ determinando, como lo mencionó Kent Roach, reglas constitucionales básicas que sirven de guía de los cambios constitucionales, y destinadas además evitar crisis constitucionales potenciales.

Pero también en materia de mutaciones constitucionales, el derecho comparado muestra lamentables ejemplos de mutaciones ilegítimas, que en lugar de reforzar el constitucionalismo, lo que han hecho es romperle principio democrático y el Estado de derecho,

29 Véase sentencia N° 1. ÚS 39/93, en Ján Svák y Lucia Bertisová, *Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution*, *Slovak National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 4.

30 Véase sentencia [1981] 1 S.C.R. 753, en Kent Roach, *Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

31 *Idem.*, p. 9.

como las que han ocurrido en Venezuela en la década 2000-2020, durante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al servicio del autoritarismo, ha modificado la Constitución para incluso implementar mediante sus sentencias diversas reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo mediante referendo en diciembre de 2007.³² De nuevo, sin duda, se trata de temas que forman parte del capítulo de la patología de la justicia constitucional.

III. LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y EL LEGISLADOR

El papel más importante y común de los jueces constitucionales, sin duda, se desarrolla en relación con la legislación existente, no sólo al declarar su inconstitucionalidad e incluso anular las leyes, sino al interpretarla de conformidad o en armonía con la Constitución, proporcionando directrices o pautas al Legislador en su tarea de legislar.

32 Véanse los comentarios sobre algunos casos en Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)," en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418; "El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, N° 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211; "La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad," en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; "La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la "reforma" de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional," en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

Tradicionalmente, el papel de los jueces constitucionales controlando la constitucionalidad de las leyes había estado condicionada por la aplicación del clásico binomio: *inconstitucionalidad / invalidez-nulidad* que conformó la actividad inicial de los jueces constitucionales en su calidad de “Legisladores Negativos.”³³ Ese rol, en la actualidad, puede decirse que ha sido superado, de manera que los jueces constitucionales progresivamente han venido asumido un papel más activo en la interpretación de la Constitución y de las leyes con el fin, no sólo de anularlas o de no aplicarlas cuando fueren consideradas inconstitucionales, sino de interpretarlas en conformidad con la Constitución,³⁴ entre otros propósitos, para preservar la propia acción del Legislador y de las leyes que ha promulgado. En esta forma, los jueces constitucionales se han convertido en importantes instituciones de orden constitucional en la tarea de ayudar y cooperar con el Legislador en sus funciones legislativas.

En este carácter, los jueces constitucionales cada vez con más frecuencia han venido dictando decisiones interpretativas, tal como ha ocurrido en Italia, España, Francia y Hungría,³⁵ donde en muchos casos

33 Véase F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo, Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 8 ss.

34 Véase caso *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936), Corte Suprema de los Estados Unidos (Juez Brandeis). El principio se formuló por primera vez en el caso *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932). Véase “Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decision,” *Columbia Law Review*, Vol. 53, N° 5, New York, May 1953, pp. 633-651

35 Véase Gianpaolo Parodi, *The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator,’ Italian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 3; Francisco Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo, Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative

han decidido no anular la ley impugnada, resolviendo en cambio, modificar su significado al establecer un contenido nuevo, como resultado de la interpretación constitucional que han hecho de la ley acorde con la Constitución.³⁶

En efecto, en relación con el proceso de interpretación de las leyes en armonía o en conformidad con la Constitución al momento de poner a prueba su inconstitucionalidad, los jueces constitucionales, con el fin de evitar la anulación o invalidación de la ley, con frecuencia han creado nuevas normas legislativas, en algunas ocasiones incluso alterando el significado de la disposición particular, agregando a su redacción lo que se ha considerado que le falta.

Este tipo de decisiones, llamadas “sentencias aditivas,” han sido emitidas con frecuencia por la Corte Constitucional Italiana. Como lo ha explicado Gianpaolo Parodi, con estas decisiones, a pesar de que no alteran “el texto de la disposición que se declara como inconstitucional,” la Corte ha “transformado su significado normativo, en ocasiones reduciendo y en otras ampliando su esfera de aplicación, pero no sin dejar de introducir una nueva norma al sistema legal,”

Law, Washington, July, 2010, p. 34; Bertrand Mathieu, *Le Conseil constitutionnel 'législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative*, French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 13; Lóránt Csink, József Petrétai and Péter Tilk, *Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 4

36 Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 59 ss; y en José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 129 ss.

o “crear” nuevas normas.³⁷ Fue el caso, por ejemplo, de la decisión adoptada por la Corte Constitucional italiana en 1969 en relación con la constitucionalidad del artículo 313.3 del Código Penal donde la posibilidad de acusación por vilipendio contra la Corte Constitucional estaba sujeta a la previa autorización del Ministerio de Justicia y Gracia. La Corte consideró que tal autorización contrariaba su independencia y era inconstitucional, deduciendo subsecuentemente que la autorización debía ser dada por la propia Corte,³⁸ forzando la norma -como lo ha dicho Díaz Revorio-, a decir que no decía, incluso si se eliminaba la parte de la misma que se consideraba incompatible con la independencia de la Corte.³⁹ Estas decisiones aditivas también han sido aplicadas de manera regular, por ejemplo, en Alemania por parte de la Corte Constitucional Federal, y en Perú, por el Tribunal Constitucional.

Estas decisiones aditivas en la modalidad de “sentencias substitutivas” se han utilizado en forma regular, por ejemplo, de nuevo, en casos relacionados con la protección al derecho a la igualdad y a la no discriminación, buscando eliminar las diferencias establecidas en la ley. Es el caso en España, donde el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha extendido el beneficio de las pensiones de la Seguridad Social a “hijos y hermanos” cuando en la ley solo está concedido a “hijas y

37 Véase Gianpaolo Parodi, *The Italian Constitutional Court as 'Positive Legislator,' Italian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6.*

38 Véase sentencia N° 15, de 15 de febrero de 1969, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 151-152.

39 *Idem*, p. 152.

hermanas,"⁴⁰ o ha otorgado a quienes viven en unión marital de hecho y estable, los derechos otorgados a los casados en matrimonio;⁴¹ casos en los cuales, como lo ha afirmado Francisco Fernández Segado, es posible considerar al Tribunal Constitucional Español como un "real legislador positivo."⁴²

Una situación similar se puede encontrar en Portugal, donde el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha extendido al viudo los derechos de pensión asignadas a la viuda;⁴³ a las uniones *de hecho*, los derechos de las personas casadas; y a los hijos producto de las uniones *de hecho*, los derechos que se otorgan a los hijos legítimos. De acuerdo con de Sousa Ribeiro, estas decisiones se pueden considerar como sentencias aditivas, pues su implementación cambia el ámbito de las normas legislativas, independientemente de cualquier reforma a la letra de las mismas.⁴⁴

40 Véase sentencia N° STC 3/1993, January 14, 1993, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 42.

41 Véase sentencia N° STC 222/1992, December 11, 1992, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 41.

42 Véase F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 48.

43 Véase sentencia N° 449/87 del Tribunal Constitucional, en Joaquim de Sousa Ribeiro y Esperança Mealha, *Constitutional Courts as "Positive Legislators"*, *Portuguese National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8

44 *Idem*, p. 9.

De manera similar, en Sudáfrica, la Corte Constitucional ha extendido algunos derechos típicos de parejas casadas, a las uniones del mismo sexo que se encuentren en situación estable.⁴⁵

En Canadá, la Corte de Apelaciones de Ontario deshizo la definición de matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer” y la sustituyó por concepto genérico neutral de una “unión entre personas,” para permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo. Estas decisiones, como lo afirmó Kent Roach, “equivalen a enmiendas o adiciones judiciales a la legislación.”⁴⁶

Una solución similar de decisiones aditivas para reforzar el derecho a la igualdad y a la no discriminación se puede encontrar en muchos casos similares en los Países Bajos, en Perú, Costa Rica, Argentina, Hungría, Polonia, la República Checa y Francia.⁴⁷ En

45 Véase en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111-112.

46 Véase Kent Roach, *Constitutional Courts as Positive Legislator, Canadian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington Julio 2010, p. 7

47 Véase por ejemplo, Marek Safjan, *The Constitutional Courts as a Positive Legislator, Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, pp. 13-14; Lóránt Csink, Józef Petrétei and Péter Tilk, *Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report*, *Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 5; Zdenek Kühn, *Czech Constitutional Court as Positive Legislator*, *Czech National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 9; J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*, *Dutch National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 14; Fernán Altuve Febres, , *El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú*, *Peruvian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, pp. 14-15; Rubén Herández Valle, *Las Cortes Constitucionales como Legisladores positivos*, *Costa Rican Natio-*

este último, por ejemplo, en un caso en particular en relación con el derecho a obtener oportuna respuesta en asuntos relativos a las comunicaciones televisivas, como lo mencionó Bertrand Mathieu, el Consejo Constitucional, simplemente, "sustituyó la voluntad del legislador,"⁴⁸ cambiando la letra de la ley.

IV. LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN

Pero en el mundo contemporáneo, uno de los roles de mayor importancia de los jueces constitucionales no es ya el control de la constitucionalidad de las leyes existentes, sino el control de constitucionalidad de la ausencia de dichas leyes o de las omisiones que contengan las leyes sancionadas, cuando el Legislador no cumple su obligación constitucional de legislar en asuntos específicos o cuando la legislación ha sido sancionada de manera incompleta o discriminatoria.

Este control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas varía según se trate de omisiones absolutas y relativas, estando ambas sujetas a control de constitucionalidad.⁴⁹

En relación con el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas, este se desarrolla

nal Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 38; Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Constitutional Courts as "Positive Legislators," Argentinean National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 17.

48 Véase en Bertrand Mathieu, *Le Conseil constitutionnel 'législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative*, French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 16.

49 Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp, 33, 114 ss.

por los jueces constitucionales a través de dos medios judiciales distintos: Primero, al decidir acciones directas ejercidas contra las omisiones absolutas e inconstitucionales del Legislador; y segundo, cuando deciden acciones de amparo o de protección de derechos fundamentales presentadas contra la omisión del Legislador que en el caso particular, impide al accionante la posibilidad de efectivamente gozar de su derecho.

La acción directa de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas se estableció por primera vez en el mundo contemporáneo en la Constitución de la antigua Yugoslavia de 1974 (art. 377), habiendo influido, dos años después, en su incorporación en la Constitución de Portugal de 1976, donde se le asignó la legitimación activa para accionar a determinados altos funcionarios públicos.⁵⁰ La acción se conservó en la Constitución de 1982, teniendo las decisiones (*Parecer*) del Tribunal Constitucional, en estos casos, el sólo efecto de informar al órgano legislativo competente sobre la decisión de inconstitucionalidad de la omisión, en las cuales se puede recomendar la adopción de la legislación correspondiente.⁵¹

Algunos años después, la acción directa de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas se adoptó en algunos países latinoamericanos, en particular en Brasil (1988),⁵² y luego en Costa

50 Véase Jorge Campinos, "Brevísimas notas sobre a fiscalizacão da constitucionalidade des leis em Portugal," en Giorgio Lombardi (Coord.), *Constituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985; y *La Constitution portugaise de 1976 et sa garantie*, UNAM, Congreso sobre La Constitución y su Defensa, (mimeo), México, Agosto 1982, p. 42.

51 Véase en José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266.

52 Véase por ejemplo, Marcia Rodrigues Machado, "Inconstitucionalidade por omissão," en *Revista da Procuradoria Greal de São Paulo*, N° 30, 1988, pp. 41 ss.

Rica, Ecuador y Venezuela, donde se ha usado extensivamente. Una importante diferencia debe sin embargo destacarse, y es que en estos últimos países, la legitimación se ha ampliado, y en el caso de Venezuela, incluso, la acción contra las omisiones legislativas absolutas ha sido concebida como una acción popular.⁵³ Además, en el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha sido dotada de facultades expresas en la Constitución (art. 336.7) para establecer no solo la inconstitucionalidad de la omisión, sino también los términos y, de ser necesario, los lineamientos para la corrección de la omisión legislativa. En esta materia, además, la propia Sala Constitucional ha ampliado sus propias facultades en los casos de control de la omisión legislativa absoluta en relación con actos legislativos no normativos, y en 2004, por ejemplo, después de que la Asamblea Nacional no cumplió su función de designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Sala no solo declaró la inconstitucionalidad de la omisión, sino que procedió a designar directamente a dichos altos funcionarios, usurpando sin duda las facultades exclusivas de la Asamblea Nacional, lamentablemente asegurando de esta manera el control total por parte del Poder Ejecutivo del Poder Electoral.⁵⁴ Otro caso, sin duda, del capítulo de la patología de la justicia constitucional.

53 Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas 2010.

54 Véase los comentarios a las decisiones N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) y N° 2341 de 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá M. y otros*), en Allan R. Brewer-Carías, "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.

También en Hungría, la Constitución permite a la Corte Constitucional decidir *ex officio* o mediante petición de cualquier solicitante, en relación con la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, pudiendo instruir al Legislador sobre el sentido en el cual debe llevar a cabo su tarea en un lapso de tiempo específico, y hasta definiendo el contenido de las reglas que deben ser sancionadas.⁵⁵ Esta facultad también ha sido atribuida en Croacia a la Corte Constitucional, la cual también puede proceder *ex officio*.⁵⁶

El otro medio comúnmente utilizado por los jueces constitucionales para ejercer el control de constitucionalidad en relación con las omisiones legislativas inconstitucionales son las acciones de amparo,⁵⁷ o las acciones judiciales específicas de protección de los derechos fundamentales que pueden intentarse contra los daños o amenazas que tales omisiones puedan provocar sobre dichos derechos.

En este sentido, en Alemania, la acción de amparo o de protección constitucional de los derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*),⁵⁸ ha sido utilizada

55 Véase en Lóránt Csink, Józef Petrétai y Péter Tilk, *Constitutional Court as Positive Legislator, Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 5-6.

56 Véase Sanja Barić y Petar Bačić, *Constitutional Courts as Positive Legislators, Croatian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 12-13.

57 Véase en general en el derecho comparado: Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ss.

58 Véase en general, Francisco Fernández Segado, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht," en *Revista de Derecho*, N° 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp. 137-186.

por el Tribunal Constitucional Federal como un medio para ejercer el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, lo que se ha aplicado, por ejemplo, en casos relacionados con los derechos de los hijos ilegítimos, imponiendo la aplicación de las mismas condiciones de los legítimos, exhortando al Legislador a reformar el Código Civil en un período específico de tiempo.⁵⁹

En la India, también, la Corte Suprema ha controlado las omisiones legislativas, al decidir acciones de protección de derechos fundamentales, como en fue el importante caso relacionado con el “acoso escolar” (*ragging / bullying*) en las Universidades, en el cual la Corte no solo exigió que el Legislador promulgara la legislación omitida, sino que prescribió los pasos detallados que debían adoptarse a los efectos de frenar la nociva práctica, delineando los diferentes modos de castigo que las autoridades educativas podían utilizar. La Corte Suprema de la India incluso designó, en el 2006, a un Comité de seguimiento de las medidas judiciales adoptadas, ordenando, en el 2007, la implementación de sus recomendaciones.⁶⁰

En una orientación similar, mediante los *equitable remedies*, como las *injunctions*, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha desarrollado en forma progresiva el sistema de protección judicial de los derechos fun-

59 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal N° 26/1969 of January 29, 1969, en I. Härtel, *Constitutional Courts as Positive Legislators, German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19.

60 Casos *Vishwa Jagriti Mission v Central Government* AIR 2001 SC 2793, y *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, en Surya Deva, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience, Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010p. 9 (footnote 58).

damentales (*civil right injunctions*), llenando el vacío originado por las omisiones legislativas, en particular, dictando medidas coercitivas y prohibitivas, así como de carácter estructural (*structural injunctions*).⁶¹ Esto tuvo un desarrollo muy importante, particularmente después de la decisión de la Corte Suprema adoptada en el caso de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955) en el cual se declaró discriminatorio el sistema escolar dual que existía, permitiendo que los tribunales asumieran la supervisión de las políticas y prácticas institucionales del Estado con el fin de evitar la discriminación racial.⁶² Estas iniciativas judiciales mediante las *injunctions* fueron aplicadas, después, en otros importantes casos litigiosos sobre derechos individuales relacionados con el tema de las reasignaciones de circunscripciones electorales, los hospitales psiquiátricos, las cárceles, las prácticas comerciales y el medio ambiente. También, al adoptar estas soluciones equitativas para la protección de los derechos fundamentales, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha terminado creando una “legislación judicial complementaria,” por ejemplo, en relación con las condiciones para las detenciones y allanamientos policiales, cuando están relacionadas con la investigación y persecución de delitos.

61 Véase William Tabb y Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 13; Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4–5; Owen M. Fiss y Doug Rendelman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, pp. 33–34; y Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ss.

62 Véase caso *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), en Laurence Claus y Richard S. Kay, *Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States*, *US National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 31 (footnote 104).

En América Latina las acciones de amparo constitucional también ha sido el instrumento que ha utilizado el juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra las omisiones legislativas.⁶³ Este es especialmente el caso del *mandado de injunção* brasileño, el cual funciona precisamente como una orden judicial concedida precisamente en los casos en los cuales la ausencia de disposiciones legislativas que hacen imposible o dificultoso el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Con las decisiones judiciales resultantes declarando la inconstitucionalidad de la omisión, los tribunales no sólo han otorgado al Congreso un plazo para corregir su omisión, sino que han establecido las reglas, algunas veces por analogía, que deben aplicarse en caso de que la omisión persista, lo que ha ocurrido por ejemplo en materia del régimen de la seguridad social y del derecho de huelga de los trabajadores del sector público.⁶⁴

En Argentina también es posible encontrar la misma tendencia general en los casos en los cuales la Corte Suprema ha terminado actuando como órgano complementario del Legislador en asuntos relacionados con la protección de derechos fundamentales, al decidir recursos de amparo.⁶⁵ También en Colombia, al decidir recursos de *tutela*, incluso referidos a violacio-

63 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009.

64 Véase Thomas Bustamante y Evanlida de Godoi Bustamante, *Constitutional Courts as "Negative Legislators: The Brazilian Case*, Brazil National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 19.

65 Véase en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vítolo, *Constitutional Courts as Positive Legislators, Argentinean National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 17.

nes masivas de derechos humanos como las ocurridas con las personas desplazadas, la Corte Constitucional ha creado, ex officio, lo que se conoce con el nombre de “*estado de cosas inconstitucionales*,” configurándose una situación jurídica que ha desembocado en la sustitución de los jueces ordinarios, del Legislador y de la Administración en la definición y coordinación de las políticas públicas.⁶⁶

En Canadá, de manera muy similar a la acción de amparo latinoamericano, conforme a la Constitución, los tribunales tienen la potestad de adoptar una amplia variedad de decisiones de protección de los derechos fundamentales, incluso exigiendo al gobierno la realización de acciones positivas con el propósito de cumplir con la Constitución y de solucionar los efectos de violaciones constitucionales. Estos poderes judiciales han sido usados ampliamente, por ejemplo, para hacer cumplir la protección de las idiomas minoritarios, y garantizar las obligaciones que en materia de bilingüismo que tienen las Provincias; en asuntos de justicia penal, debido a la ausencia de disposiciones legislativas para asegurar juicios expeditos y la presentación de evidencias al acusado por parte del fiscal acusador; y en asuntos de extradición de las personas que podrían enfrentar la pena de muerte en el Estado solicitante.⁶⁷

66 Véase en Sandra Morelli, *The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity*, Colombian National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 5.

67 Véase casos: *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212; *R. v. Stinchcombe* [1991] 3 S.C.R. 326, en Kent Roach, *Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 11-12.

En cierta forma, en el Reino Unido, a pesar de que el principio constitucional básico continúa siendo que los tribunales no pueden sustituir ni interferir en las tareas del Parlamento, también es posible identificar importantes decisiones de los mismos en materia constitucional de protección de derechos humanos, estableciendo lineamientos que suplementan las atribuciones del Parlamento o del Gobierno. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en materia de esterilización de adultos intelectualmente discapacitados y de personas en estado vegetativo permanente, casos en los cuales los tribunales han establecido reglas para su aplicación en ausencia de la legislación pertinente.⁶⁸

También en la República Checa, la Corte Constitucional ha llenado el vacío derivado de la omisión legislativa en asuntos como el relacionado con el aumento de alquileres en apartamentos, en los que la Corte consideró que “su rol de protectora de la constitucionalidad no puede quedar limitada a una mera posición de legislador “negativo.”⁶⁹

Durante las últimas décadas, en particular en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, en los casos del control de las omisiones legislativas cuando se trata de previsiones legales deficientes

68 Véase casos *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 AC 173; y *Airedale NHS Trust v Bland*, en John Bell, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators': United Kingdom, British National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 7

69 Sentencia N° Pl. ÚS 8/02, *Rent Control II*, N° 528/2002 Sb. de 20 de noviembre de 2002; y Pl. ÚS 2/03, *Rent Control III*, N° 84/2003 Sb, de 19 de marzo de 2003, en Zdenek Kühn, *Czech Constitutional Court as Positive Legislator*, *Czech National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 14 (nota 58).

tes o inadecuadas que afectan específicamente el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales han venido desarrollado la técnica de declarar la inconstitucionalidad de dichas disposiciones insuficientes, pero sin anularlas, enviando en cambio directrices, lineamientos y recomendaciones y hasta mandatos al Legislador, con el fin de lograr que se corrijan las omisiones legislativas inconstitucionales. En todos estos casos, puede decirse que los jueces constitucionales han actuado como ayudantes y colaboradores del Legislador, especialmente también con el fin de proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Estas instrucciones o directrices que emanan de los jueces constitucionales dirigidas al Legislador en algunos casos son meras recomendaciones no vinculantes; en otros casos tienen carácter obligatorio; y en otros, son concebidas como “leyes” provisionales.

En términos generales, en relación con las recomendaciones judiciales no obligatorias emanadas de los jueces constitucionales, la Corte Constitucional italiana ha dictado las llamadas sentencias exhortativas o delegadas o *sentenze indirizzo*,⁷⁰ mediante las cuales declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, pero sin introducir la norma que debería aplicarse mediante la interpretación, dejando esta tarea al Legislador. En otros casos, la instrucción dirigida al legislador puede tener carácter condicional en relación con la potestad de la Corte Constitucional en

70 Véase L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, pp. 3 ss.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 268.

materia de control de constitucionalidad, en el sentido de que si el Legislador no legisla y llena el vacío legislativo, la Corte procedería a anular la ley. En Italia también se ha desarrollado la fórmula llamada de la *doppia pronuncia*,⁷¹ que opera cuando el Legislador no ejecuta las recomendaciones de la Corte, en cuyo caso esta declarararía la inconstitucionalidad de la ley impugnada en una segunda decisión.

Este tipo de decisiones judiciales de tipo exhortativo también se han aceptado en Alemania donde se denominan “decisiones de apelación,” mediante las cuales el Tribunal Constitucional Federal puede emitir “advertencias al Legislador,” contentivas de directrices legislativas y estableciendo un plazo para que se promulgue la disposición omitida.⁷²

Esta misma técnica ha sido aplicada en Francia y en Bélgica, donde el Consejo Constitucional y la Corte Constitucional, respectivamente, también han dictado este tipo de directrices dirigidas al Legislador, las cuales, aún sin tener efectos directos sobre la normativa a dictar, pueden establecer un marco para la futura acción legislativa.⁷³ Una técnica similar se ha aplicado en Polonia, llamada de las “señalizaciones,” por medio de la cual el Tribunal Constitucional llama la atención

71 Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

72 Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.264; y Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

73 Véase sentencia BVerfG, de 19 de Julio de 1966, BVerfGE 20, 56 (114-115), en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 176-179, 185 ss.

del legislador sobre problemas de naturaleza general.⁷⁴ También se ha aplicado en Serbia, la República Checa y México.⁷⁵

En países con sistemas de control difuso de constitucionalidad, como en Argentina, estas decisiones judiciales tipo exhorto también han sido dictadas por la Corte Suprema, en casos relacionados con acciones colectivas de amparo, exhortando a las autoridades involucradas a sancionar nuevas disposiciones legales con el fin de atender, por ejemplo, la situación de sobrepoblación y degradación del sistema penitenciario.⁷⁶ Estas facultades también han sido utilizadas en casos de control judicial de “convencionalidad” en relación con la Convención Americana de los Derechos Humanos. Una situación similar se ha producido con decisiones de la Corte Suprema de los Países Bajos, enviando al Legislador “consejos exhortativos.”⁷⁷

En muchos casos de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas, general-

74 Véase por ejemplo la “señalización” en relación con la protección de inquilinos de 29 de junio de 2005, OTK ZU 2005/6A/77, en Marek Safjan, *The Constitutional Courts as a Positive Legislator, Polish National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 45).

75 Véase por ejemplo, Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 252.

76 Véase caso *Verbitsky*, CSIJ, Fallos. 328:1146, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 340.

77 Véase caso *Harmonisation Act de 1989*, en J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, “*The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*”, *Dutch National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6.

mente basadas también en la violación del derecho a la no discriminación y a la igualdad, los jueces constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de la omisión relativa, pero sin anular la disposición, asumiendo, en cambio, de manera progresiva un papel más positivo, emitiendo en relación con el Legislador, no sólo directrices sino también mandatos o instrucciones con el fin de que aquél reforme o corrija las leyes de la manera indicada por el juez. Esto ha transformado a los jueces constitucionales en un tipo de auxiliar legislativo, imponiéndole al Legislador ciertas tareas, estableciendo un plazo preciso para el desarrollo de las mismas.

Esta técnica de control de constitucionalidad ha sido utilizada en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, por medio de decisiones mandatorias ha emitido órdenes al Legislador, por ejemplo, en asuntos relacionados con el régimen de pensión alimenticia, con las incompatibilidades profesionales, con el reembolso de gastos en las campañas electorales, con las condiciones de los profesores, con el aborto y el servicio civil alternativo, incluso indicando al Legislador lo que no debe hacer a los efectos de evitar agravar las desigualdades consideradas inconstitucionales.⁷⁸

Similares decisiones emitidas por Cortes Constitucionales puede encontrarse en Bélgica, Austria,

78 Véase sentencias BVerfG, de 14 de Julio de 1981, BVerfGE 57, 381; BVerfG, de 15 de febrero de 1967, BVerfGE 21, 183; BVerfG, de 9 de marzo de 1976, BVerfGE 41, 414, en I. Härtel, *Constitutional Courts as Positive Legislators, German National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.; y Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 259-288

Croacia y Colombia.⁷⁹ En el caso de Francia, debido al tradicional sistema de control de constitucionalidad a priori de las leyes ejercido por el Consejo Constitucional, uno de los medios más importantes para asegurar el cumplimiento de sus decisiones han sido las directrices, llamadas “*réserves d’interprétation*” o “*réserves d’application*”, aunque no dirigidas al legislador sino a las autoridades administrativas que deben emitir los reglamentos de la ley y a los jueces que deben aplicar la ley.⁸⁰

Finalmente, en muchos otros casos de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, los jueces constitucionales no se han limitado sólo a emitir mandatos al Legislador buscando que sancione disposiciones legislativas a los efectos de llenar los vacíos producidos por sus omisiones, sino que han asumido directamente el papel de “legisladores provisionales” al incluir en sus decisiones, cuando declaran la inconstitucionalidad de previsiones legales, medidas o normas que han de aplicarse a los asuntos específicos considerados como inconstitucionales, hasta que el Legislador sancione la ley que está obligado a producir.

En estos casos, el juez constitucional declara la anulación o invalidez de la disposición inconstitucional, pero además para evitar que se materialice el vacío legislativo que la nulidad origina, establece en forma

79 Véase por ejemplo, Mónica Liliana Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia,” en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 322-323.

80 Véase Bertrand Mathieu, *Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif’. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative*, French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 10.

temporal ciertas normas en la materia para ser aplicadas hasta la promulgación de nueva legislación que debe emitirse.⁸¹ Los jueces constitucionales, en estos casos, en la práctica, puede decirse que actúan como “legisladores sustitutivos” aunque no para usurpar las funciones del Legislador sino para preservar su propia libertad legislativa.⁸²

Esta técnica también ha sido aplicada en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal, el cual ha asumido “un poder legislativo auxiliar” y ha actuado como una especie de “organización de reparación parlamentaria”⁸³ como sucedió en 1975, cuando decidió sobre la impugnación de las normas legales relativas a la despenalización parcial del aborto. En dicho proceso, después de declarar como inconstitucionales las disposiciones respectivas del Código Penal, el Tribunal consideró que “en el interés de la transparencia de la ley” era apropiado establecer una “regulación provisional” en la materia a ser aplicable hasta que las nuevas disposiciones fuesen sancionadas por el Legislador,⁸⁴ procediendo entonces a dictar una “legislación provisional” muy detallada sobre el asunto la

81 Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 333 ss.

82 Véase Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, N° 57, Mexico 1986, pp. 848-849.

83 Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 341, notas 309 y 310.

84 Véase sentencia BVerfG, de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 39, 1, (68), en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 342 ff; y I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 14.

cual se aplicó durante casi 15 años, hasta 1992, cuando el parlamento sancionó la esperada reforma del Código. Pero la misma fue nuevamente impugnada por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual, en 1993, en una nueva decisión, después de declarar de nuevo, la reforma, como contraria a la Constitución,⁸⁵ estableció una vez más en forma por lo demás muy detallada, como “legislador real”, todas las normas reguladoras sobre el aborto en el país.

En Suiza, la Corte Suprema en diferentes casos ha dictado normas con el fin de llenar el vacío creado por omisiones legislativas en materias relativas a la aplicación de derechos constitucionales, como ha ocurrido, por ejemplo, en relación con los procesos relacionados con la detención de extranjeros; el derecho de asilo; y las reglas sobre expropiaciones.⁸⁶

También en la India, la Corte Suprema ha asumido el papel de legislador provisional en asuntos relativos a la protección de derechos fundamentales, en casos relacionados con las capturas y arrestos realizados por la policía, emitiendo avisos destinados a todos los entes gubernamentales estableciendo en detalle los requerimientos que debían seguirse en todos los casos de arresto y captura hasta que se dictasen las respectivas disposiciones legales. En este caso, aún cuando la normativa judicial era de carácter provisio-

85 Véase sentencias BVerfG, de 25 de mayo de 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*), y BVerfGE 88, 203, de 25 de febrero de 1975, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 346-351.

86 Véase sentencias BGE 91 I 329 ss. (expropiación sustantiva); BGE 94 I 286 ss. (apropiación de derechos de vecinos). Véase en Tobias Jaag, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators': Switzerland, Swiss National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 89).

nal y temporal, en la práctica han seguido conformando la “legislación” aplicables en la materia.⁸⁷ La Corte Suprema también ha ejercido los mismos poderes protegiendo los derechos de las mujeres trabajadoras contra el acoso sexual en los lugares de trabajo, emitiendo órdenes “para la protección de estos derechos con el fin de llenar el vacío legislativo.”⁸⁸

Dentro de este tipo de decisiones de control de constitucionalidad que incluyen normas provisionales establecidas mediante la interpretación de la Constitución, es posible incluir a las llamadas “*súmula vinculante*” emitidas por el Tribunal Supremo Federal de Brasil, como por ejemplo, las relativas a la prohibición del nepotismo en el Poder Judicial, y a la delimitación de las tierras de los pueblos indígenas.⁸⁹

También en Venezuela es posible hallar casos en los que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en ausencia de leyes reguladoras correspondientes, ha emitido decisiones que contienen disposiciones normativas, resultado del ejercicio por la Sala Constitucional de la llamada “jurisdicción normativa,” mediante la cual ha establecido normas completas reguladoras de ciertas situaciones que no han sido objeto de regu-

87 Véase caso *D K Basu v State of West Bengal*, (1997) 1 SCC 416, en Surya Deva, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience*, *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 6-7.

88 Véase caso *Vishaka v State of Rajasthan*, 1997 SC 3011, en Surya Deva, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience*, *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8 (nota 49).

89 Véase *Súmula vinculante* N° 13, STF, DJ 1°.set.2006, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, y STF, DJ 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, en Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo” (*Brazil*), XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 33-37; 43-46

lación legislativa, como por ejemplo, en relación con las relaciones estables *de facto* entre hombres y mujeres, y en asuntos relativos a la fertilización in vitro.⁹⁰

V. LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y LOS PODERES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por último, la cuarta tendencia que puede identificarse en el derecho comparado en relación con los jueces constitucionales actuando como “legisladores positivos,” se relaciona con la actividad normativa que tradicionalmente han desplegado en relación con la legislación en materia de control de constitucionalidad o de justicia constitucional. En este sentido, los jueces constitucionales no sólo han dictado normas en relación con sus propios poderes de revisión o control cuando ejercen la justicia constitucional y con las acciones que pueden ser interpuestas ante ellos, sino en relación con el procedimiento aplicable en los procesos constitucionales. Esta situación varía, por supuesto según el sistema de control de constitucionalidad que se haya adoptado.

En el sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad, el poder-deber de todos los tribunales y jueces de desechar la aplicación de leyes que estimen contrarias a la Constitución, aplicando ésta

90 Véase sentencia N° 1682 de 15 de Julio de 2005, caso *Carmela Manpiéri*, Interpretación del artículo 77 de la Constitución, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm>; y sentencia N° 1456 de 27 de julio de 2006, caso *Yamilex Núñez de Godoy*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm> Véase Daniela Urosa Maggi, *Cortes Constitucionales como 'Legisladores Positivos': La experiencia venezolana*, *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19-20

preferentemente al decidir casos concretos, no necesita estar expresamente establecido en la Constitución. Estos poderes derivan del principio de supremacía de la Constitución tal como lo delineó el Juez John Marshall, en la conocida decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 137 (1803). En consecuencia, en los Estados Unidos, debido a este vínculo esencial entre la supremacía de la Constitución y la *judicial review*, el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes fue una creación de la Suprema Corte, como también lo fue unas décadas después en Noruega, en Grecia, y en Argentina,⁹¹ donde el control de constitucionalidad también fue producto de la creación jurisprudencial de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia.

Por otra parte, y en particular en relación con la protección de los derechos y libertades fundamentales, dado los principios de progresividad y prevalencia arraigados ya en el constitucionalismo contemporáneo, los jueces constitucionales en su carácter de interpretes supremos de la Constitución, en ausencia de la legislación pertinente, han creado incluso la misma acción de amparo como un medio judicial para la protección de aquellos. Este fue el caso, también de Argentina en 1957, de la República Dominicana en 1999,⁹² y en la República de Eslovaquia, donde la Corte Constitucional “creó” un medio específico de protección de los derechos fundamentales.⁹³

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

92 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010

93 Véase sentencia de la Corte Constitucional N° III. ÚS 117/01, en Ján SvákyLucia Berdisová, *Constitutional Court of the Slovak Re-*

En materia específica de la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos establecidos en la Constitución, en Venezuela, la Sala Constitucional ha admitido la acción directa del amparo en la materia, fijando su regulación;⁹⁴ y en la India, la Corte Suprema ha expandido la acción para la protección de los derechos fundamentales, para abarcar la protección de dichos derechos colectivos y difusos, conformando los llamados "litigios de interés público."⁹⁵

Ahora bien, en contraste con lo que ocurre en los sistemas de control difuso de control de constitucionalidad, en los sistemas de control concentrado, la facultad exclusiva de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Cortes Supremas de controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, como Jurisdicción Constitucional, tiene que estar siempre establecida en forma expresa en la Constitución, no pudiendo ser es-

public as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution, Slovak National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

- 94 Véase sentencias N° 656 de 30 de junio de 2000, caso *Dilia Parra Guillen (Peoples' Defender)*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>; N° 1395 de 21 de noviembre de 2000, caso *William Dávila Case*, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 330; N° 1571 de 22 de agosto de 2001, caso *Asodeviprilara*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>. Véase Daniela Urosa Maggi, *Cortes Constitucionales como 'Legisladores Positivos: La experiencia venezolana*, *Venezuelan National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 11-12*
- 95 Véase casos *S P Gupta v Union of India* AIR 1982 SC 149; *PUDR v Union of India* AIR 1982 SC 1473; *Bandhua Mukti Morcha v Union of India* (1984) 3 SCC 161, en Surya Deva, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience*, *Indian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 2, 4-5*

tablecida por deducción a través de decisiones judiciales.⁹⁶

Sin embargo, si bien este principio general se ha mantenido incólume, en algunos casos, los jueces constitucionales lo que han hecho es ampliar o adaptar sus competencias de control de constitucionalidad, como ocurrió, por ejemplo, los ya mencionados casos en los cuales los Tribunales o Cortes Constitucionales han aplicado la técnica de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero sin anularlas, o cuando han asumido la facultad de extender la aplicación de la ley declarada inconstitucional durante un tiempo, o cuando han emitido directrices destinadas al legislador a los efectos de que legisle en armonía con la Constitución. Esta ha sido, como se ha visto, por ejemplo, la técnica desarrollada en Alemania, incluso como lo indicó Inés Härtel, “sin autorización legal, de hecho, *contra legem*.”⁹⁷ En España, el Tribunal Constitucional ha aplicado la misma técnica también a pesar de la disposición contraria contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁹⁸

96 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 185 ss.; y Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed, Lima 2009, p. 41.

97 Véase I. Härtel, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 162.

98 Véase F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6, 11.

Pero en otros casos, los jueces constitucionales han creado sus propias facultades de revisión judicial no establecidas en la Constitución, como ha sucedido en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha creado un nuevo medio de control de constitucionalidad no previsto en la Constitución, como el llamado "recurso abstracto para la interpretación constitucional,"⁹⁹ que puede ser intentado por cualquier persona interesada en resolver las dudas que resulten de disposiciones constitucionales ambiguas u oscuras. Este recurso ha permitido a la Sala Constitucional emitir muchos importantes y con frecuencia controversiales fallos, y más grave aún, a través de su ejercicio por el Procurador General, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente, importantes disposiciones constitucionales. Fue el caso, por ejemplo, de las decisiones adoptadas en relación con los referendos consultivo y revocatorio entre 2002 y 2004, mediante los cuales la Sala transformó el referendo revocatorio en un referendo ratificatorio no establecido en la Constitución.¹⁰⁰ Estas decisiones, sin

99 Véase sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Le Recours d'Interprétation Abstrait de la Constitution au Venezuela," en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 61-70; y "La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad," en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362.

100 La mutación constitucional tuvo precisamente por objeto evitar en 2004 la revocación del mandato del Presidente de la República, Hugo Chávez. Este había sido electo en agosto de 2000 con 3,757,744 votos; siendo suficiente para revocarle el mandato de acuerdo con la Constitución, que los votos por su revocatoria fuesen superiores a esa cifra. El número de votos a favor de la revocatoria del

duda, también pertenecen al capítulo de la patología de la justicia constitucional.

Finalmente, en relación con la interferencia judicial en las funciones legislativas, también puede mencionarse el proceso de creación de normas procesales por los jueces constitucionales para el ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad, cuando las mismas no se han establecido en la legislación respectiva.

Con tal fin, como ha sucedido en el Perú, el Tribunal Constitucional ha afirmado poseer “autonomía procesal,” habiendo ejercido facultades ampliadas en el desarrollo y complementación de las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, en aspectos no regulados en forma expresa en la ley.¹⁰¹

mandato del Presidente expresados en el referendo que tuvo lugar el 15 de agosto de 2004 fue de 3,989,008, por lo que su mandato fue constitucionalmente revocado. Sin embargo, el Consejo nacional Electoral el 27 de agosto de 2004), en virtud de que en el mismo referendo la opción por la no revocación del mandato obtuvo 5.800.629 votos, decidió “ratificar” al Presidente en su cargo hasta la terminación de su mandato en enero de 2007. Véase *El Nacional*, Caracas, 28 de agosto de 2004, pp. A-1yA-2. Véase los comentarios al caso en Allan R. Brewer-Carías, “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 ratificatorio,” en *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 ss.

101 Decisión del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0020-2005-A1/TC, FJ 2, en en Francisco Eguiguren y Liliana Salomé, *Función contramayoritaria de la Jurisdicción Constitucional, su legitimidad democrática y los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*, Peruvian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 14; y Fernán Altuve-Febres, *El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú*, Peruvian National Report II, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 22-23.

En Alemania, igualmente se ha utilizado el mismo principio de la autonomía procesal (*Verfahrensaunomie*) para explicar las facultades desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal para complementar las normas procesales en el trámite del control de constitucionalidad basándose en la interpretación del artículo 35 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal relacionado con la ejecución de sus decisiones.

En otros casos, la interferencia judicial en asuntos legislativos en relación con las normas procesales en materia de control de constitucionalidad ha sido más intensa, como ha sucedido en Colombia, donde la Corte Constitucional ha asumido incluso la competencia exclusiva para establecer los efectos de sus propias decisiones, sustrayendo la materia del ámbito de las competencias del legislador.¹⁰²

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, también ha invocado su "jurisdicción normativa" para establecer normas procesales aplicables en los procesos constitucionales cuando la materia no se ha regulado en las leyes, como ha sucedido, en particular, en los procesos destinados a controlar la omisión legislativa absoluta,¹⁰³ y de habeas data, estableciendo en detalle las normas procesales "con el

102 Véase Decisión C-113/93. Véase en Germán Alfonso López Daza, *Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des juges Colombian National Report 1*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

103 Véase sentencia N° 1556 of July 9, 2002, caso *Alfonzo Alborno y Gloria de Vicentini*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1556-090702-01-2337%20.htm>. Véase Daniela Urosa Maggi, *Cortes Constitucionales como 'Legisladores Positivos': La experiencia venezolana*, Venezuelan National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 10-11.

fin de llenar el vacío existente.”¹⁰⁴ El vacío legislativo, en todo caso, fue luego llenado con las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.¹⁰⁵

COMENTARIOS FINALES INTRODUCTIVOS

De lo anteriormente señalado sobre el rol de los jueces constitucionales en sus relaciones con el poder constituyente y con el legislador y sus acciones y omisiones, es evidente que en el mundo contemporáneo los mismos han venido asumiendo de manera progresiva una ingerencia activa en áreas que hace sólo unas décadas les pertenecían exclusivamente a aquellos, en algunos casos descubriendo y deduciendo normas constitucionales, en particular en asuntos relacionados con la vigencia y protección de los derechos humanos no expresamente consagrados en la Constitución y que incluso, en muchos casos no podrían siquiera ser considerados como derivados de la intención de un Constituyente antiguo y original, cuando sancionó una Constitución concebida para una sociedad diferente.

104 Véase sentencia N° 1511 of November 9, 2009, caso *Mercedes Josefina Ramírez, Acción de Habeas Dat*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional” en Eduardo Andrés Velandía Canosa (Coordinador), *Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio. Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional* Mayo 26, 27 y 28 de 2010, Bogotá 2010, pp. 289-295; y Daniela Urosa Maggi, “Cortes Constitucionales como ‘Legisladores Positivos’: La experiencia venezolana,” *Venezuelan National Report, XVIII International Congress of Comparative Law*, Washington, July, 2010, p. 13.

105 Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

En otros casos, los jueces constitucionales han asumido de manera progresiva funciones legislativas, complementando al Legislador en su papel de creador de leyes, en muchos casos llenando los vacíos resultantes de las omisiones legislativas, en otros, mandando lineamientos y ordenes al Legislador, y además, adoptando legislación provisional resultante del ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad.

Sin embargo, en todos esos casos, el principio básico que condiciona todas esas tareas de los jueces constitucionales, por supuesto, tiene que ser que los mismos como garantes de la Constitución tienen siempre que estar subordinados a la misma, sin que puedan invadir el campo y llegar a sustituir al Legislador o el del poder constituyente. Lo contrario equivaldría a desarrollar lo que se ha denominado como el "totalitarismo judicial irresponsable,"¹⁰⁶ que es la manifestación más evidente de la patología de la justicia constitucional producto del resquebrajamiento de las tareas esenciales de los jueces constitucionales, lo que ha sucedido, por ejemplo, cuando se han puesto al servicio de políticas autoritarias, sirviendo de ins-

106 Véase Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002; y "The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity," Colombian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 3. Véase también, 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; *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

trumentos para la demolición de las bases del Estado de derecho.

Ello se ha reflejado en la práctica constitucional reciente, por ejemplo:

Primero, cuando el juez constitucional ha renunciado a ser el comisario del poder constituyente, permitiendo tanto la constitución de Asambleas Constituyentes al margen de las previsiones constitucionales, como que además, usurpen y suplanten la voluntad popular, dejando de asegurar que la soberanía permanezca siempre en el pueblo y no sea usurpada por los órganos constituidos.

Segundo, cuando el juez constitucional ha renunciado a asumir ese rol de comisario del poder constituyente para asegurar la vigencia de los principios pétreos consagrados en la Constitución, permitiendo el desarrollo de procesos de reforma constitucional en relación con los mismos, incluso sin asegurarse la participación popular.

Tercero, cuando el juez constitucional como garante de la supremacía constitucional, a pesar de que las Constituciones prevén expresamente diversos procedimientos de revisión constitucional, ha renunciado a controlar irregulares procedimientos constitucionales utilizados para la reforma constitucional, apartándose de lo dispuesto por voluntad del pueblo y que están plasmados en el propio texto constitucional, trastocándose la distinción entre los diversos procedimientos de reforma.

Cuarto, cuando el juez constitucional como garante de la rigidez constitucional ha renunciado a garantizar

la rigidez constitucional y a controlar que el legislador ordinario no efectúe reformas constitucionales mediante los procedimientos de la legislación ordinaria..

Quinto, cuando el juez constitucional, a pesar de que debe asegurar su supremacía y su rigidez, sometiéndose a sus postulados, ha usurpando el poder constituyente, desligándose de la propia Constitución, llegando a veces a mutarla ilegítimamente.

Sexto, cuando el Juez Constitucional, al ejercer la justicia constitucional, ha procedido a reformar las leyes usurpando la función legislativa de la Asamblea nacional

Séptimo, cuando el Juez Constitucional como garante por antonomasia del régimen democrático previsto en la Constitución para asegurar que el acceso al poder solo se haga conforme a sus previsiones, en la práctica constitucional, se ha abstenido ilegítimamente de controlar las rupturas al hilo constitucional,

Octavo, cuando en materia de protección de los derechos constitucionales, el Juez Constitucional ha admitido la reducción del ámbito de protección de los derechos, quedando excluidos de protección ciertas personas agraviadas y ciertos derechos constitucionales, y excluidos de control ciertos actos estatales lesivos, y ciertas personas a pesar de tener la condición de agraviantes.

Toda esa práctica constitucional lo que pone en evidencia es que los jueces constitucionales en muchos casos no han asumido su rol de comisarios del poder constituyente y de la supremacía constitucional; práctica que es importante estudiar y analizar a los efectos

de establecer las causas, los síntomas y la evolución de los males, a los efectos de poder diagnosticarlos a tiempo y prevenir que recurran.

Se trata, por tanto, ni más ni menos, que estudiar las afecciones de la justicia constitucional, particularmente de cara a las recientes experiencias constitucionales que se han producido en algunos de nuestros países de América Latina, donde se han arraigado regímenes autoritarios tanto en fraude a la Constitución como en fraude a la propia voluntad popular.

Ello lo haremos analizando la práctica constitucional en las últimas décadas en los países de América Latina particularmente en los siguientes cinco aspectos, que constituyen las partes fundamentales de este libro:

En la *primera parte* analizamos el sentido y alcance del control de constitucionalidad que ejercen y han ejercido los jueces constitucionales respecto de las asambleas constituyentes, en particular, respecto de la convocatoria de las mismas cuando no han estado previstas y reguladas en los textos constitucionales como mecanismos de reforma constitucional; así como respecto de los poderes y ejecutorias de dichas asambleas constituyentes como poderes constituidos, y respecto de la asunción o usurpación por estas del poder constituyente originario

En la *segunda parte* estudiamos el sentido y alcance del control de constitucionalidad que ejercen y han ejercido los jueces constitucionales en relación con las reformas a la Constitución, en particular, cuando las mismas se refieren a los denominados principios o cláusulas pétreas; cuando se realizan por los órganos

constituidos al margen de los procedimientos establecidos en la Constitución, o cuando se realizan por el legislador ordinario en contra de la rigidez constitucional.

En la *tercera parte*, estudiamos las desviaciones del control de constitucionalidad que ejercen y han ejercido los jueces constitucionales cuando con ocasión al mismo, los propios jueces constitucionales han usurpado el poder constituyente efectuando mutaciones ilegítimas a la Constitución, o han usurpado la función legislativa, actuando abiertamente como Legisladores y no precisamente a los efectos de garantizar valores constitucionales superiores democráticos o relativos a la vigencia y efectividad de los derechos humanos.

En la *cuarta parte*, estudiamos las desviaciones del control de constitucionalidad que ejercen y han ejercido los jueces constitucionales a los efectos de garantizar la vigencia y permanencia del régimen político y el sistema de gobierno democráticos, con el contraste entre casos en los cuales el juez constitucional, de oficio, ha asumido la defensa del orden democrático frente a un golpe de estado, y casos en los cuales el juez constitucional se ha abstenido de defenderlo.

En la *quinta parte*, estudiamos el alcance, avances y carencias del control de constitucionalidad que ejercen y han ejercido los jueces constitucionales para la protección de los derechos fundamentales conforme a los principios de universalidad y progresividad, en particular, en relación con la necesaria protección de todos los derechos fundamentales, de todas las personas agraviadas, frente a todas las personas o entes agraviantes, y frente a todos los actos estatales.

PRIMERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA CONVOCATORIA DE ASAMBLEAS CONS- TITUYENTES NO PREVISTAS NI REGULADAS EN LA CONSTITUCIÓN

No ha sido infrecuente que en América latina, ante la crisis de los sistemas políticos, y ante la falta de respuesta de las instituciones democráticas, se plantee la necesidad de recomponer el sistema político apelando a la voluntad popular, mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Sin embargo, ello, para ser factible, tiene que tener una regulación constitucional.

En efecto, los mecanismos para la reforma de la Constitución en una sociedad democrática consti-

tuyen una de las piezas esenciales del Estado Constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional,¹⁰⁷ pues al ser establecidos en la propia Constitución, puede decirse que la soberanía popular queda perfectamente justificada; es decir, sujeta a limitaciones en cuanto a su manifestación, no sólo impuestas a los órganos del Estado mismo, sino al funcionamiento de la propia democracia y a la manifestación de dicha soberanía popular.

Por ello, si bien en la generalidad de las Constituciones se proclama que la soberanía reside en el pueblo o que corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado, sin embargo, le imponen al propio pueblo, en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Por ello, a la soberanía popular en las Constituciones se la ha dotado de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el soberano y, como tal, es el que justifica, al adoptar la Constitución, el ejercicio de su propia soberanía, otorgando además, a la misma, carácter supremo. En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita a través de la Constitución adoptada como norma suprema para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

107 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, "La reforma constitucional en una sociedad democrática" (Conferencia dictada en el acto de presentación del libro *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República Dominicana, Santo Domingo 12 de julio 2006), en *Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 709-712. Véase también en www.allanbrewrercarias.com, Sección I, 1, 943 (2006).

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de ser dotada en las Constituciones de ese carácter jurídico, en definitiva resulta ser un concepto político o una cuestión de hecho, cuyo ejercicio en una sociedad democrática tiene que tender a fundamentarse en el consenso político, para lograr que sea, precisamente, la expresión del pueblo. En otras palabras, el ejercicio de la soberanía popular en un Estado constitucional de derecho, nunca puede consistir en la imposición de la voluntad de una fracción sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante, como también es cambiante el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las Constituciones, como normas dotadas de supremacía, en cualquier sociedad democrática es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o de un pacto de toda una sociedad -y no de voluntades circunstanciales- y, además, poder prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios constitucionales, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no vaya a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que una limitación impuesta por el propio pueblo a su manifestación, es una garantía para que al pueblo pueda asegurársele la libre determinación de decidir su futuro. Por eso es que decimos que la juridificación de la soberanía popular implica su autolimitación procedimental, mediante el establecimiento de normas que aseguren efectivamente la formación de la voluntad soberana.

En todo caso, los mecanismos de reforma constitucional deben ser regulados en las Constituciones

en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular, a la vez, permita que se realicen los cambios necesarios que exige cualquier sociedad democrática. Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, prescribiendo los mecanismos para la reforma constitucional como límites a los poderes constituidos y al propio pueblo; y por la otra, la soberanía popular que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución, en la forma prescrita en ella misma.

El *primero*, el principio de la supremacía constitucional, es un concepto jurídico; y el segundo, el de la soberanía popular, es un concepto político (aunque jurídicado); y en torno a ambos es que gira el poder constituyente, es decir, el poder de reformar la Constitución que siempre debe resultar de un punto de equilibrio entre ambos principios. Ni la supremacía constitucional puede impedir el ejercicio de la soberanía por el pueblo, ni este pueda expresarse al margen de la Constitución. En esta forma, en el equilibrio entre ambos principios, que es el equilibrio entre el derecho y los hechos, o entre el derecho y la política, es cómo el poder constituyente debe manifestarse en un Estado constitucional y democrático de derecho. Es decir, la reforma constitucional debe resultar del equilibrio

previsto en la Constitución entre soberanía popular y supremacía constitucional, como juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo desde el punto de vista democrático.

Por todo lo anterior, puede decirse que la reforma de la Constitución o el poder de reforma constitucional, es un poder jurídico que descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 375 de la Constitución de Honduras declara enfáticamente que ella en caso alguno pierde su vigencia ni deja de cumplirse “cuando fuere modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone;” y la Constitución de Venezuela igualmente dispone que la misma “no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella” (art. 333).

Lo importante a destacar, en todo caso, es que esta juridificación o fijación jurídica no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación constitucionalmente establecida, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, el mismo entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de manifestarse cuando sea requerido, conforme al procedimiento que el mismo pueblo ha instituido en el texto constitucional.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho que esta juridi-

ficación del poder constituyente sea, en definitiva, un instrumento para el fortalecimiento de la democracia. Se trata de la previsión, en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte en un momento y circunstancias determinadas el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad misma de plantear el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero para ello, obviamente, el mismo tiene que ser previamente juridificada.

En todo caso, cualquiera que sea el procedimiento constitucionalmente establecido para la reforma constitucional, el mismo debe garantizar la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evitar que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras. La historia, por lo demás, enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobre todo, tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación,

que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular. Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos. Ese es el reto, por lo demás, en los casos en los cuales se ha planteado la convocatoria de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución no estando dicha institución prevista en el propio texto constitucional. Dos experiencias recientes deben destacarse, en las cuales la respuesta del Juez Constitucional fue distinta: en el caso de Venezuela en 1999, el Juez Constitucional se abstuvo de decidir con claridad el conflicto planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, abriendo la vía de la Asamblea Constituyente mediante una sentencia ambigua¹⁰⁸; en el caso de Honduras en 2009, en cambio, el Juez Constitucional se enfrentó a los designios del Presidente de la República de querer imponer su voluntad de convocar una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución.

108 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999; y *Poder Constituyente Originario Y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, 25 ss.

1. *El caso de Colombia en 1991: la propuesta del Presidente de la República para la realización de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, sobre la base de un acuerdo político general de consenso y luego de varias consultas populares, con el aval del Juez Constitucional*

La crisis política en la cual se encontraba Colombia a finales de los años ochenta, con el colapso de los partidos políticos tradicionales, provocó la necesidad de buscar alternativas para recomponer el sistema político, habiéndose planteado la fórmula de convocar para ello a una Asamblea Constituyente. El debate político condujo a que durante el mandato del Presidente Virgilio Barco, en 1988 se concretara el intento de convocar un referendo constituyente, propuesta que sin embargo no pudo avanzar políticamente, no sólo por falta de acuerdo político general de consenso sobre el tema, sino porque en ausencia de ello, surgía sobre todo el escollo de que la institución de la Asamblea Constituyente no estaba regulada en la Constitución de 1886 como mecanismo de reforma constitucional.

El artículo 209 de la misma, en efecto, establecía los mecanismos para la reforma constitucional atribuyéndolo a los poderes constituidos, con la aprobación por mayoría cualificada del Congreso en dos legislaturas continuas. El tema era esencialmente político, por lo que el Presidente Barco promovió dicho acuerdo entre los partidos políticos y los movimientos sociales, conocido como el "Acuerdo de la Casa de Nariño" de fecha 20 de febrero de 1988, creando una Comisión para promover la Asamblea Constituyente. Dicho Acuerdo,

sin embargo, fue anulado unos meses después de haber entrado en funcionamiento la Comisión, por sentencia del Consejo de Estado

Luego del fracaso de este intento, el Gobierno del presidente Barco tomó la iniciativa legislativa para llevar a cabo la modificación constitucional necesaria, lo cual tampoco tuvo éxito, particularmente porque en el proyecto de reforma se había incorporado, además, la prohibición de la extradición de nacionales, que era un tema sensible particularmente frente al narcotráfico, y a las imputaciones que por este delito se habían efectuado en los Estados Unidos de América.

El proyecto de reforma fue retirado en diciembre de 1988, y otros acontecimientos políticos agravaron la situación política general, entre ellos, el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán, el aumento del terrorismo urbano, el asesinato de Carlos Pizarro, también candidato a la Presidencia por parte de los grupos guerrilleros. Incluso en ese mismo mes de diciembre se llegó a proponer la convocatoria de un "Referendo extraordinario por la paz y la democracia" que debería realizarse el 21 de enero de 1990 para consolidar los acuerdos de paz que se habían logrado con movimientos guerrilleros (M-19). La presión violenta que se originó por el narcotráfico para que la consulta al pueblo también se refiriera a la extradición, obligó al gobierno del presidente Barco a abandonar totalmente la iniciativa.

Fue entonces a comienzos de 1990 cuando grupos de estudiantes de varias universidades del país impulsaron la inclusión de lo que se llamó una "séptima papeleta" en las elecciones parlamentarias y municipales

previstas para el 11 de marzo de 1990 permitiendo a la ciudadanía pronunciarse en favor o en contra de una Asamblea Constituyente, para así buscar apoyar para la convocatoria a una asamblea constituyente, a pesar de que este mecanismo de reforma constitucional no estaba autorizado en la Constitución y contrariaba expresa prohibición constitucional (art. 13 del plebiscito de 1957).

Sin embargo, el respaldo a esta iniciativa popular por algo más de dos millones de votos que fueron contados informalmente, creó una situación de facto que el gobierno del Presidente Barco interpretó, adoptando el decreto N° 927 de 3 de mayo de 1990 por el cual se facultó a la organización electoral para contabilizar los votos que se depositaran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo, para expresar apoyo o rechazo a la posibilidad de convocar una asamblea encargada de reformar la Constitución. El 86 por ciento de los colombianos se pronunció entonces por una asamblea constituyente que redactara una nueva Carta Fundamental.

Antes de la votación, y con motivo de la impugnación del Decreto N° 927 de 1990, sin embargo, la Corte Suprema dictó la sentencia N° 59 de 24 de mayo de 1990,¹⁰⁹ en la cual se afirmó -como lo reseña la Corte posteriormente en la sentencia N° 138 de 9 de octubre de 1990-, que la autorización que el Gobierno había hecho para que la organización electoral contabilizara los votos que se podían presentar por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, encontraba:

109 Véase el texto en ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s59_2505_1990.html

“sustento en las manifestaciones de violencia que continuamente azotan al país, en la ineficacia de las instituciones para enfrentar esas situaciones, en la necesidad de “rediseñar” dichas instituciones para ponerlas acordes con los tiempos modernos, en la decisión de la voluntad popular mayoritariamente expresada el pasado 27 de mayo en favor de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional y -sobre todo- en el fundamento de legitimidad que debe tener la organización política.”¹¹⁰

Con la votación que pudiese producirse en favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional, la Corte Suprema afirmó que se confería un mandato político, que como voluntad popular, debía ser contabilizada lo cual había sido ordenado en Decreto N° 927 de 1990. Por ello, en definitiva, dicho Decreto fue declarado constitucional por la Corte Suprema en la sentencia N° 59 de 24 de mayo de 1990, en la cual, entre otros aspectos, agregó -como luego lo resumió en la sentencia N° 138 de octubre de 1990- “que el fortalecimiento de las instituciones políticas fundamentales era necesario para hacer frente a las muy diversas formas de ataque a que se viene sometiendo la paz pública y que así lo había entendido la opinión nacional hasta convertirse en este punto en un “clamor popular” que tenía significación política; a este respecto dijo también: “Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea”.¹¹¹

110 Véase las referencias a la sentencia en <http://hdhc.blogspot.com/2007/05/csj-sentencia-138-de-1990.html>

111 Véase las referencias a la sentencia en <http://hdhc.blogspot.com/2007/05/csj-sentencia-138-de-1990.html>

Una vez electo César Gaviria como Presidente, luego del acuerdo político celebrado con los grupos políticos representados en el Congreso, puede decirse que recogió e institucionalizó el mandato electoral del 11 de marzo y del 27 de mayo de 1990 y lo elevó a la categoría de ley en sentido material emitiendo el Decreto legislativo N° 1926 24 de agosto de 1990¹¹² que dictó en ejercicio de las facultades de estado de sitio, mediante el cual fijó el temario sobre el cual debía versar la reforma de la Constitución y convocó a los colombianos para que el 9 de diciembre de 1990 eligieran a los miembros de la Asamblea. En esta forma, el gobierno asumió la iniciativa del proceso, pero trasladando parte de la responsabilidad del desarrollo, del mismo, por una parte, a la decisión que debí adoptar la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad del decreto, con antelación a la realización de la votación; y por la otra, al electorado mismo, en dicha votación, para que eligiera los setenta de la Asamblea.

Este decreto, después de tres sucesivas expresiones de voluntad popular expresadas a partir de la “séptima papeleta,” fue sometido a control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia N° 138 de 9 de octubre de 1990,¹¹³ dictada antes de que se eligiera la Asamblea Constituyente, decidió que la misma era un órgano habilitado para ejercer el poder constituyente, para lo cual no tenía límite en el ejercicio de sus competencias, declarando sin embargo la inconstitucionalidad

112 Véase en *Diario Oficial* N° 39.512, de 24 de agosto de 1990. Véase el texto en http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1990/agosto/24/dec1926241990.pdf

113 Véase el texto en Véase las referencias la sentencia en <http://hdhc.blogspot.com/2007/05/csj-sentencia-138-de-1990.html>

del decreto (inexequibilidad) sólo en cuanto a fijarle temario a la Asamblea restringiéndole sus atribuciones. La Corte, en la parte esencial final de la extensa sentencia decidió que:

“si bien el derecho a darse una Constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder, de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica como fin último de la organización estatal [...] Tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del Plebiscito del primero de diciembre de 1967 sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad.

Se recogen aquí, al más alto nivel normativo, las ideas de la Constitución como tratado de paz entre los individuos y grupos que componen la sociedad, y del constitucionalismo de consenso o de tregua como alternativa al constitucionalismo de guerra o de conflicto que ha caracterizado la evolución política nacional. En desarrollo de esta racionalidad de reconciliación democrática, la Corte declara exequible el decreto 1926, con excepción de su temario restringido y de la caución en dinero para garantizar la seriedad de ‘la aspiración por parte de los candidatos a la asamblea, porque es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de

cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo, primero informalmente [el 11 de marzo] y luego del 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia sentencia N° 59 de 24 de mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia.”¹¹⁴

En esta forma, la Asamblea Constituyente colombiana quedó facultada para reformar íntegramente la Carta Política, habiéndose elegido el 9 de diciembre de 1990 los 70 constituyentes que la compusieron, quienes asumieron dicha tarea, como en efecto lo hizo el año siguiente, cuando sancionó la Constitución de 1991.

Dicho proceso, gracias a la base de consenso político que existió para la convocatoria y composición de dicha Asamblea constituyente, y la subsiguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia que supo interpretar su rol en medio no sólo del consenso político existente, sino de la crisis política del país, el mismo pudo evolucionar posteriormente en forma democrática, como hoy lo constatamos. Para ello, como años después lo explicaría en Venezuela Cesar Gaviria Trujillo:

“Nuestra Asamblea Constituyente fue fruto de un sano equilibrio entre el pragmatismo político y la creatividad jurídica. Ambos se combinaron para abrir un camino nuevo que parecía inalcanzable, para movilizar políticamente a todo un país en torno a la idea de la necesidad de cambiar la Constitución por fuera del Congreso de la República. Y de que tal cambio tenía que trascender la simple operación de algunas instituciones. Lo que se requería era un cambio en los principios que fundaban la nacionalidad, en lo que comúnmente se denomina la parte dogmática de la Constitución.”

114 Véase la cita en Hernando Valencia Villa, “El Constituyente de 1990 y la Constituyente de 1991,” en <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/lablaa/revistas/analisispolitico/ap11.pdf>

Agregando sobre el consenso político logrado para convocar la Asamblea, lo siguiente:

“Apelamos entonces al mecanismo que fue usado para regresar a la democracia y hacerle frente a la violencia partidista, después de la ruptura constitucional del General Rojas, de crear el Frente Nacional. Ello fue un Acuerdo político que esta vez incluiría no solo a los partidos tradicionales de Colombia, el liberal y el Conservador, sino a las nuevas fuerzas políticas, el Movimiento de Salvación Nacional y el movimiento de la recién desmovilizada guerrilla, el M-19.

Después de una extensa negociación suscribimos dos acuerdos políticos con los jefes de los partidos y fuerzas políticas que obtuvieron en esas mismas elecciones más del 96% de los votos. En ellos se definieron los lineamientos generales para la convocación, elección, integración y organización de la Asamblea Constitucional. También se fijaron el número de sus delegatarios, sus poderes y su competencia, que estaba limitada a los temas de reforma señalados expresamente en él. Además, mediante esos acuerdos se convocó a la ciudadanía a votar el 8 de diciembre de 1990. Así, las fuerzas políticas eran las que respaldaban, en representación del pueblo, esta segunda etapa de auto convocatoria.”¹¹⁵

Luego de dichos acuerdos políticos, y del consenso existente en el país, la Corte Suprema de Justicia, como Juez Constitucional adoptó su decisión, con la cual poniéndose a tono con el objetivo final de salvar

115 Véase Cesar Gaviria Trujillo, *¿Cómo nació la Asamblea Constituyente colombiana?*, *Palabras del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*, César Gaviria en el encuentro “Jornadas Constituyentes” organizado por el Consejo Nacional Electoral de Venezuela, Caracas, Venezuela, 15 de julio, 1999, en <http://7papeleta.org/2010/01/22/%C2%BFcomo-nacio-la-asamblea-constituyente-colombiana-cesar-gaviria-trujillo-caracas-1999/>

la democracia y el Estado de Derecho, abrió la posibilidad de que se convocara la Asamblea Constituyente que por su integración plural pudo redactar la Constitución como pacto político o tratado de paz.

2. *El caso de Venezuela de 1999: la convocatoria por el Presidente de la República de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, y la ambigua decisión adoptada por el Juez Constitucional (jurisdicción contencioso administrativa)*

En Venezuela, también sumida en una grave crisis política que afectó a los partidos tradicionales, durante la campaña electoral presidencial de 1998, el entonces candidato Hugo Chávez Frías propuso al electorado como su fundamental propuesta política sobre el Estado, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para “refundar el Estado”, la cual tampoco estaba prevista en la Constitución de 1961 como un procedimiento válido para la reforma constitucional. La Constitución, en realidad sólo establecía expresamente dos mecanismos para su revisión, que eran la “enmienda” y la “reforma general.”¹¹⁶

Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de un golpe de Estado o una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente como mecanis-

116 Véase sobre estas previsiones Allan R. Brewer-Carías, “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222; y en Eduardo Rozo Acuña (Coord.), *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof., Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

mo para la reforma de la Constitución, como a partir de la Constitución de 1999 se estableció expresamente en Venezuela.¹¹⁷ En 1998, por tanto, ante la propuesta del entonces Presidente electo Hugo Chávez Frías sobre la Asamblea Constituyente, el problema jurídico que se planteaba era determinar cómo elegirla.

En esta forma, la misma crisis del régimen democrático que se había producido en Colombia en las mismas décadas de los ochenta y noventa, en Venezuela, a diferencia de lo que ocurrió en Colombia, no originó una recomposición democrática del sistema político que hubiese sido el producto de un consenso político entre todos los actores del sistema, pues en realidad lo que ocurrió fue el apoderamiento del poder por un solo grupo político, que lo asaltó a mansalva y con alvos, utilizando fraudulentamente los instrumentos democráticos para terminar de destruir lo que quedaba de sistema de partidos, demoler las instituciones democráticas e imponer un régimen autoritario, lo que se inició precisamente mediante la convocatoria y elección en 1999 de una Asamblea Constituyente sectaria, exclusionista y excluyente. En Venezuela, lamentablemente no aprendimos las virtudes de la negociación y el consenso democráticos, y la Asamblea Constituyente de 1999, al contrario de la de Colombia en 1990, fue impuesta al país por una facción política que aplastó la institucionalidad democrática.

Sobre la propuesta de convocar la Asamblea Constituyente en Venezuela, a comienzos de 1999, nos referíamos al dilema jurídico de siempre en esta materia

117 Véase los comentarios sobre los mecanismos de reforma de la Constitución en la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Tomo I, Caracas 2004, pp. 157 ss.

en el sentido si -decíamos-, ¿la vamos a convocar violando la Constitución o la vamos a convocar respetando la Constitución?, y agregábamos:

“En el pasado, por la fuerza, siempre hemos optado por la primera vía; en el momento presente, con la globalización democrática que caracteriza al mundo contemporáneo y con el desarrollo político de nuestro propio pueblo, no habría derecho a que el nuevo gobierno y los partidos tradicionales, por su incomprensión, también nos lleven a tomar la vía del desprecio a la Constitución, precisamente, la “fulana Constitución,” como se la ha calificado recientemente.

Las fuerzas políticas tradicionales representadas en el Congreso tienen que aceptar que el sistema político iniciado en los años cuarenta, sencillamente terminó, y tienen que entender que el precio que tienen que pagar por mantener la democracia, consecuencia de su incomprensión pasada, es reformar de inmediato la Constitución para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, en la cual, sin duda, nuevamente perderán cuotas de poder.

Pero las nuevas fuerzas políticas también representadas en el Congreso, y el presidente electo Hugo Chávez Frías, también tienen que entender que la Constitución no está muerta, que es el único conjunto normativo que rige a todos los venezolanos y que su violación por la cúpula del poder lo único que lograría sería abrir el camino a la anarquía.

Los venezolanos de comienzos del siglo XXI no nos merecemos una ruptura constitucional y tenemos que exigir que la inevitable y necesaria Asamblea Constituyente se convoque y elija lo más pronto posible, pero mediante un régimen establecido constitucionalmente, pues no hay otra forma que no sea mediante una reforma de la Constitución para establecer la forma de la Asamblea (unicameral o no), el

número de sus integrantes, las condiciones y forma de su elección y postulación (uninominal o no) su rol democrático y su relación con los principios republicanos y de la democracia representativa, incluyendo, la separación de los Poderes Públicos.

Ninguna otra autoridad o poder del Estado puede establecer ese régimen y menos aún puede ser el resultado de una consulta popular o referéndum consultivo. Este, para lo único que sirve es para obtener un mandato popular que habría que actualizar constitucionalmente, mediante una reforma del Texto Fundamental. De lo contrario sería como si se pretendiera establecer la pena de muerte, prohibida en el artículo 51 de la Constitución, mediante un simple "referéndum consultivo." Si éste se realizase, lo único que significaría sería la expresión de una voluntad popular que habría de plasmarse en la reforma constitucional del artículo 51 de la Constitución, pero no podría nunca considerarse, en sí mismo, como una reforma a la Constitución.

Lo mismo sucede con el tema de la Asamblea Constituyente: la elección de Hugo Chávez Frías puede considerarse como la expresión de una voluntad popular pro constituyente que debe plasmarse en la Constitución mediante su reforma específica. Por ello, si el 23 de enero próximo el Congreso inicia la reforma específica de la Constitución para establecer el régimen de la Constituyente, para cuando se realice el referéndum consultivo prometido por el Presidente electo (60 días después del 15 de febrero, es decir, el 15 de abril) podría en realidad realizarse el referéndum aprobatorio de la reforma constitucional que regule la Constituyente y procederse a su convocatoria.

Esta es una fórmula para resolver el tema de la constitucionalización de la Asamblea Constituyente, la cual es indispensable para poder convocarla democráticamente, es decir, en el marco de la Constitu-

ción, conforme a la cual fue electo presidente Hugo Chávez Frías y se juramentará próximamente en su cargo.”¹¹⁸

Por tanto, a comienzos de 1999, la discusión jurídica relativa a la posibilidad de la convocatoria de una Asamblea Constituyente en 1999 se centró en la cuestión de si resultaba o no necesario que dicho instrumento político estuviese previamente regulado en la Constitución; es decir, la discusión exigía resolver el dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional. Con fundamento en el primer principio, el de la soberanía popular, se sostenía que mediante un *Referéndum* regulado incluso sólo legalmente, podía consultarse al pueblo sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, y como resultado de esa manifestación del pueblo soberano, podía procederse a convocarla para reformar la Constitución aún cuando esta no previera su existencia, no siendo necesaria una reforma previa para regularla. Con fundamento en el segundo principio, el de la supremacía constitucional, se sostenía y sosteníamos¹¹⁹ que para convocar una Asamblea Constituyente había que previamente preverla y regularla en la Constitución mediante una Reforma Constitucional.

Es decir, estando aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente en Venezuela, era reformando la Constitución para regularla, y si no se reformaba la Constitución, era si ello resultaba de alguna inter-

118 Véase Allan R. Brewer-Carías, (sobre la Asamblea Constituyente) “Necesaria e inevitable,” en *El Universal*, Caracas, 19-01-1999, p. 1-14.

119 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente... op. cit.* pág. 56.

pretación judicial que se hiciese de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, para precisamente, evitar que ocurriera una confrontación fáctica entre el principio de la soberanía popular y el principio de la supremacía constitucional.

El tema que se debatía en 1998 era en definitiva sobre la forma de convocar la Asamblea Constituyente que tanto había prometido el Presidente electo, en el sentido de que: o se reformaba previamente la Constitución para regularla y luego elegía, como planteábamos;¹²⁰ o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, sólo apelando a la soberanía popular al margen de las previsiones constitucionales¹²¹ como lo planteaba el Presidente electo. Se trataba, en definitiva de resolver el conflicto constitucional mencionado entre supremacía constitucional y soberanía popular, que sólo la Corte Suprema podía enfrentar y asumir, pues sólo el juez contencioso administrativo actuando como juez constitucional podía hacerlo.

Sin embargo, aún antes de que se pudiera asumir que la Corte Suprema habría resuelto el conflicto, lo cierto es que el Presidente electo había optado pública y abiertamente por la segunda vía, anunciando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Consti-

120 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.153 a 227; Allan R. Brewer-Carías, "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999, en *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56..

121 Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

tuyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla. Durante esos días, en todo caso apoyado, por la popularidad que en ese momento tenía, formuló amenazas y ejerció indebida y públicamente presiones contra la Corte Suprema de Justicia buscando apoyo de su propuesta.¹²²

La propuesta presidencial, en todo caso, consistía en utilizar ilegítimamente la vía de un referendo consultivo previsto en una ley para convertirlo en un “referendo decisorio,” en fraude a la Constitución. En 1999, por ello, indicábamos que:

“La convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no sería otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961. En efecto, el referéndum consultivo que prevé el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio es un medio de participación popular de carácter consultivo y no de orden decisorio. Es evidente que una consulta al pueblo nunca podría considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaría reformar la Constitución, y para ello, habría que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exige la actuación del Poder Constituyente Instituido que implica, incluso, que

122 Véase las críticas que expresamos en su momento a las presiones presidenciales al Poder Judicial, en Allan R. Brewer-Carías, “*Expresiones de Chávez atentan contra independencia del Poder Judicial*,” en *Cambio*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3; y en *Frontera*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3-A.

la reforma sancionada se someta a un referéndum aprobatorio. Sustituir todo ello por un referéndum consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referéndum consultivo, en realidad, sólo es eso, una consulta que se traduce en la manifestación de un mandato político que debe ser seguido por los órganos constitucionales para reformar la Constitución y regular lo que la consulta popular propone. Pero pretender que con la sola consulta popular se pudiera crear un nuevo Poder Constituyente de reforma, podía significar el desconocimiento de la Constitución y la apertura del camino de la anarquía.

El problema constitucional que estaba planteado, sin embargo, sólo podía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y así ocurrió con las mencionadas sentencias del 19-01-99.”¹²³

En efecto, para diciembre de 1998, la Corte Suprema conocía de sendos recursos de interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que era la única norma que regulaba los referendos consultivos, que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, a través de un “referendo consultivo” como el establecido en dicha norma, y si “se puede determinar la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional y, en caso afirmativo, si ese mecanismo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente.”

123 Véase en Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.181-182

El resultado de la presión política que se originó, fue precisamente la emisión de dos sentencias por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999,¹²⁴ dos semanas antes de que el Presidente electo tomara posesión de su cargo, en las cuales la Corte Suprema, sin resolver expresamente lo que se le había solicitado interpretar, sin embargo se refirió ampliamente al derecho constitucional a la participación política y glosó también ampliamente, aún cuando en forma teórica, la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, costándole como se dijo, su propia existencia.

En relación con el mencionado dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, de la interpretación que se dio a las mencionadas sentencias de la Corte Suprema sobre si se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Asamblea Constituyente, en definitiva se dedujo que la misma se podía crear mediante la sola manifestación de esa voluntad popular consultiva, aunque fuera expresada al margen de la Constitución de 1961, sin que ésta se reformara previamente.

El tema que debió enfrentar la Corte Suprema era dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los dos pilares fundamentales que rigen al Estado Cons-

124 Véase el texto en *Revista de Derecho Público*, no 78-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 55-73. Véase los comentarios a dichas sentencias 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 *Idem*. pp. 453 ss.; y en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 151 ss.

titucional, debía prevalecer en Venezuela en ese momento: o el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera el equilibrio entre ambos.¹²⁵ Para ello, la Corte comenzó por constatar que la Constitución de 1961, como cualquiera de las Constituciones rígidas contemporáneas (que son materialmente todas las del mundo, con excepción de la del Reino Unido y la de Israel), gozaban de supremacía, pues estaba “en el tope de la jerarquía normativa del país, de manera que su acatamiento está por encima de las leyes ordinarias”. Esa Constitución de 1961 establecía el *Estado Constitucional*, que conforme a la sentencia:

“cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la *democracia* o “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”; b) por otro, en el principio de la *supremacía de la Constitución*, que coloca a esta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual *obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella.*”

En estos párrafos, la sentencia destacó las bases del sistema constitucional venezolano, propios de un Estado Constitucional democrático representativo, es decir, un Estado organizado por una Constitución que goza de supremacía y rigidez; conforme al régimen de la democracia que indudablemente es representativa, en contraste con la democracia directa que la praxis

125 Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*. Thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

política dejó en la historia. Eso significaba, ni más ni menos, que la Constitución, como manifestación de la voluntad popular expresada como Poder Constituyente, era la norma suprema que obliga a los órganos del Poder Público, como Poderes Constituidos y a los ciudadanos, que sólo puede ser modificada conforme a sus propias normas (rigidez).

Sin embargo, formulado el planteamiento, la sentencia señaló la doble cuestión que estaba planteada en el recurso de interpretación que se le había formulado, y que es la tensión existía, por una parte, entre el principio de la *soberanía popular y de la democracia* y, por la otra, el principio de la *supremacía constitucional*; es decir, como dice la sentencia, por una parte:

“Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración *retórica*”;

y por otra parte,

“o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto lo que se verá *corrosivamente* afectada será la idea de supremacía”.

Después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, la sentencia precisó el dilema así:

“El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del Poder Constituyente, reordenando al Es-

tado. En el primer caso estaríamos en presencia del Poder Constituido. En el segundo, el Poder Constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado”.

De este dilema concluyó la Corte señalando que:

“Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el Poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente”.

La verdad es que de estos párrafos no se entiende constitucionalmente la conclusión del dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional que planteó la Corte, pues la Constitución siempre es obra del Poder Constituyente que la sanciona, y es ese Poder Constituyente el que organiza políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo solo puede actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que es obra del Poder Constituyente.

Este, el Poder Constituyente, al dictar la Constitución, es el que resuelve subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, que no se verifica en forma alguna, por los Poderes constituidos, sino por el Poder Constituyente Instituido en la propia Constitución que se manifestaba finalmente mediante un *Referéndum aprobatorio* de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución de 1961), que implicaba la manifestación directa y final del pueblo soberano. No era acertado, por tanto, como lo hizo la Corte en la sentencia, confundir el Poder Constituyente Instituido de reforma de la Constitución con los Poderes Constituidos, los cuales no podían reformarla en ningún caso.

En ese dilema, si la Corte se atenía al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución de 1961 (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia, "Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio..., *el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica...*" Es decir, conforme a esa frase se podía deducir que para que el principio democrático no fuera una mera "declaración retórica," los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental. Pero si la Corte se atenía al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que establecía la misma Constitución que era, precisamente, obra de la soberanía popular. Sobre ello, sin embargo, la Corte Suprema dijo que "Si se estima que para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución,... *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supre-*

macía." Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo la podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Era claro, por tanto, cual era el dilema abierto desde el punto de vista constitucional en ese momento histórico de Venezuela: o la soberanía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

Del planteamiento del dilema mencionado la Corte señaló en su sentencia que "la pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria a un Poder Constituyente, a un poder soberano," pasando luego a analizar el artículo 4º de la Constitución, respecto del cual señaló que conforme los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos:

"consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que este no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio".

Es decir, la Corte en su sentencia, al referirse al artículo 4º de la Constitución de 1961 que establecía que la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce mediante representantes, interpretó conforme a lo que consagra, que no es otra cosa que el principio de la

democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos.

Pero frente a este principio constitucional, la Corte, en su sentencia, se refirió sin embargo al principio de la democracia directa (que confundió con “democracia participativa”) señalando que:

“Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce”

De esta apreciación sobre la democracia directa confundida con democracia participativa, que aparentemente contrasta con el principio de la democracia representativa que adopta la Constitución, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tiene el pueblo de manifestarse directamente y no a través de representantes, en la forma siguiente:

“De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer *sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación*. La Constitución ha previsto a través de sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado específicamente consagrados en el

texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su *ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes*. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo”.

Conforme a este razonamiento de la Corte, resultaba entonces, sin duda, la posibilidad de efectuar un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no resultaba posibilidad alguna de que mediante una consulta se pudiera regular y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometiera la reforma constitucional, pues, precisamente, es la Constitución *la que regulaba expresamente* que la reforma constitucional debía realizarse por el Poder Constituyente Instituido mediante la participación de representantes electos integrantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un *Referéndum aprobatorio* (art. 146 de la Constitución de 1961). Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución, estamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indica la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló mediante *previsión expresa* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un *Referéndum aprobatorio*.

De manera que en este caso, conforme a lo que señaló la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse; sin embargo, la misma, si se convocaba, no te-

nía autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regula cómo puede reformarse por el Poder Constituyente Instituido. Se insiste, conforme al criterio de la Corte, la soberanía popular podía manifestarse directamente “cuando *no existe previsión expresa* de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes”; por lo que en sentido contrario, cuando existía previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podía manifestarse directamente dicha soberanía popular.

Precisamente, en relación con la reforma constitucional, el artículo 246 establecía en forma expresa cómo debía manifestarse la soberanía popular a tales efectos, previendo la participación de los representantes electos (Senadores y Diputados) que integraban las Cámaras Legislativas y la participación directa posterior del pueblo soberano mediante un *Referéndum aprobatorio* de la reforma constitucional. Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constituyente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resultaba lo contrario.

En efecto, siempre consideramos que para que la soberanía popular manifestada en un *Referéndum Consultivo* se materializara en la convocatoria de una Asamblea Constituyente, el *régimen de la Constituyente* tenía necesariamente que estar consagrado con rango constitucional. Es decir, sólo la Constitución podría establecer el carácter de dicha Asamblea (unicameral o bicameral); la forma de elección (uninominal, plurinominal, por cooptación, por representación corporati-

va); las condiciones de elegibilidad de los constituyentes; las condiciones de postulación de los mismos (por firmas abiertas, por partidos políticos, por grupos de electores); la duración de su mandato y sus funciones y poderes, particularmente en relación con los Poderes Constituidos (Congreso, Corte Suprema de Justicia, Poder Ejecutivo, Poderes estatales, Poderes municipales). En nuestro criterio, por tanto, siempre consideramos que no bastaba un *Referéndum Consultivo* para que pudiera convocarse una Asamblea Constituyente, pues el régimen de la misma no podía ser establecido por los Poderes Constituidos, ni por Ley del Congreso, ni por Decreto Ejecutivo.¹²⁶

El *Referéndum Consultivo* lo que podía significar era, sólo, la manifestación de voluntad del pueblo dirigida al Poder Constituyente Instituido para que pudiera proceder a regular la Constituyente en la Constitución, y poder convocarla. Por consiguiente, el Poder Constituyente Instituido -como consecuencia de dicho mandato- debía ser el encargado de reformar la Constitución para regular la Constituyente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 246; reforma que debía someterse a *Referéndum aprobatorio*. En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (*Referéndum consultivo*), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un *Referéndum aprobatorio* como Poder Constituyente Instituido, de acuerdo con la Constitución, debía ser considerada como una violación de la misma y, en consecuencia, del derecho ciudadano a su supremacía constitucional.

126 *Idem*, p. 63

Por tanto, como se ha dicho, la Constitución de 1961 no preveía que se pudiera convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución conforme al artículo 4º del propio texto. Es cierto que esa norma señala que “la soberanía reside en el pueblo” pero agrega “quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”. De ello resulta, que para que esta norma pudiera entrar en aplicación para la convocatoria de una Asamblea Constituyente era necesario que la Constitución misma la regulase como un órgano del Poder Público, en ese caso del Poder Constituyente Instituido y, además, estableciera cuál es el régimen del sufragio para que el pueblo eligiera sus representantes en la Asamblea.

Por ello, siempre estimamos que un *Referéndum Consultivo* sobre la Constituyente no podía conducir a otra cosa que a materializar una manifestación de voluntad, por el pueblo soberano, constitutiva de un mandato político y popular dirigido a los órganos del Poder Público, particularmente al Poder Constituyente Instituido para que asumiera, conforme a la Constitución, su reforma para regular la Constituyente, es decir, para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente como un mecanismo de reforma constitucional. Siempre consideramos que nadie más tenía el poder constitucional ni la competencia para regular dicho régimen, el cual no podía derivar de un *Referéndum consultivo*, pues se distorsionaría el funcionamiento del Poder Constituyente Instituido que regula la Constitución.

Esto, incluso, deriva de los propios razonamientos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999. En efecto, como se ha dicho, la sen-

tencia precisa con claridad, sobre el *Referéndum consultivo* regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

“Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiere *vigencia inmediata*, (se refiere a la voluntad popular manifestada a través de la consulta), *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*”.

Es decir, la consulta popular debe considerarse en forma inmediata como la manifestación del pueblo (vigencia), pero conforme al criterio de la Corte, ello no bastaba para considerar que tenía eficacia si la consulta conducía a una reforma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, la eficacia de la manifestación de la voluntad popular sólo se producía cuando mediante los mecanismos legales o constitucionales se diese cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el *Referéndum consultivo*.

Un ejemplo puede aclarar el planteamiento de la Corte: se puede convocar a un *Referéndum Consultivo* sobre el establecimiento de la pena de muerte en el país; el cual tendría vigencia inmediata, como consulta popular, pero no tendría efectividad sino hasta tanto el Poder Constituyente Instituido reformase el artículo 58 de la Constitución que no sólo regula el derecho a la vida como inviolable, sino que prohíbe el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido la eficacia del *Referéndum consultivo* solo procedía cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

“siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido”.

Por supuesto, las modificaciones al orden jurídico para hacer eficaz la voluntad popular manifestada en el Referéndum, sólo pueden adoptarse por los órganos del Poder Público que tengan constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso, podría derivar del propio *Referéndum consultivo*, a menos que se persiga delegar el Poder Constituyente Originario en un órgano de los Poderes Constituidos, lo que sería atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia de la Corte Suprema, como ya se ha dicho, se insistió en este mismo argumento, pero específicamente referido al *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tenía especial transcendencia nacional

“en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen en los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza”.

En esta decisión, sin embargo, se abrieron dos posibilidades concretas para que el *Referéndum* sobre la Asamblea Constituyente adquiriera eficacia. En *primer* lugar, que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñasen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propues-

tos. En este caso, por supuesto, lo importante era determinar si algún órgano del Poder Público Nacional (Ejecutivo o Legislativo) tenía *competencia* para “diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente” a los fines de reformar la Constitución. La respuesta evidentemente era y es negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tenía ni tiene competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de convocatoria de una Asamblea Constituyente comportaban, modificaciones a la Constitución. Este era el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sistema puramente uninominal para la elección de los constituyentes, lo que implicaba la reforma del artículo 113 de la Constitución que consagraba el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero en *segundo* lugar, la sentencia de la Corte planteó la alternativa, como *consecuencia de la consulta popular* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de que previamente los órganos del Poder Público Nacional (se refirió al Congreso) tomaran la iniciativa de enmienda o de reforma de la Constitución que incluyera la figura de la Asamblea Constituyente.

No se olvide que conforme al mencionado artículo 246 de la Constitución, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debe aprobar mediante *Referéndum aprobatorio*. Ninguna norma autoriza en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un *Referéndum Consultivo*, cuyo texto -el de la consulta- se formule sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que sea producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impedía que se convocase a un *Referéndum consultivo* para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, en la Constitución, nada se regula para que una reforma constitucional se derivase de una consulta popular, sin que su texto hubiese sido discutido y sancionado por las Cámaras Legislativas que integran el Congreso y luego sancionado mediante *Referéndum aprobatorio*.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló en su sentencia, que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al Poder Constituyente manifestado mediante un *Referéndum consultivo*, de lo que deriva la posibilidad de que mediante este se pudiera estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia dedicó un Capítulo (V) a la "Técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", cuyo artículo 181 había sido objeto del recurso de interpretación intentado. Conforme al criterio de la Corte:

"Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referéndum consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente".

Al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó en la sentencia, que el "análisis interpretativo" que hacía, "versaba sobre la convocatoria a referéndum" y nada más; precisando que la interpre-

tación que realizó no versaba ni se refería “a consulta plebiscitaria”, sobre lo cual agregó:

“En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referéndum se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante” (Cfr. Lecleq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París 3^{ème} Edition, pág. 137).

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regulaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que quedó reducido a un *Referéndum consultivo*, que como se ha dicho antes, tiene por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión que, por supuesto, normalmente está plasmada en un proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el *Referéndum consultivo* se refiere a un texto o proyecto, que es el que debe someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traduce en un voto de confianza “a un hombre o gobernante” como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca es consultivo sino decisorio. Con el plebiscito se le pide al pueblo que decida; con el *Referéndum consultivo* se le pide al pueblo su opinión sobre una decisión que debe adoptar el órgano del Poder Público que formula la consulta.

Ahora bien, hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Corte concluyó señalando que de dicha norma se desprendía “la consagración jurídica de la figura del referéndum consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales.”

Al constatar que la duda planteada por los solicitantes del recurso de interpretación "viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del *Referéndum consultivo*"; con el objeto de determinar "si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente"; y luego de analizar las materias que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no pueden someterse a referéndum, la Corte concluyó señalando que:

"el principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultado a través de este mecanismo."

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte hizo el razonamiento ya referido anteriormente en varias oportunidades, de que el resultado del *Referéndum Consultivo* no tenía efectos de inmediato, sino "sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada."

Es decir, el *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse y adquiriría vigencia, pero no sería eficaz para reformar la Constitución sino una vez regulada dicha Asamblea en la propia Constitución o en otro instrumento acorde con la consulta popular como mecanismo político del Poder Constituyente Instituido para hacer la reforma general.

Ahora, si bien el razonamiento lógico de la sentencia conduciría a la primera conclusión, la misma podía

interpretarse también en el segundo sentido, dada la consideración que hizo sobre la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, en el Capítulo relativo a la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, señalando lo siguiente sobre el Poder Constituyente Originario:

“El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido.”

Distinguió así la Corte, en su sentencia, tres conceptos esenciales del constitucionalismo moderno. En *primer* lugar, la del Poder Constituyente Originario el cual, a decir verdad, en los Estados Constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, como “potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional”. En ese caso, como lo dijo el Abate Sieyès el

20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria,

“El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pudiera (plu-giera) adoptar.”¹²⁷

Así concebido, el Poder Constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que precede al derecho que dicho Poder crea y ordena en una Constitución.

Sin embargo, este Poder Constituyente Originario, en el mundo contemporáneo, es una mera representación histórica. Ese fue el que asumieron las Asambleas coloniales norteamericanas para crear, *ex novo*, Estados soberanos y ese fue el que asumió la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, para transformar radicalmente el Estado francés. Así también fue el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capitales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.

Pero una vez constituidos los Estados modernos, el Poder Constituyente Originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación *fáctica*, producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho.

Por ello, no es frecuente que ni siquiera después de una ruptura constitucional en un país constitui-

127 Véase la cita en Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.

do, se active en forma absoluta e inmediata el Poder Constituyente Originario. Así resulta de la práctica constitucional de nuestro país donde, a pesar de las rupturas constitucionales, las Asambleas o Congresos Constituyentes de 1830, 1858, 1863, 1893, 1901, 1904, y 1946 nunca se conformaron *legibus solutus*, pues siempre tuvieron los límites derivados del principio republicano y de la conservación del ordenamiento jurídico precedente en todo lo no modificado por la nueva Constitución que se adoptaba.

En todos los casos, además, el Poder Constituyente originario se constitucionalizó al adoptarse la Constitución, y el principio de la representación democrática condicionó su ejercicio. Como lo ha destacado Pedro de Vega al comentar las ideas de Sieyès:

“Al ser la Nación un ente abstracto, que sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación. El poder constituyente deja de ser entonces el poder en el que el pueblo directamente participa, como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas en las que la Nación delega sin competencias.”¹²⁸

Esto condujo, incluso, a que en Europa se pasara inconvenientemente de la Soberanía Nacional a la Soberanía y absolutismo de los Parlamentos, principio que sigue rigiendo en la Constitución del Reino Unido (el de la Soberanía parlamentaria por delegación del pueblo).

Ahora bien, como principio, en el Estado Constitucional, una vez aprobada la Constitución, el Poder

128 Véase Pedro De Vega, *op. cit* p. 32

Constituyente Originario desaparece, se subsume en la Constitución, se juridifica o constitucionaliza, y ese texto adquiere supremacía, regulándose usualmente el Poder Constituyente Instituido, como mecanismo para reformar o modificar la Constitución.

Distintos al Poder Constituyente Originario y al Poder Constituyente Instituido, son los Poderes Constituidos, que son el producto de la voluntad del Poder Constituyente manifestada a través de la Asamblea, están sometidos esencialmente a la Constitución y no pueden modificarla.

Ahora bien, en cuanto al Poder Constituyente Instituido, es decir, el poder de modificar la Constitución, este es el resultado constitucional de la tensión que deriva de los dos principios señalados que son pilares del Estado Constitucional, ya comentados: el principio de la democracia representativa y el principio de la supremacía constitucional, y que se encuentra inserto en el constitucionalismo desde la primera Constitución de la República Francesa de 1791, que estableció:

“La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión.”¹²⁹

En consecuencia, es de la esencia del constitucionalismo moderno tanto el concepto de Poder Consti-

129 Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechat (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París 1979, págs. 65-66.

tuyente Originario como el de Poder Constituyente Instituido para reformar la Constitución, distintos al de los Poderes Constituidos, los cuales no pueden reformar la Constitución y se encuentran sometidos a ésta. Por ello, tiene razón la Corte Suprema cuando en la sentencia comentada expresó que:

“En este sentido, se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional, no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.

Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de BERLIA: “que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación”. (Cfr. BERLIA, G. “*De la Compétence Constituyente*” en *Revue de Droit Public*, 1945 p. 353, citado por Pedro DE VEGA en *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 231).”

De ello resulta, por tanto, que el Poder Constituyente tanto Originario como Instituido no puede quedar subrogados a los Poderes Constituidos; y que si bien el Poder Constituyente Originario corresponde al pueblo, éste es el que, como tal, tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes electos en una Asamblea Constituyente, los cuales no pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni la Asamblea Constituyente puede ser comprendida en forma alguna con el Poder Constituyente Originario.

Por último, en el Capítulo de la sentencia de la Corte Suprema relativo a la “técnica interpretativa de

la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, la Corte entró a hacer algunas consideraciones sobre la reforma constitucional confundiendo lamentablemente, el Poder Constituyente Instituido con los Poderes Constituidos. En efecto, la Corte señaló:

“Nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado.

Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 *ejusdem*.

De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de “cualquier otro medio distinto del que ella dispone” y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental.”

Ante estas afirmaciones debe dejarse muy claramente establecido que conforme a la Constitución de 1961, era incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuía a “los Poderes Constituidos, en función de poder constituyente derivado”. Al contrario, en la Constitución se distinguía, con toda precisión, entre los Poderes Constituidos (de los cuales forman parte, en particular, a nivel nacional, el Congreso o a nivel estatal, las Asambleas Legislativas), y el Poder Cons-

tituyente Instituido para la reforma constitucional que no se puede confundir con aquellos. Una cosa es constatar que algunos Poderes Constituidos, en alguna forma, participen en el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional se atribuye a los Poderes Constituidos, lo cual no es correcto.

En efecto, el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución, funcionaba como proceso complejo, con la participación de las siguientes instituciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante *Referéndum aprobatorio*. Por tanto, no era cierto que la Constitución atribuyera al Congreso de la República (Poder Constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco era cierto que la reforma constitucional se atribuyera a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuía al Poder Constituyente Instituido en cuya formación participaban, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano.

Siendo errada la premisa de la que partió la Corte al confundir el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional con los Poderes Constituidos, en nuestro criterio, era igualmente errada la apreciación que formuló en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaría dirigido a los Poderes Constituidos y no al Poder Constituyente. Al contrario, mientras la

Constitución estaba vigente, el artículo 250 se aplicaba al Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional y era, conforme a los principios de la democracia representativa y de la supremacía constitucional, un freno a la aparición del Poder Constituyente originario, que solo podría manifestarse *de facto*. Sin embargo, la Corte Suprema, en su sentencia continuó en su línea de razonamiento sobre el Poder Constituyente originario, no limitado y absoluto, señalando lo siguiente:

“Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a un conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla.”

Tres aspectos deben destacarse de estos párrafos de la sentencia.

En *primer lugar*, la afirmación de que el Poder Constituyente no está regulado por las normas jurídicas que hayan podido emanar de los Poderes Constituidos. Ello es evidente y entendemos que nadie lo niega, pues sería contrario al principio de la soberanía popular. Sin embargo, una cosa es que el Poder Constituyente Originario no esté sometido a las normas jurídicas que puedan emanar de los Poderes Constituidos y otra es que el Poder Constituyente no esté sometido a su propia obra, que es la Constitución. Lo primero nadie lo refuta, pero lo segundo es totalmente refutable pues sería contrario al principio de la supremacía constitucional. Una vez que en un país, el Poder Constituyente sanciona una Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que, como lo afirmó la Corte en la misma sentencia "obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella" y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma. Como también lo dijo la Corte en el párrafo antes transcrito, es la soberanía popular la que se convierte en supremacía constitucional cuando aquélla lo decida a través de los mecanismos de participación previstos en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no es cierto que en la Constitución de 1961, las normas reguladoras de la reforma constitucional estén sólo "dirigidas al Poder Constituido". Constituyen, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscribe que la Constitución pueda ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada a las Cámaras Legislativas como Poder Constituido, pero no puede decirse que sólo es-

tán dirigidas a los Poderes Constituidos. Al contrario, esencialmente regulan al Poder Constituyente Instituido y constituyen una autolimitación que el Poder Constituyente Originario se ha impuesto.

Por ello, insistimos, la conclusión que se formuló en el último de los párrafos transcritos de la sentencia es precisamente la manifestación de la autolimitación mencionada del Poder Constituyente Originario: la soberanía popular (Poder Constituyente Originario) se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla (soberanía popular, Poder Constituyente Originario) dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla (la soberanía popular).

Y así, efectivamente, cuando se sancionó la Constitución de 1961 el Congreso constituyente en representación de la soberanía popular, decidió ejercerla, y convertir el proceso de reforma constitucional, en supremacía constitucional.

En *segundo lugar*, debe mencionarse, de nuevo, la afirmación de la Corte de que los Poderes Constituidos pueden ejercer "de manera extraordinaria la función constituyente". Ello, se insiste, es incorrecto. De acuerdo con la Constitución, las Cámaras Legislativas como Poderes Constituidos, jamás ejercen ni ordinaria ni extraordinariamente la función constituyente. Participan en el Poder Constituyente Instituido, como también participa el pueblo soberano al aprobar mediante *Referéndum aprobatorio* la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los Poderes Constituidos la función constituyente hay una gran distancia.

En *tercer lugar*, debe destacarse la referencia que hizo la Corte al Preámbulo de la Constitución, como

consagradorio de la democracia como sistema político de la Nación, con el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello llevó a la sentencia a dedicarle un Capítulo (VI) al “Preámbulo de la Constitución”, particularmente por lo que se refiere a la declaración relativa al orden democrático “como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos”. El Preámbulo, sin duda, constituye expresión de un “proyecto político nacional”, que es el de la democracia *representativa* plasmado en el artículo 4 del Texto Constitucional, la cual siempre debe conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informa todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, donde se afirma, con razón, que “la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla”.

De ello deriva, en *primer lugar*, el principio de autolimitación del Poder Constituyente Originario cuando adopta la Constitución, y convierte la soberanía popular en supremacía constitucional, lo que implica que el pueblo soberano debe también regirse por la Constitución que él mismo ha adoptado. En consecuencia, la Constitución de 1961 rige incluso para el pueblo, quien es quien se ha impuesto la autolimitación de que la misma sea reformada, con su directa participación (*Referéndum aprobatorio*), en el Poder Constituyente Instituido.

Pero en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la sentencia permite que en caso de que la soberanía po-

pular se manifieste mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un *Referéndum consultivo*, a través del mismo pueda instituirse otra forma de reforma constitucional, cediendo allí el principio de la supremacía constitucional frente a la soberanía popular.

Este, en definitiva, fue el punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional dio al conflicto que estaba planteado, entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regula expresamente la Asamblea Constituyente como Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, la misma puede ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante *Referéndum consultivo* regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que la Corte consideró como manifestación del derecho a la participación política, como un derecho inherente de la persona humana; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

De ello resultaba, por supuesto, que no era necesaria reforma constitucional alguna para que se pudiera reconocer como derecho constitucional al referendo o la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente. Pero en realidad, ese no era el problema; este resultaba de la secuela de la consulta popular. En efecto, una vez efectuado el *Referéndum consultivo* conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, si la respuesta era por el "sí" para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, ello tenía "vigencia inmediata" en cuanto a mandato popular obligatorio para los órganos del Estado, el cual, sin embargo, en sí mis-

mo no tenía eficacia, como lo afirmó la Corte en la sentencia, sino:

“cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo *procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente*, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso.”

He aquí el problema jurídico, que quedaba por resolver y que dependía de la forma cómo se hiciera la consulta popular o de la manera como se manifestase la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el *Referéndum consultivo*, se manifestase a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, venía ineludiblemente la tarea de establecer formalmente el régimen de la misma por los órganos del Poder Público Nacional *con competencia* para ello, los cuales debían, obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos*, dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referéndum. Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal vigente no había atribución de competencia alguna, a órgano alguno del Poder Público Nacional, para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente con poder para reformar la Constitución por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la Constitución.

Ese régimen no podría establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se preguntase expresamente sobre los diversos elementos que configurarían dicho régimen (carácter, número de miembros, forma de elección, condiciones de elegibilidad, duración, mandato acorde con la Constitución

vigente) y sobre el órgano del Poder Público que debía regular la Constituyente. Sin embargo, en dicho régimen no se podían establecer condiciones de elegibilidad de los constituyentes distintos a los previstos en el artículo 112 de la Constitución; ni un sistema electoral totalmente uninominal que por ejemplo, no garantice el derecho a la representación proporcional de las minorías como lo prevé el artículo 113 de la Constitución. Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que en la Constitución, la competencia la tenía el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución. Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia expresamente se refirió a las dos vías que se abrían para hacer efectivo el *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La primera, era que “los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente”, por supuesto, conforme a los términos de la consulta. Para que esta primera vía fuera factible, tenía que existir en el ordenamiento jurídico la atribución de *competencia* a algún órgano del Poder Público Nacional para establecer el régimen de una Constituyente para modificar la Constitución en una forma distinta a la prevista en los artículos 245 y 246 de la Constitución, y esa atribución no existía. La única posibilidad que quedaba, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, era que en la propia consulta popular no sólo se formularan las preguntas sobre el régimen de la Constituyente, sino se inquiriera al pueblo sobre el órgano del Poder Público que debía formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implicase modificaciones a la Constitución vigente.

La segunda, como alternativa, era que previamente a la convocatoria efectiva de la Asamblea Constituyente, los órganos del Poder Público Nacional “tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea Constituyente”; lo cual resultaba necesario si el régimen de la Constituyente implicaba reformas a la misma Constitución (por ejemplo, conforme a lo señalado, a los artículos 112 y 113).

La Corte, en definitiva, lo que resolvió fue la constitucionalidad del *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente sobre la constitucionalidad de su convocatoria sin que se estableciera previamente su régimen mediante una reforma constitucional.

Sin embargo, todos los argumentos de la motivación de las sentencias apuntaban a que, dependiendo de cómo se hiciera la consulta popular, se legitimase posteriormente el instrumento político de la Asamblea Constituyente convocada para reformar la Constitución, incluso sin que se produjese una reforma constitucional previa, pero siempre que su estatuto resultara, todo, del Poder Constituyente Originario manifestado mediante *Referéndum* que reflejase la voluntad popular, como efectivamente ocurrió con el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999 que permitió la elección de la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de julio de 1999, fijándole su misión y los límites de su actuación en democracia y en un Estado de Derecho.

De lo anterior queda claro que en ese momento, de la discusión jurídica que se había abierto en el país para enfrentar el dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional, habían quedado precisadas las dos posiciones indicadas:

Por una parte, la de quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo la Constitución establece los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda), y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional, que le diese *status* constitucional.

Por otra parte, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo como lo decía el artículo 4 de la Constitución de 1961, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla. Se trataba, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los Estados modernos, y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Constitucional, actuando como juez constitucional, sin embargo, no optó por ninguna de las dos posiciones, y en las sentencias de 19 de enero de 1999, sin resolver expresamente y con claridad el asunto, abrió la vía para inter-

pretar que la figura de una Asamblea Constituyente, aún cuando no prevista en el texto de la Constitución, podía ser creada y regulada por los ciudadanos en ejercicio del derecho a la participación política, mediante un *Referéndum Consultivo*. Es decir, que el poder constituyente originario, que es el pueblo, podía manifestar su voluntad mediante un *Referéndum Consultivo* y crear la Asamblea Nacional Constituyente como instrumento político para reformar la Constitución.

Para ello se limitó a decidir que la consulta popular mediante *Referéndum* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política era perfectamente legítima y constitucional, pero sin resolver expresamente el problema constitucional de si era o no necesaria la reforma constitucional previa que regulara la Asamblea Constituyente para poder convocarla. Las sentencias, en realidad, fueron de contenido ambiguo, lo que permitió que fueran "interpretadas" como la supuesta solución al conflicto constitucional existente, dando lugar, como consecuencia de un "referendo consultivo," a la subsecuente convocatoria, elección y constitución de una Asamblea Nacional, lo que en todo caso ocurrió en democracia y sin ruptura constitucional a la usanza tradicional.

En las mismas, en definitiva, la Sala se limitó a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; lo que nadie negaba, pues se trataba de una consulta popular sobre una materia de trascendencia nacional; pero sin decidir sobre el otro asunto

que se le había planteado, y que era el esencial desde el punto de vista constitucional, es decir, sobre si en definitiva, para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución, la Corte nada resolvió ni decidió, y menos en forma precisa y clara.

En realidad, sobre este asunto, en las sentencias, la Sala llegó a la conclusión de que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, "aún cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos se de cumplimiento a la modificación jurídica aprobada.* Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido."

De este párrafo lo que se deducía, en realidad, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para efectivamente convocarla y reunirla, de manera que la consulta popular sólo podía interpretarse como un mandato político para que los órganos del Poder Público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las que resultasen de una revisión constitucional (reforma o enmienda), entonces era que

la consulta popular podía ser efectiva. Ello implicaba que para efectuar la reforma e incorporar a la Constitución la figura de la Asamblea Constituyente, debía asegurarse la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin una reforma previa de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema del 19 de enero de 1999, dentro de su imprecisión y ambigüedad, dejaron abierta la discusión constitucional, y con ello, la vía jurídico-judicial para la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta institución estuviese prevista en la Constitución de 1961, vigente en ese momento, como un mecanismo de revisión constitucional.¹³⁰ Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio comienzo al proceso que condujo al golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Constituyente y, casi un año después, a que los nuevos titulares del Poder Público decretaran la extinción de la propia Corte Suprema que con su abstención había iniciado el proceso que les dio origen.

El resultado de esta ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, en el momento político que vivía

130 Véase Jesús María Casal, "La apertura de la Constitución al proceso político", en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2000, pp. 127 y ss.

el país, en la práctica fue suplida por la “opinión pública” que se conformó por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales fueron los que abrieron efectiva e insólitamente dicha vía hacia el proceso constituyente, al “informar” en grandes letras que, supuestamente, la Corte Suprema de Justicia había decidido que se podía proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente para revisar la Constitución, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961, que la regulará.¹³¹

En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un “triumfo” jurídico¹³², y la incredulidad y duda

131 *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, p. 1-15. El titular de primera página del diario *El Nacional* del 20-01-99 rezó así: “CSJ, considera procedente realizar un referéndum para convocar la Constituyente”; el titular del cuerpo de *Política* del mismo diario, del 21-01-99, rezó así: “No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum” y el del día 22-01-99 rezó así: “La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente”. Véase los comentarios coincidentes de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 63.

132 Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto N° 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que: “b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental; c) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representa-

de otros, que no encontraban la “decisión” que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma.¹³³

El resultado final de esta carencia, y la opinión pública construida de ella, buscándose evitar el conflicto constitucional, desviaron la discusión jurídica constitucional hacia otros aspectos, siendo el resultado final la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente que se efectuó en abril de 1999, la elección de la misma en julio de 1999, y la subsiguiente asunción del “poder constituyente originario” por la Asamblea a partir de agosto de 1999, con lo cual intervino todos los poderes constituidos, entre ellos el Poder Judicial, disolviendo el Congreso y finalmente a la propia Corte Suprema que le había dado origen, dando, en fin, un golpe de Estado.

3. *El caso de Honduras de 2009: la propuesta del Presidente de la República para la realización de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, el tratamiento aplicado por el Juez Constitucional (jurisdicción contencioso administrativa) suspendiendo la propuesta, y la lamentable mala praxis final del técnico ejecutor (los militares)*

El precedente venezolano de convocatoria de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, para reformarla, se siguió a la letra en

tivas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad”. (*Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99).

133 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 66 y ss. Véase además, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 85 y ss.

2007 por el presidente Rafael Correa en Ecuador, donde se recurrió a la misma fórmula, haciéndose prevalecer la expresión de la voluntad popular mediante una simple consulta, aún manifestada sin asidero constitucional, conduciendo a la Asamblea Constituyente a la asunción del Poder total del Estado, salvo el del Presidente de la República, no sólo para redactar una nueva Constitución sino para intervenir y controlar todos los otros poderes del Estado.¹³⁴

En Ecuador, sin embargo, lo que se evidenció fue el *síndrome del retardo* pues el Tribunal Constitucional a pesar de los intensos conflictos entre el Congreso y el Tribunal Electoral, sólo decidió sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución pero con “plenos poderes” constitucionales muy tardíamente, cuando la misma había sido electa.

En todo caso, la modalidad de la convocatoria de una consulta popular para obtener la opinión del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución como mecanismo de reforma constitucional, para con base en la expresión popular poder convocarla, forzando la prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional, fue también lo que quiso imponer en Honduras el Presidente José Manuel Zelaya en 2009, con la diferencia de que en ese país, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa actuando en ese caso, sin duda, como tribunales constitucionales, efectivamente asumieron su función, y funcionaron y

134 Véase lo expresado sobre este proceso en Allan R. Brewer-Carías, “El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999,” texto de la Videoconferencia dada el 19 de abril de 2007 desde la Universidad de Columbia, Nueva York, al Programa de Postgrados de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 19 abril 2007. Véase en www.allanbrewercarias.com, Sección I, 1, 949 (2007).

decidieron como contralores de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Presidente de la República, llegando a suspender los efectos de los actos ejecutivos dictados en la materia.¹³⁵

En efecto, el 24 de marzo del 2009, en cadena televisiva y de radio, el Presidente de Honduras anunció que en Consejo de Ministros del día anterior (23 de marzo de 2009), se había emitido un Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, en el cual se había ordenado realizar una “amplia consulta popular” para que la ciudadanía hondureña pudiera expresar libremente su acuerdo o no con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a los efectos de dictar y aprobar una nueva constitución política, disponiendo que el ente que estaría a cargo de la ejecución del Decreto sería el Instituto Nacional de Estadística (INE), previendo la realización de la consulta para el último domingo del mes de junio del 2009.

El texto de la consulta popular que el Presidente de la República proponía, en lo que en definitiva era un “referendo consultivo,” consistía en la siguiente pregunta:

“¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional

135 Véase las copias de las actas procesales ante la Jurisdicción contencioso administrativa y la Corte Suprema de Honduras, en *Expediente Zelaya*, Documentos, El Nacional, Caracas. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo: El caso de Honduras (2009) y el precedente venezolano (1999)”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No.34, (junio 2009), Gobierno de Aragón, Zaragoza 2009, pp. 481-529; y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo. Homenaje de Nuevo León a Jorge Fernández Ruiz*, Con. 3, Julio-Dic 2009, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México 2009, pp.11-77 .

Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política?”

Este Decreto N° PCM-005-2009, según se afirmó en el primer “Considerando” del Decreto N° PCM-019-2009 de fecha 26 de mayo de 2009, *nunca se llegó a publicar* por el Poder Ejecutivo en el Diario Oficial, “por razones de mérito y oportunidad.” Por ello se lo consideró como un *acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo* que había sido ampliamente publicitado, aún cuando no formalmente publicado en el Diario Oficial, que es el requisito para que cualquier acto de efectos generales pueda producir efectos (artículo 255 de la Constitución y artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

En todo caso, en virtud de que la publicitada propuesta presidencial se apartaba de lo que la Constitución de Honduras establecía en materia de reforma constitucional, el 8 de mayo de 2009, dos fiscales del Ministerio Público, órgano constitucional al cual corresponde ser garante de la Constitución, presentaron ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo de Tegucigalpa (Municipio del Distrito Central), una demanda ordinaria contencioso administrativa “contra el Estado de Honduras,” de declaratoria de ilegalidad y la nulidad del “*acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo*” y que estaba contenido en el mencionado Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, por considerar que el mismo no estaba ajustado a derecho.

Los Fiscales solicitaron además, ante el mismo Juzgado contencioso administrativo, como medida cautelar, que suspendiera los efectos del acto impugnado. En el proceso (Orden de ingreso N° 151-2009), el Estado de Honduras estuvo representado por la Procuradora General de la República, quien actuó en el proceso.

El Artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo prescribe que procede la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados en vía contencioso administrativa, cuando “la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil,” por lo que con base en dicha norma, en el libelo de la demanda que originó el juicio, la parte demandante, es decir, el Ministerio Público, solicitó ante el Juez contencioso administrativo que dictase una medida cautelar incidental de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, lo que efectivamente fue decidido por el Juzgado el 27 de mayo de 2009 mediante sentencia interlocutoria de suspensión del acto impugnado (es decir, del Decreto presidencial N° PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009).

Para dictar dicha sentencia interlocutoria, el Juez contencioso administrativo actuando como juez constitucional, apreció la solicitud del Ministerio Público que se fundamentaba en la consideración de que el acto administrativo impugnado era “de gran impacto que ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible al sistema democrático del país *en franca violación a la Constitución de la República y demás leyes*, así como perjuicios económicos, por ejecutar acciones de la dimensión de una consulta a nivel nacional, y por perjuicios graves a la sociedad de difícil reparación a todas las instituciones del poder ejecutivo, y se prohiba a todas las empresas privadas que estén ejerciendo contratos para la ejecución del decreto.”

Y además, en su sentencia el Juez agregó que la parte demandada, es decir, el Estado de Honduras representado por la Procuradora General de la Repúbli-

ca, al devolver la vista, había reconocido que el Juzgado tenía la potestad de suspender actos administrativos, y había indicado que el acto impugnado, de ser ciertas las imputaciones sobre el mismo, "constituye grave infracción al ordenamiento jurídico, que lesiona intereses del Estado de Honduras y de la generalidad del pueblo hondureño, ocasionando un daño al Estado de Honduras de reparación imposible, así como de las erogaciones económicas ya que el poder ejecutivo ha publicitado por medios de comunicación privados para el cometido del acto administrativo impugnado, y que generan gastos cuantiosos para la administración pública, los que tienden a incrementarse cada día." Es decir, ambas partes en el proceso contencioso administrativo, representantes de instituciones fundamentales del Estado, estuvieron contestes con los poderes del juez contencioso administrativo sobre la suspensión de los efectos del acto impugnado, y con que dicho Juez, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción, emitiera la sentencia que correspondiera.

Por su parte, el Juez Titular del Juzgado contencioso administrativo para decidir la incidencia de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado, consideró que cuando se resuelven solicitudes de esta naturaleza, "se ha de tomar en consideración que la tutela judicial no será efectiva, si al pronunciarse la sentencia definitiva, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda," considerando entonces que la correcta decisión de solicitud que se le había formulado, exigía conforme a la más clásica técnica judicial en materia de medidas cautelares:

"la ponderación y armonización de dos principios en pugna, por un lado, el de la efectiva tutela judicial,

y, por otro, el de la eficacia de la acción administrativa, esto por la presunción de legitimidad del acto impugnado, principios que buscan evitar que con la ejecución del acto impugnado se causen perjuicios de difícil o imposible reparación, de no decretarse la suspensión del acto que se impugna, por lo que al decretar la suspensión de los efectos de un determinado acto impugnado lo que se busca es prever que al momento de emitirse un fallo definitivo sea meramente declarativo e ineficaz con respecto a las pretensiones del demandante.”

Con base en lo anterior, el Juez en su sentencia interlocutoria de suspensión, teniendo en cuenta que ambas partes en el proceso habían estado contestes sobre sus facultades legales en materia contencioso administrativa para decidir sobre la revisión, suspensión y nulidad de actos administrativos; y considerando “que El Estado de Honduras es un Estado de Derecho, por lo que sus actuaciones están sometidas únicamente al imperio de la Constitución de la República y las leyes,” decidió que era “procedente decretar la suspensión del acto administrativo tácito objeto de revisión en el presente juicio por considerar que su implementación redundaría en daños de carácter económico, político y sociales que serían de imposible reparación para el Estado de Honduras.”

Esa decisión la adoptó el Juez contencioso administrativo, como se dijo, en tanto que juez constitucional, en aplicación de los artículos 5, 80, 82, 90, 245, 303, 304 y 305 de la Constitución de la República; artículos 1, 11, 40 y 137 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; artículos 1, 2; 3, 7, 13 letra b), 101, 120, 121, 122, 125, 129, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; artículos 130, 131, 134, 138, 141 y 142 del Código de Procedi-

mientos Civiles; y artículos 9, 15 y 16 de la Ley del Ministerio Público; y además, en aplicación del Oficio N° SCSJ-3623-88 y Acuerdo número 03-98 de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia de declarar con lugar la cuestión incidental de suspensión de los efectos del acto impugnado, que era el acto administrativo tácito de carácter general impugnado contenido en el Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009 del 23 de marzo del 2009, tal como lo habían solicitado los Fiscales del Ministerio Público demandantes, fue además, la orden judicial de suspensión de “cualquier tipo de publicidad sobre lo establecido en el mismo” y, en general, “del procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo a través del Presidente Constitucional de la República, o cualquiera de las instituciones que componen la estructura administrativa del Poder Ejecutivo.”

Por tanto, el objetivo de la decisión cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado fue el que el Presidente de la República y, en general, todos los órganos del Poder Ejecutivo se abstuvieran de realizar actividad alguna relativa a la propuesta presidencial de consulta popular a los ciudadanos sobre el tema de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia, el Juez en su decisión, mandó notificarla “al Señor Presidente Constitucional de la República a través del Señor Secretario de Estado en el Despacho Presidencial, para su conocimiento y cumplimiento inmediato, haciéndole las prevenciones establecidas en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de no cumplir la misma.”

La anterior decisión del Juez contencioso administrativa, como se dijo, fue dictada el día 27 de mayo de 2009 suspendiendo los efectos del acto administrativo tácito contenido en el Decreto ejecutivo N° PCM-05-2009 de 24 de marzo de 2009 (nunca publicado), que ordenaba la realización de una consulta popular no autorizada en la Constitución. Sin embargo, y quizás sabiendo el Presidente de la República que la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo iba a ser dictada suspendiendo los efectos de su PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009, el cual como se dijo nunca fue publicado en Gaceta Oficial “por razones de mérito y oportunidad” (es decir, deliberadamente); el día anterior a la sentencia, es decir, el 26 de mayo de 2009, el Presidente de la República en Consejo de Ministros emitió un “nuevo” Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, el cual tampoco fue publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* sino un mes después, es decir, el día 25 de Junio de 2009 (N° 31.945), mediante el cual se decidió anular y dejar “sin ningún valor y efecto” el Decreto N° PCM-05-2009 que ordenaba una consulta popular, a partir de su emisión; y que como se dijo había sido el acto impugnado y cuya suspensión de efectos era inminente. Ello, por supuesto era contradictorio: si un acto no publicado en el Diario oficial como lo decía uno de los Considerandos del decreto no surtía efectos, no parecía lógico que en el mismo decreto se resolviese “dejar sin efectos” un acto que supuestamente no había surtido efectos.

En todo caso, en lugar del Decreto de 23 de marzo de 2009 que se revocaba y, en concreto en lugar de la “consulta popular” que entonces se había ordenado, mediante un nuevo Decreto N° PCM-20-2009 dictado

el mismo día 26 de mayo de 2009 (publicado también un mes después en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 31.945 del 25 de junio de 2009), el Presidente había dispuesto que se realizase, no una consulta popular, sino “una encuesta nacional de opinión,” que se debía llevar a cabo el 28 de junio de 1999, en la cual debía formularse una pregunta similar en su forma a la antes propuesta para la “consulta popular, pero sustancialmente distinta, de si:

“¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna en la cual el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente? Si ___ No ___.”

En el nuevo Decreto, que se calificó como “de ejecución inmediata” aún cuando debía publicarse en el Diario Oficial (art. 5), además, se instruyó “a todas las dependencias y órganos de la Administración pública, Secretarías de Estado, Instituciones Descentralizadas y Desconcentradas, para que se incorporasen y ejecutasen activamente, “todas las tareas que le sean asignadas para la realización del proyecto denominado “Encuesta de Opinión Pública convocatoria Asamblea Nacional Constituyente,” considerando que según el referido Decreto, ello constituía, “una actividad oficial del Gobierno.”

La diferencia era notoria: antes lo que se buscaba era que el pueblo, con una respuesta afirmativa a la pregunta de la “consulta popular,” decidiera “sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política”; ahora lo que se buscaba era que el pueblo con una respuesta afirmativa a la pregunta de una “encuesta nacional de opinión,” decidiera “la convocatoria a una Asamblea

Nacional Constituyente.” El efecto de la manifestación popular era, por tanto, radicalmente distinto, y lo que aparentemente era una propuesta para una “consulta popular” y luego para una “encuesta de opinión,” se había convertido en una propuesta para un referendo decisorio tendiente a lograr una “decisión” popular al margen de la Constitución. Tal como ocurrió en Venezuela en febrero de 1999, cuando el Presidente de la República, utilizando la vía de un “referendo consultivo” previsto en una ley, propuso la formulación de una pregunta que era más bien la de un referendo decisorio no previsto en ley alguna, con el cual se pretendía modificar la Constitución.¹³⁶

El nuevo Decreto N° PCM-20-2009, por otra parte, contenía una extensa motivación entre otros, en los Artículos 2 y 5,1 de la Constitución, en los cuales se dispone que la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, agregando que “el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la coalición nacional.” En los considerandos del Decreto se afirmaba igualmente que “la sociedad hondureña ha experimentado cambios sustanciales y significativos en los últimos veintisiete años, cambios que demandan un nuevo marco constitucional para adecuarlo a la realidad nacional, como una legítima aspiración de la sociedad.” Por último, en el decreto se afirmó que había sido en virtud de diversas solicitudes de ciudadanos

136. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.180 ss.

en forma individual o por medio de sectores y grupos sociales organizados del país, que el Poder Ejecutivo, había “decidido convocar a la ciudadanía en general para que emita su opinión y formule propuestas de solución a problemas colectivos que les afecte; como ser la instalación de una cuarta urna que permita un eficaz ejercicio de su derecho.”

Dos días después de este Decreto N° PCM-19-2009, en fecha 29 de mayo del 2009, el Presidente de la República, mediante cadena nacional informo al pueblo Hondureño a través del entonces Secretario de Estado en el Despacho de la Defensa Nacional, Dr. Edmundo Orellana Mercado, que el Presidente constitucional en Consejo de Ministros, había aprobado otro acuerdo ejecutivo N° 027-2009, en el cual se ordenaba se llevara a la practica una “encuesta nacional de opinión,” bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadística (INE), y en este, se ordenaba a las Fuerzas Armadas de Honduras, que apoyasen con sus medios logísticos y demás recursos necesarios al Instituto Nacional de Estadística (INE), estableciendo que dicho acuerdo ejecutivo entraba en vigencia a partir de su fecha (29/05/09).

Estos Decretos, son de los que en el derecho administrativo se conocen como “reedición” de los actos administrativos dictados después de que han sido impugnados en vía contencioso administrativa y, en este caso, en la víspera de que se suspendieran judicialmente sus efectos, por otros actos administrativos que en definitiva perseguían objetivos similares, lo que está proscrito en materia contencioso administrativa, pues constituye una burla a los poderes de control de la jurisdicción.

El mismo día del anuncio presidencial del decreto N° PCM-27-2009, el 29 de mayo de 2009, los abogados del Ministerio Público que actuaban como parte demandante en el proceso contencioso administrativo (parte incidentista) solicitaron aclaratoria de la sentencia interlocutoria de suspensión de efectos que se había dictado, y el Juez Titular, al constatar sus propios poderes como los de todos los jueces de la Jurisdicción contencioso administrativa para adoptar “cuantas medidas sean necesarias para satisfacer totalmente lo resuelto en los fallos que emitan, esto, a fin de asegurar el estricto cumplimiento de lo ordenado en los mismos, para la ejecución de la tutela judicial efectiva, y no se evadan a través de otros actos administrativos, las disposiciones contenidas en sus fallos”, consideró “que de haberse emitido, o de emitirse acto administrativo que contravenga o venga a contravenir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria de fecha 27 de Mayo del 2009, sería para evadir lo ordenado en la misma, así como el mandato judicial mismo, por lo que cualquier decisión administrativa dictada en este sentido es improcedente, por no poder evadirse el mandamiento judicial a través de actos administrativos.”

Como consecuencia, resolvió aclarar en sentencia de 29 de mayo de 2009, que:

“La Sentencia Interlocutoria de fecha 27 de mayo del 2009 en el sentido que los efectos de la suspensión ordenada, del acto tácito de carácter general que contiene el Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009 de fecha 23 de marzo del 2009, incluye a cualquier otro acto administrativo de carácter general o particular, que se haya emitido o se emita, ya sea expreso o tácito, por su publicación o falta de publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, que conlleve al mismo fin del

acto administrativo tácito de carácter general que ha sido suspendido, así como cualquier cambio de denominación en el procedimiento de consulta o interrogatorio, que implique evadir el cumplimiento de la sentencia interlocutoria que se aclara.”

Es decir, el juez contencioso administrativo censuró, conforme a lo previsto en los Artículos 82, 84, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y en el artículo 195 del Código de Procedimientos Civiles, cualquier tipo de “reedición” o novación administrativa que pudiera permitir burlar los efectos de la decisión judicial de suspensión de efectos de la “consulta popular” que había sido ordenada por el Presidente de la República, cualquiera que fuese la “forma” que se le pretendiera dar.

Contra las decisiones del Juzgado de Letras de lo Contenciosos Administrativo, es decir, contra la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaración de 29 de mayo de 2009, que declaró con lugar la cuestión incidental de suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo impugnado, y se prohibió cualquier tipo de publicidad sobre el procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo que comprometiera la estructura administrativa del Poder Ejecutivo y cualquier otro que se emitiera aunque cambiase de denominación, el Presidente Constitucional de la República en su condición de Titular del Poder Ejecutivo, representado por un abogado, intentó acción de amparo por ante la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo en Tegucigalpa.

Esta Corte, en sentencia de 16 de junio de 2009, consideró que siendo el proceso contencioso administrativo desarrollado ante el Juzgado de Letras, un proceso en el cual las partes eran el Ministerio Público

como demandante, y el Estado de Honduras como demandado, la acción de amparo que pudiera intentarse contra las decisiones dictadas en el proceso sólo podían ser interpuestas por las partes interesadas en el mismo; de lo que concluyó resolviendo que “siendo el demandado, el Estado de Honduras, resulta obvio que quien interpone el amparo carece de legitimación para ejercer la presente acción, puesto que constitucionalmente el representante legal del Estado es la Procuraduría General de la República, quien no ha interpuesto recurso alguno y por ende ha consentido la sentencia y la aclaración recurrida.” De ello concluyó la Corte de Apelaciones que en el caso sometido a su consideración, la acción de amparo intentada resultaba inadmisibile, lo que ocurre “cuando los actos hayan sido consentidos por el agraviado y se entenderán que han sido consentidos por el agraviado, cuando no se hubieren ejercitado, dentro de los términos legales, los recursos o acciones;” resolviendo entonces, en nombre del Estado de Honduras, rechazar de plano la demanda de amparo por considerarla inadmisibile, en aplicación de los artículos 183, 228, 303, 304, 321, 322 y 323 de la Constitución de la República; 41, 44, 46 numeral 3 y párrafo ultimo de la Ley Sobre la Justicia Constitucional.

A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes referida, en fecha 3 de Junio de 2009, el Juzgado de Letras de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, libró una primera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través del Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, para que adoptase las medidas que procedieran y practicase lo exigido en cumplimiento de la sentencia interlocutoria dictada.

Posteriormente, uno de los abogados del Ministerio Público, con fecha 18 de junio de 2009, solicitó al Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, que nuevamente librara comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al secretario de Estado de la Presidencia, a efecto de que informasen ante el Juzgado sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaratoria de fecha 29 de mayo de 2009, y asimismo para que se abstuviesen de realizar actos de carácter general o particular distintos a lo ordenado en la antes mencionada sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria.

Acorde con ello, el Juez titular del Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, en la misma fecha 18 de junio de 2009, libró sendas comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, requiriéndoles que informasen sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes mencionada, y para que se abstuviesen de realizar actos generales y particulares contrarios a la misma, "haciéndole la advertencia que de verificarse el incumplimiento de la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, se le hace la advertencia de lo establecido en el artículo 349 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurriere por los daños y perjuicios que causare a los interesados; asimismo, de infringir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, este Juzgado le aplicará multa que se hará efectiva mediante el procedimiento de apremio, la que no podrá ser menor de quinientos lempiras (Lps. 500.00), ni mayor

de cinco mil lempiras (Lps. 5,000.00).” El informe que se solicitaba, conforme a las notificaciones judiciales, debía ser rendido “bajo su personal y directa responsabilidad ante este Juzgado en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles siguientes a recibida la presente, comunicación, advirtiéndole que de no hacerlo así en el plazo señalado, este Juzgado le impondrá multa por cantidad no inferior a los doscientos lempiras (Lps. 200.00), ni superior a los dos mil lempiras (Lps. 2,000.00).”

Luego, el mismo día 18 de junio de 2009, el Juez libró una tercera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través de la Secretaría General del Despacho Presidencial, a fin que dentro del plazo de cinco (5) días, informara al órgano jurisdiccional que medidas había adoptado para dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaración. Ninguna de las comunicaciones anteriores fueron respondida por el Presidente de la República ni por funcionario alguno del Poder Ejecutivo.

A pesar de las precisas órdenes judiciales emanadas del Juzgado de lo contencioso administrativo, que prohibían al Presidente de la República realizar actos generales y particulares contrarios a la decisión de suspensión de efectos del Decreto presidencial sobre la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente, éste continuó con su proyecto de realizar la “encuesta de opinión” prohibida judicialmente.

El Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, en atención al requerimiento formulado por el Fiscal General de la República en el cual denunció el desacato por parte del Poder Ejecutivo de las ordenes judi-

ciales, con fecha 26 de junio de 2009 dictó una nueva decisión judicial ordenando a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, “el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo, en *abierta violación a la orden emanada de este Juzgado*, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve.”

Para adoptar esta decisión judicial, el Juez se había previamente dirigido al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras solicitándole información sobre el cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado, a lo que las Fuerzas Armadas habían respondido el 24 de junio de 2009, informándole “que han acatado lo ordenado en la misma.”

La decisión judicial de decomiso antes indicada se adoptó luego de que el Juez expresara, *primero*, que en virtud de la decisión judicial de fecha 27 de mayo de 2009, se había ordenado la suspensión de “toda actividad tendiente a realizar cualquier tipo de consulta o encuesta de opinión con el objetivo de instalar una cuarta urna en las elecciones generales de noviembre próximo para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente; *lo que conlleva inexorablemente la derogatoria de la Constitución de la República;*” *segundo*, “con el objeto de dar cumplimiento a la suspensión decretada mediante el fallo supraindicado se libraron las correspondientes comunicaciones judiciales a efecto de dar conocimiento a distintas instituciones, entre ellas la Presidencia de la República, a que se *abstuviesen de continuar realizando actividades orientadas a la realización de cualquier consulta o encuesta de opinión;*” y *tercero*, “que a pesar de lo anterior, el Poder Ejecutivo, en pleno des-

conocimiento del fallo judicial, ha continuado con el intento de realizar la encuesta de opinión programada para el próximo domingo 28 de los corrientes."

El Juez contencioso administrativo para ordenar el decomiso de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo pretendía realizar "en abierta violación a la orden emanada de este Juzgado," partió de lo dispuesto en el artículo 304 de la Constitución, que atribuye a los "órganos jurisdiccionales aplicar las leyes a casos concretos; juzgar y ejecutar lo juzgado." Consideró, además, que conforme a la previsión del artículo 274 de la Constitución, las Fuerzas Armadas "están sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás leyes y reglamentos que regulen su funcionamiento," y conforme al artículo 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, estas se instituyen para, entre otras cosas, "defender el imperio de la Constitución."

Con base en lo anterior; consideró que "siendo que la celebración de la Encuesta de Opinión tiene como propósito final mancillar la Constitución de la República; las Fuerzas Armadas de Honduras, en apego a las disposiciones anteriormente relacionadas, son la institución llamada a su defensa evitando la consumación de tal propósito," resolviendo de acuerdo con los artículos 272, 304 y 274 de la Constitución de la República; 1, 132 y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas,

"PRIMERO: Ordenar a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, el *inmediato decomiso* de toda la documentación y

material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el poder ejecutivo, en abierta violación a la orden emanada de este juzgado, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve. Asimismo se le ordena a las Fuerzas Armadas de Honduras, que dichos documentos y material relacionado, por constituir una amenaza flagrante a la Constitución de la República, sea incinerado de forma inmediata.”

A los efectos de que se realizase la medida ordenada, el Juez habilitó todos los días y horas inhábiles, bajo la coordinación técnica y legal de la Fiscalía General de la República; exigiéndose a todos los funcionarios y empleados de las diferentes Secretarías de Estado, entes descentralizados y desconcentrados, brindar toda la colaboración necesaria a fin de que las Fuerzas Armadas de Honduras pudiesen realizar de forma oportuna y eficiente el decomiso del material destinado a ser usado en la Encuesta de Opinión mencionada. A tal efecto, además, el juez facultó a las Fuerzas Armadas de Honduras, con el propósito del efectivo cumplimiento de lo ordenado, a utilizar los bienes e instalaciones de las instituciones del Estado, que considerase necesarias, en especial, las telecomunicaciones.”

El mismo día 24 de junio de 2009, al acatar el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y proceder a decomisar el material destinado a la realización de la encuesta de opinión prohibida por el Juez contencioso administrativa, que se consideraba violatoria de la Constitución, el Presidente de la República mediante resolución, procedió a separar al señor Romeo Orlando Vásquez Velásquez de su cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras.

Tanto el General Vásquez Velásquez, mediante abogado, como el Fiscal Especial para la Defensa de la Constitución Rene Mauricio Aceituno Ulloa actuando a favor de *los intereses generales de la sociedad y del orden jurídico constitucional*, interpusieron sendos recursos de amparo contra la resolución presidencial mencionada, por ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Registro Nos. 881 y 883-09), la cual luego de acumular los recursos, en fecha 25 de junio de 2009 decidió con base en lo establecido en el artículo 40 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, contenida en el decreto 39-2001, de fecha 30 de abril del 2001, que es la Ley Especializada y aplicable en el caso; en los artículos 183, 245, 278, 280, 303, 313 atribución 5ta, 316, 321 y 323 de la Constitución de la República; en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 9 numeral 3 letra a), 41, 43, 44, 45, 48, 49, 59 numeral 1), 119, 124 y demás aplicables de la Ley Sobre Justicia Constitucional; a admitir los recursos de amparo de mérito, y “decretar bajo la responsabilidad de los recurrentes la suspensión provisional del acto reclamado,” ordenando “a la autoridad recurrida la inmediata remisión de los antecedentes formados al efecto o en su defecto el correspondiente informe dentro del plazo de un (01) día.” La Sala Constitucional, además, mandó que se diera “inmediato cumplimiento a lo ordenado” en la providencia que se ordenó comunicar al Presidente de la República.

El día 25 de junio de 2009, el Presidente de la República, junto a varias personas, entre ellos funcionarios del Poder Ejecutivo, después de haber realizado

un pronunciamiento público en las instalaciones de la Casa de Gobierno y que fue de conocimiento general a través de los diferentes medios de comunicación, anunciando que él tenía que realizar una misión, le pidió a la gente que se encontraba reunida en el lugar que lo acompañara, y se traslado a las instalaciones de la base área "Hernán Acosta Mejía", lugar del cual el Presidente de la República, desacatando de nuevo las decisiones judiciales, retiró 814 cajas que contenían el material que sería utilizado para realizar la encuesta de opinión, que había ordenado realizar a nivel nacional el día domingo 28 de junio del 2009, y que había sido prohibida por el Poder Judicial.

Con motivo de todos los desacatos presidenciales ante las decisiones judiciales, y la actuación del Presidente de la república en contra de la Constitución, el día 25 de junio de 2009, el Fiscal General de la República, "en representación de los mas altos intereses generales de la Sociedad Hondureña," compareció ante la Corte Suprema de Justicia, formulando requerimiento fiscal en contra del Presidente de la República José Manuel Zelaya Rosales, a quien lo acusó como responsable, a título de autor, de los delitos contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones, en perjuicio de la administración publica y el Estado de Honduras, solicitando se librase contra él orden de captura, y luego de que se le comunicasen los hechos que se le imputaban, se le recibiera su declaración de imputado, se le suspendiera en el ejercicio del cargo, y se autorizase allanamiento de morada.

Las diversas actuaciones descritas por el Fiscal General ante la Corte, y atribuidas al Presidente de la

República, consideró que se subsumían en los siguientes tipos penales:

Primero, en el Delito contra la Forma de Gobierno tipificado en el artículo 328,3 del Código Penal a cuyo efecto el Fiscal General consideró que si bien es cierto, el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa, los únicos mecanismos de consulta a los ciudadanos en el ordenamiento de Honduras son el referéndum y el plebiscito, correspondiendo exclusivamente al Congreso Nacional conocer de los mismos y discutir las peticiones, las cuales deben ser aprobadas mediante decreto con el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en el cual se deben determinar los extremos de la consulta, correspondiendo al Tribunal Supremo Electoral la convocatoria correspondiente, siendo dicho órgano y no el Poder Ejecutivo, el único ente legitimado para convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos (artículo 5 de la Constitución).

El Fiscal General consideró que siendo el tipo penal un delito de peligro abstracto y de mera actividad, basta la sola realización de actos encaminados fuera de las vías legales a cualesquiera de los fines estipulados en el artículo 328 del Código Penal, para que se configure el ilícito penal enunciado; siendo la publicidad difundida a través de los diferentes medios de comunicación, promoviendo la convocatoria para la consulta popular o encuesta de opinión popular, actuaciones que caen dentro del supuesto de la norma penal sustantiva, lesionando la Seguridad Interior del Estado como bien jurídico, objeto de protección, al constituir un acto encaminado fuera de las vías legales tendiente a despojar en parte las facultades que la constitución le

atribuye al Congreso Nacional y al Tribunal Supremo Electoral.

Segundo, en el delito de Traición a la Patria, que el Fiscal General consideró tipificado en la Constitución de la República, derivado de los intentos de realizar reformas constitucionales contrariando lo dispuesto en los artículos 2, 4, 5, párrafo séptimo, 373 y 374; y estimó como dirigido a "afectar las bases constitucionales de la unidad del Estado como un Ente político, acciones que se consuman a través de actos encaminados fuera de las vías legales a despojar en parte las facultades atribuidas a los Poderes legalmente constituidos, indicando que ese era el caso concreto el Presidente de la República José Manuel Zelaya, quien, estimó

"suplantó la soberanía popular, la cual se ejerce en este País por representación de conformidad a lo que establece la norma constitucional, donde la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, asimismo arrogándose facultades que nunca las tuvo en virtud que las mismas son de competencia del Congreso Nacional, en virtud de que a través de la emisión de tres decretos ejecutivos, convocó a la ciudadanía Hondureña a participar en una encuesta de opinión popular para que "el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente."

En tal sentido, consideró el Fiscal General que el hecho de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, "es evidente que con la misma se pretende derogar la actual Constitución," y conforme a los artículos 373, 374 y 375 de la Constitución, "bajo ninguna circunstancia se podrá dictar y aprobar una nueva constitución porque esta traería consigo *la reforma de artículos pétreos*, mismos que no podrán reformarse en

ningún caso,” todo lo cual configura una “conducta contraria a derecho por parte del Ciudadano Presidente de la República, suplantando al Poder Legislativo a convocado a la Ciudadanía Hondureña a la encuesta de opinión.”

Tercero, en el delito de Abuso de Autoridad regulado en el artículo 349,1 del Código Penal y que sanciona al funcionario o empleado público “que se niegue a dar el debido cumplimiento a órdenes, sentencias, providencias, acuerdos o decretos dictados por autoridades judiciales o administrativas dentro de los límites de sus respectivas competencias y con las formalidades legales...” En este caso, consideró el Fiscal General que se reúnen los elementos objetivos de este tipo penal, “en vista de que el Ciudadano Presidente de la República en flagrante omisión a los apercibimientos emanados a través de las comunicaciones libradas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo,” incumplió con las disposiciones contenidas relativas a la ejecución de la sentencia, y a pesar de haber sido apercibido, hizo caso omiso, y “con pleno conocimiento y voluntad, procedió a realizar actos contrarios a la sentencia dictada.”

Cuarto, en el tipo penal de Usurpación de Funciones conforme el artículo 354 del Código Penal, ya que conforme al artículo 15, numeral 5 y 8 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, es atribución del Tribunal Supremo Electoral, organizar dirigir, administrar y vigilar los procesos electorales y consultas populares; así como convocar a elecciones, referéndums y plebiscitos; y además, conforme al artículo 5, quinto párrafo de la Constitución, “corresponde únicamente al Tribunal Supremo Electoral, convocar, organizar y

dirigir las consultas a los ciudadanos señalados en los párrafos anteriores”

En el caso, consideró el Fiscal General que el hecho del Presidente de la República de emitir tres decretos, “referentes a la realización de una consulta, llamada posteriormente encuesta de opinión,” cuyo objetivo era “consultar si las personas estaban de acuerdo con la instalación de una cuarta urna en las elecciones generales para decidir si se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente que emita una nueva Constitución de la República,” lo que era atribución exclusiva del Tribunal Supremo Electoral.

El Fiscal General, además, destacó que en la gama de delitos imputados, el Presidente de la República además “vulneró el principio de legalidad el cual se encuentra descrito en el artículo 321 Constitución de la República, que establece: “Los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley...” ejerciendo arbitrariamente la función pública con desviación y abuso de poder.

Con fundamento en lo que expuso ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General consideró que debido a la alta investidura que como alto Funcionario del Estado ostentaba el presidente “y existiendo un peligro de fuga por la gravedad de la pena que pueda imponérsele” como resultado del proceso, solicitó se ordenase el allanamiento de Morada para la aprehensión del acusado José Manuel Zelaya Rosales. El Fiscal General, además, para evitar la impunidad y en virtud de que conforme al artículo 33 de la Ley de la Administración Pública los Secretarios de Estado son colaboradores del Presidente de la República, y teniendo el titular de la Secretaria de Estado en los Despachos de

Seguridad a través de la Policía Nacional, la facultad legal de hacer efectivas las órdenes de captura emanadas de autoridad competente, debido al conflicto de intereses y al temor fundado que tenía el Ministerio Público que no se le diera cumplimiento a la orden Judicial, solicitó de la Corte Suprema que se instruyera a las Fuerzas Armadas de Honduras a través del Jefe del Estado Mayor Conjunto, la facultad de hacer que se cumplan los mandatos de la constitución, las leyes y Reglamentos le imponen a las Fuerzas Armadas, y procedieran hacer efectiva la orden de captura del acusado Presidente.

Con fecha 26 de junio de 2009, conforme a lo alegado y solicitado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia resolvió y en consecuencia se dirigió al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, General de División, Romeo Vásquez Velásquez, ordenando la captura del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales, “a quien se le supone responsable de los delitos de: *contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones* en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras.” La Corte Suprema también se dirigió en la misma fecha, al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras, ordenando proceder en el momento pertinente al allanamiento de la vivienda del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales,

“entre las seis de la mañana y las seis de la tarde y ponerlo a la orden de la autoridad correspondiente por suponerlo responsable de la comisión de los hechos delictivos: CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO, TRAICIÓN A LA PATRIA, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACIÓN DE FUNCIONES en perjuicio de la

Administración Pública y del Estado de Honduras, lo anterior a raíz del requerimiento fiscal presentado en esta Corte por parte del Ministerio Público.”

El día 28 de junio de 2009, sin embargo, la orden judicial no fue ejecutada tal como se ordenó judicialmente, y el Presidente Zelaya después de haber sido detenido en su residencia durante la noche, fue ilegalmente extrañado del país y un avión lo trasladó a Costa Rica, indudablemente en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución.

Al día siguiente, 29 de junio de 2009, la Corte Suprema de Justicia, consideró que como era “de público y notorio conocimiento que el ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, ha dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República,” carácter por el cual había sido presentado el Requerimiento Fiscal ante el Supremo Tribunal de Justicia, para que se le siguiese el procedimiento establecido en la normativa procesal penal que regula el enjuiciamiento criminal para los más altos funcionarios del Estado; al haber dejado el Presidente Zelaya de ostentar la condición de alto funcionario del Estado, consideró la Corte que entonces no era procedente seguir su enjuiciamiento de conformidad a los artículos 414, 415, 416, 417 del Código Procesal Penal, debiéndose en consecuencia, conocerse por la vía del procedimiento penal ordinario, “a fin de garantizarle así las reglas propias del debido proceso al imputado.” Como consecuencia, resolvió, además de tener por presentado el Requerimiento Fiscal junto con los documentos que se acompañaron, remitirlo al Juzgado de Letras Unificado de lo Penal de Tegucigalpa, para que se continuase con el procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Penal.

En esta decisión, la Corte Suprema, sin embargo, no suministró fundamento jurídico alguno ni indicó con base en qué acto jurídico el Presidente Zelaya el día 28 de junio había “dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República;” limitándose a decir que ello era de “de público y notorio conocimiento.” Lo que había ocurrido, en realidad, era que había sido expatriado (eso era quizás lo publico y notorio) en forma inconstitucional, pero no por ello habría dejado de ser Presidente Constitucional. En este aspecto, el tema que habría quedado pendiente de resolver es si, para el caso de que el Presidente expatriado llegase a regresar al país, si debería continuar ser procesado por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de su condición de Presidente, y no por parte de un tribunal penal ordinario como ex funcionario.

En Honduras, sin la menor duda, el Juzgado de Letras Contencioso Administrativo con sede en Tegucigalpa, al ejercer el control de la constitucionalidad e ilegalidad sobre los actos administrativos dictados por el Presidente de Honduras relativos a la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, actuó como juez constitucional, ejerciendo las competencias que le asigna la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; competencia de control que, lamentablemente, aún por la vía del recurso contencioso administrativo de interpretación, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela actuando como juez contencioso administrativo diez años antes se abstuvo de ejercer, cuando le tocó resolver sobre la misma inconstitucional situación: la convocatoria de un referendo consultivo por el Presidente de la república sin estar

previsto este mecanismo de reforma constitucional en el texto de la Constitución.

De las previsiones constitucionales tanto en Honduras como en Venezuela, en efecto, el ejercicio de la justicia constitucional corresponde conforme a la Constitución, no sólo a la Jurisdicción Constitucional que en ambos países ejercen las Salas Constitucionales del Supremo Tribunal, sino a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al ejercer su competencia de anulación de los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, es decir, contrarios a la Constitución, a las leyes o a las demás fuentes del derecho administrativo.¹³⁷ Es decir, todos los jueces contencioso administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución de Venezuela y a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Honduras, tienen potestad para declarar la nulidad de los actos administrativos, no sólo por ilegalidad sino por inconstitucionalidad, ejerciendo la justicia constitucional.

De lo anterior resulta que así como debe diferenciarse la Jurisdicción Constitucional que se atribuye a las Salas Constitucionales, de la función de justicia constitucional que corresponde conforme a las Constituciones de Venezuela (art. 334) y Honduras (artículo 320) a todos los jueces; también, debe establecerse claramente la diferenciación entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual radica en la competencia *por el objeto*

137 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 447 ss; y *La Justicia Contencioso Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas -San Cristóbal 1996, pp. 26 ss.

que se atribuye a los Tribunales que las componen: la Jurisdicción Constitucional que corresponde a los Tribunales Supremos en *Sala Constitucional*, tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad *contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución*; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa que corresponde a los tribunales de la misma conforme a la Ley, tiene por objeto, entre otros, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad *contra los actos administrativos* generales o particulares, que siempre son de rango *sub legal*; o como lo precisa la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Honduras, los tribunales de la Jurisdicción “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales *de rango inferior a la Ley* y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación” (art. 1). Por ello, de acuerdo con el artículo 76,1 de la Ley Justicia Constitucional de Honduras (2004), la acción de inconstitucionalidad procede “*contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, que infrinjan preceptos constitucionales.*”¹³⁸

138 Véase en general sobre la ley de Justicia Constitucional de Honduras, nuestros comentarios, Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en Honduras” en *El sistema de Justicia Constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia. República de Honduras, San José, 2004, pp. 1-148; y “La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* (Directores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León), N° 4, 2005, Editorial Porrúa, México, pp. 57-77.

Esto implica que ambas Jurisdicciones se diferencian por el objeto de las acciones y no por el motivo de las mismas: la Jurisdicción Constitucional conoce de la nulidad de las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conoce de la nulidad de los actos administrativos, que son de rango sub-legal, sea cual fuere el motivo de impugnación. En Honduras, a la Sala Constitucional, conforme al artículo 319,¹² le corresponde la competencia para “declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la forma y casos previstos en esta Constitución”, como competencia “originaria y exclusiva” (art. 184), previéndose que “las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrá efectos generales, y por tanto derogarán la norma inconstitucional” (art. 316). Con esta previsión incorporada en la Constitución, en la reforma de 2000 se pasó así de un método de control concentrado de constitucionalidad de las leyes con efectos *inter partes*, a un método de control concentrado con efectos generales, *erga omnes*, permaneciendo previsto el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes (art. 320), aún cuando sin operatividad, como potestad atribuida a todos los jueces para des-aplicar las leyes que consideren inconstitucionales al decidir los casos concretos que deben resolver.

Con base en estos poderes del juez contencioso administrativo de actuar como juez constitucional, controlando la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo, fue que se desarrolló en Honduras el proceso judicial contencioso administrativo contra los decretos presidenciales de marzo-mayo

de 2009 para la convocatoria de una consulta popular o encuesta de opinión que encubrían una propuesta de referendo “decisorio” sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y que condujeron finalmente a la orden de detención y a la orden de enjuiciamiento del Presidente de la República, José Manuel Zelaya, entre otros hechos y actos, por desacato a las decisiones del Poder Judicial.

El control judicial desarrollado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en todo caso, puede decirse que fue un proceso de defensa de la democracia; sin embargo, llama la atención que al ejercerse el control de los actos del Presidente de la República dictados en violación de la Constitución y sobre las vías de hecho en que incurrió contrarias al Poder Judicial y al ordenamiento jurídico de Honduras, en ninguna de las actas procesales fundamentales del proceso se haya usado la palabra “democracia.” Sin embargo, en un Estado Constitucional, la defensa de la Constitución es siempre defensa de la democracia entendida como el régimen político que busca asegurar que el ejercicio del poder público por el pueblo, como titular que es de la soberanía, se haga en la forma prescrita en la Constitución, tanto en forma indirecta a través de representantes electos (democracia representativa), como en forma directa manifestando su voluntad para la toma de decisiones mediante referendo (democracia directa).

Para asegurar que el ejercicio de ese poder no sea ni abusivo ni arbitrario, el propio pueblo lo somete a límites establecidos tanto en la Constitución del Estado que él mismo ha adoptado como norma suprema, como en la legislación que deben sancionar sus repre-

sentantes en los órganos del Estado. La Constitución y las leyes contienen, así, los límites que el propio pueblo se impone a sí mismo y a sus representantes para ejercer el poder público, por lo que todo control respecto de la sumisión de los órganos del Estado a la Constitución, es un control de defensa a la propia democracia. Por ello, el Estado que se organiza en una Constitución adoptada en una sociedad democrática, es esencialmente un Estado sometido a controles.

Para garantizar ese Estado y la propia democracia es que se establece un sistema que permita la posibilidad de controlar el ejercicio del poder, de manera que los propios órganos que ejercen el poder en el Estado puedan, mediante su división y distribución, frenar el ejercicio mismo del poder, y así los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. Por ello la existencia de sistemas de justicia constitucional y justicia contencioso administrativa desarrollado en todos los países democráticos.

La democracia como régimen político, por tanto, es mucho más que la sola elección de representantes mediante votación popular, o de la convocatoria a referendos, siendo la democracia representativa, por supuesto, de su esencia, sin la cual como régimen político, no podría existir. Tal como lo precisó la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001: además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo, la democracia representativa contiene acumulativamente una serie de otros *elementos esenciales*, sin los cuales no puede

existir como régimen político, entre los cuales está, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la necesaria existencia de la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3). Además, la misma Carta definió que el ejercicio de la democracia, acumulativamente contiene estos otros componentes fundamentales, que son: 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; 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 (art. 4).

La democracia, por tanto, como se dijo, es mucho más que las solas elecciones y votaciones, y entre sus elementos quizás el más esencial es el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos, ya que el mismo es el que asegura que los otros factores de la propia democracia puedan ser una realidad política.¹³⁹ En otros términos, sin control del poder no sólo no hay ni puede haber real democracia ni efectivo Estado de derecho, sino que no se puede lograr la efectiva vigencia de todos los mencionados factores esenciales de la democracia. Es decir, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, y representatividad efectiva; sólo

139 Véase 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.

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 puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia y esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; 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, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía. Y esa fue la historia de la humanidad durante la primera mitad del Siglo pasado, que nos mostró 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 el respeto a los derechos humanos; y es la historia reciente en América Latina que nos muestra la emergencia de regímenes autoritarios usando y manipulando fraudulentamente las previsiones constitucionales y los medios electorales, como ha sido el caso de Venezuela, para violar la Constitución y destruir la democracia.¹⁴⁰

140 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Consti-

En Honduras, sin duda, funcionaron los controles, y las actividades del Presidente Zelaya violatorias de la Constitución, fueron controladas por los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual demostró tener una autonomía e independencia que muchas jurisdicciones de otros países podrían envidiar. En este caso, fue dicha Jurisdicción la que defendió la Constitución y la democracia; y el desacato a sus decisiones, ajustadas a derecho, fueron las que condujeron a la Corte Suprema de Justicia a ordenar el procesamiento del Presidente. Lamentablemente, al final, como se dijo, la orden judicial dada a las Fuerzas Armadas por la Corte Suprema, no fue ejecutada como ordenado, y el Presidente Zelaya fue ilegalmente extrañado del país en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución, con las consecuencias internacionales conocidas.

tución (1999-2009),” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 52-61; “El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)” en el libro *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74; “Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, Germa Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, Hamburg 2008, pp. 119-142; y *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press., New York, 2010.

II. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PODERES Y EJECUTORIAS DE LAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES COMO PODERES CONSTITUÍDOS, Y LA ASUNCIÓN O USURPACIÓN POR ÉSTAS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como lo indicó Eduardo García de Enterría, un Tribunal Constitucional es el "comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar por que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos,"¹⁴¹ por lo cual el primer reto que tiene la justicia constitucional en América Latina, particularmente frente a las experiencias constitucionales recientes, es precisamente asegurar que la soberanía permanezca en el pueblo como poder constituyente y que no se asuma ni se usurpe por órgano constituido alguno del Estado.

Por ello, en un régimen de Estado constitucional, es esencial la distinción entre el poder constituyente que corresponde al pueblo, y los poderes constituidos que corresponden a los órganos del Estado, incluyendo en estos a las llamadas Asambleas Constituyentes, de manera que el juez constitucional pueda frenar las pretensiones incluso de estas de pretender ejercer en sí mismas un poder constituyente "originario" o con "plenos poderes" para imponer su voluntad sobre los órganos constituidos, sobre todo porque como lo afirmó el Tribunal Supremo de Venezuela en la sentencia citada, "Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional."

141 Véase E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985, p. 198.

Eso sucedió precisamente con la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de 1999,¹⁴² y la Asamblea Constituyente de Ecuador en 2007, con el agravante de que ninguna de las dos estaba prevista en las Constituciones vigentes en esos países como mecanismo de reforma de la Constitución, de manera que incluso su elección y conformación no tenía base constitucional. La misma se estableció *ad hoc*, a la medida y mediante sendos referendos consultivos, totalmente manipulados desde el poder, con los cuales se barrió el principio de supremacía constitucional.

El primer reto que la justicia constitucional tiene en América Latina en el futuro, por tanto, es el asumir efectivamente el rol de guardián del poder constituyente e impedir que los órganos constituidos del Estado, incluyendo los circunstanciales, asuman o usurpen el poder constituyente del pueblo.¹⁴³

142 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009

143 Ello fue precisamente lo que hicieron los tribunales contencioso administrativos en Honduras, incluyendo la Corte Suprema de Justicia en 2009 al decidir como jueces constitucionales la suspensión de los efectos de los actos de convocatoria de una Asamblea Constituyente por el Presidente de la República, no prevista en la Constitución, para modificar una cláusula pétrea constitucional como es la prohibición de la reelección presidencial. Lamentablemente, en ese caso, la labor del juez constitucional, fue empañada por una actuación militar que expulsó al Presidente de la República del territorio, originando una crisis política continental. Véase en general sobre este caso, Allan R. Brewer-Carías, "Reforma Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y Control judicial contencioso administrativo: El caso de Honduras (2009) y el precedente venezolano (1999)", en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 60-61, (2005-2009), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2009, pp.63-112; en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo. Homenaje de Nuevo León a Jorge Fernández Ruiz*, Con. 3, Julio-Dic 2009, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autóno-

1. *El caso de la Asamblea nacional Constituyente de Venezuela en 1999: una Asamblea Constituyente que usurpó el "poder constituyente originario" y cuyos actos el Juez Constitucional los consideró inmunes al control de constitucionalidad*

En tal sentido debe recordarse el caso del proceso constituyente venezolano de 1999, el cual fue desarrollado al margen de la Constitución, por una Asamblea Constituyente que asumió poderes constituyentes originarios que el pueblo no le había atribuido.¹⁴⁴

A tal efecto, el mismo día en el cual el Presidente Hugo Chávez tomó posesión de su cargo para el cual había sido electo conforme a las previsiones de la Constitución de 1961, el 2 de febrero de 1999, dictó un Decreto N° 3 para la realización de un referendo consultivo buscando que el pueblo se pronunciase "sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente" (art. 1) que no estaba prevista en la Constitución de 1961 como un mecanismo de reforma constitucional; "con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social

ma de Nuevo León, Monterrey, México 2009, pp.11-77; y en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 34, (junio 2009), Gobierno de Aragón, Zaragoza 2009, pp. 481-529. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional, Asamblea Constituyente, y Control Judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999)*, Serie Derecho Administrativo N° 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, 144 pp

144 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, 328 pp. Sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 22 de enero de 1999 que avalaron el desencadenamiento del proceso constituyente véase: Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999.

y Participativa" (primera pregunta). Con dicho decreto el Presidente buscaba que el pueblo lo autorizara, pura y simplemente, para que fuera él mismo quien fijase "mediante un Acto de Gobierno [...], oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente" (Segunda pregunta).¹⁴⁵ Es decir, pretendió el Presidente que mediante un referendo, el pueblo le delegara la potestad constituyente de establecer el estatuto de una Asamblea Constituyente no establecida en la Constitución que proponía se eligiera.

Del contenido del Decreto de convocatoria, sin embargo, se evidenciaba que lo que se convocaba no era un referendo consultivo que era lo único que autorizaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que se había invocado como su base legal, de manera que de las preguntas lo que realmente se evidenciaban es que lo que se estaba convocando en realidad, era un referendo decisorio y autorizador no regulado ni previsto en dicha norma legal.¹⁴⁶ Además la convocatoria que se pretendía no era para que la Asamblea reformara la Constitución, sino para que asumiera un poder total y pudiera incluso sustituir a los poderes constituidos aún antes de la aprobación de una nueva Constitución, buscando delegar además en el Presidente de la República el poder soberano mismo de decidir el estatuto de la Constitu-

145 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99

146 Como lo señaló Ricardo Combellas, "Estamos hablando de un referendo consultivo, no de un referendo decisorio, cuya aprobación demanda necesariamente en Venezuela, tal como lo propuso con visión avanzada la Comisión Bicameral, una reforma constitucional" en *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, CO-PRE, Caracas 1998.

yente, lo que vulneraba los principios más elementales del Estado de derecho y era incompatible con los valores supremos de una sociedad democrática.

Como era de esperarse, a las pocas semanas, el Decreto N° 3 fue impugnado por inconstitucional ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁷, por ser un instrumento destinado a servir para un fraude a la Constitución, impugnándose igualmente los actos del Consejo Supremo Electoral convocando el referendo. Una de las acciones de nulidad fue decidida por la Sala Político Administrativa en sentencia de 18 de marzo de 1999, mediante la cual se anuló la segunda de las preguntas propuestas por el Presidente en la convocatoria al referendo, considerando que el estatuto de la Constituyente tenía que aprobarse por el pueblo.¹⁴⁸

Para ello, la sentencia afirmó que la actuación de una Asamblea Constituyente era posible porque lo permitía la Constitución de 1961, lo que implicaba considerar que la misma no podía perder vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual debía encontrar en dicho texto el límite de su actuación. Ello significaba que durante el funcionamiento de la Asamblea, los poderes constituidos debían continuar actuando conforme a la Cons-

147 Véase el texto de la acción de nulidad en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 255 a 321. Véase la relación de todas las acciones de nulidad intentadas en Carlos M. Escarrá Malavé, *Proceso Político y Constituyente*, Caracas 1999, anexo 4

148 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185; y en Revista de Derecho Público, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 73 y ss

titución que estaba vigente, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales.

Días antes de ser publicada dicha sentencia, sin embargo, el día 10 de marzo de 1999, y sin duda ya advertido, el Presidente de la República, emitió un nuevo acto administrativo reformativo del Decreto N° 3, mediante el cual ordenó publicar en Gaceta Oficial la propuesta del Ejecutivo Nacional mediante la cual fijaba las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, conforme a lo que luego decidió la Corte, esta vez disponiendo que las mismas serían sometidas a la aprobación del pueblo en el referendo convocado.¹⁴⁹ En esas bases, sin embargo, se incorporó una frase en la Décima Base, en la cual se afirmaba que:

“Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.”

Este texto fue reproducido por el Consejo Nacional Electoral en la nueva convocatoria que tuvo que hacer para el referendo consultivo, de manera que la Resolución respectiva que dictó fue de nuevo impugnada

149 Contenido en un “Aviso Oficial” publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.658 de 10-03-99, con las bases de la convocatoria de la asamblea nacional constituyente, para ser sometida para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado para el 25 de abril de 1999

por considerarse que desacataba el fallo de la Corte Suprema del 18 de marzo de 1999, cuando le pretendía atribuir "carácter originario" a la futura Asamblea Nacional Constituyente.

Dicha impugnación fue resuelta por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, en la sentencia de 13 de abril de 1999¹⁵⁰, en la cual observó que ciertamente:

"en la sentencia dictada por esta Sala el 18 de marzo de 1999 se expresó con meridiana claridad que la Asamblea Constituyente a ser convocada, 'no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho', y que 'en consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta".

En consecuencia, a los efectos de que no se indujera "a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites", la Sala ordenó que se eliminase la frase "como poder originario que recoge la soberanía popular," a cuyo efecto corrigió y reformuló expresamente el texto de la base comicial octava, sin dicha frase.

150 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 190 a 198. Igualmente en *Revista de Derecho Público*, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 85 y ss

Después de todas estas vicisitudes judiciales,¹⁵¹ y de la corrección del Decreto N° 3 de 2 de febrero de 1999, que fue el primer acto violatorio de la Constitución de 1961 en todo aquél proceso, el proceso constituyente quedó abierto, habiéndose celebrado el referendo consultivo el 25 de abril de 1999, en el cual se aprobó la propuesta de convocar una Asamblea Constituyente la cual fue electa el 25 de julio de 1999, integrada con una mayoría abrumadora de constituyentes propuestos por el Presidente Chávez.¹⁵²

La Asamblea, en todo caso, estaba sometida a las bases aprobadas por la voluntad popular expresada en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999; razón por la cual, durante su funcionamiento debió haber respetado la vigencia de la Constitución de 1961, la cual sólo podía perder vigencia cuando el pueblo se pronunciara, mediante posterior referendo aprobatorio sobre la nueva Constitución. Sin embargo, ello no fue así, y fue la Asamblea Constituyente la que materializó el golpe de Estado contra la Constitución,¹⁵³ descatando además las órdenes judiciales emanadas de la Corte Suprema, para lo cual sus miembros in-

151 Véase sobre las diversas sentencias dictadas en el proceso de conformación de la Constituyente, Allan R. Brewer-Carías, "La configuración judicial del proceso constituyente en Venezuela de 1999 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. 453-514

152 De un total de 131 constituyentes electos, 125 con el apoyo del Presidente Chávez, con lo que la "oposición" quedó formada por sólo 6 constituyentes electos como independientes. Cuatro electos en la circunscripción nacional (Allan R. Brewer-Carías, Alberto Franceschi, Claudio Fermín y Jorge Olavarría) y dos en las circunscripciones regionales (Antonio Di'Giampaolo y Virgilio Ávila Vivas)

153 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, op. cit., p. 160

currieron expresamente en el "error" que quiso evitar la Corte, y, contrariando su decisión, desde su instalación el 3 de agosto de 1999 asumieron expresamente lo que se denominó un "poder constituyente originario" que el pueblo no le había conferido.¹⁵⁴

En esa oportunidad, en efecto, al aprobar su Estatuto de Funcionamiento en forma inconstitucional por violación a la voluntad popular expresada en el referendo consultivo del 25 de abril,¹⁵⁵ la Asamblea se declaró a sí misma "depositaria de la voluntad popular y expresión de su Soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático," disponiendo además, que "en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público" (art. 1). Como consecuencia de ello, la Asamblea también resolvió que "todos los organismos del Poder Público quedaban subordinados" a la misma y, en consecuencia, que estaban en la obligación de cumplir y hacer cumplir los "actos jurídicos estatales" que emitiera (parágrafo primero, artículo 1º).

154 En el acto de instalación, el discurso dado por quien venía de ser electo presidente de la Asamblea concluyó con estas frases "la Asamblea Nacional Constituyente es originaria y soberana", en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 03-08-99, N° 1, p. 4. Véase nuestro voto salvado respecto de la aprobación de dicho Estatuto por la Asamblea Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas 1999, , pp. 15 a 39

155 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, p. 151. Véase también nuestro voto salvado por razones de inconstitucionalidad respecto de la aprobación del Estatuto en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 6 a 13

En esta forma, la Asamblea se auto atribuyó potestades públicas por encima tanto de la Constitución de 1961 como de las “normas constitucionales” contenidas en la expresión de la voluntad soberana del pueblo en las “bases comiciales” votadas en el referendo de 25 de abril de 1999. En cuanto a las previsiones de la Constitución entonces vigente de 1961, por disposición de la propia Asamblea, en su Estatuto de Funcionamiento se dispuso que sólo se mantendrían en vigencia “en todo aquello que no colida o sea contrario con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 1, párrafo segundo).¹⁵⁶

Con la asunción de este poder, la Asamblea había consumado el golpe de Estado, pues se daba a sí misma una carta blanca para violar una Constitución que estaba vigente, y someter a todos los órganos del Poder Público constituido y electos a estarle “subordinados,” imponiéndoles la obligación de cumplir sus “actos jurídicos estatales”; ruptura del hilo constitucional que luego se materializó mediante sucesivos actos constituyentes que la propia antigua Corte Suprema de Justicia como juez constitucional no supo controlar hasta que fue cesada, víctima de su propia debilidad o complicidad. Entre dichos actos constituyentes dic-

156 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, p. 144. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* N° 36.786 de 14-09-99. 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*, cit., p. 73

tados como “poder constituyente originario” que conformaron el golpe de Estado contra la Constitución de 1961, se destacan:

En *primer* lugar, el “Decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999,¹⁵⁷ para cuya emisión la Asamblea invocó que supuestamente ejercía “el poder constituyente otorgado por este [el pueblo] mediante referendo...”; es decir, que ejercía un “poder constituyente” que supuestamente le había otorgado el “poder constituyente” (pueblo) en el “referendo,” lo cual no era cierto, por lo cual en realidad la Asamblea se fundamentó para aprobar el Decreto, en “lo dispuesto en el artículo primero del Estatuto de esta Asamblea” mediante el cual se había auto conferido, a sí misma, dicho supuesto carácter de poder constituyente originario.

En *segundo* lugar, el decreto de 19 de agosto de 1999 mediante el cual la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), creando una Comisión de Emergencia Judicial, que asumió el proceso de intervención de la Justicia,¹⁵⁸ lesionando la autonomía e independencia del Poder Judicial, suplantando los órganos regulares del gobierno y administración de la Justicia.¹⁵⁹ El De-

157 *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13-08-99. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, tomo I, op. cit., pp. 43 a 56; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, cit., Sesión de 12-08-99, N° 8, pp. 2 a 4

158 *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99

159 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., p. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, cit., Sesión de 18-08-99, N° 10, pp. 17 a 22. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99

creto tuvo la misma fundamentación que los anteriores “en ejercicio del poder constituyente originario” supuestamente otorgado por el pueblo a la Asamblea mediante referendo, lo cual no era cierto, pues fue mediante el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea y el artículo único del Decreto de la Asamblea que declaró la reorganización de todos los Poderes Públicos constituidos, con los cuales la Asamblea se auto confirió a dicho poder. Este proceso de intervención política del poder judicial incluso fue formalmente conocido por la Corte Suprema de Justicia, la cual, como juez constitucional, adoptó el 23 de agosto de 1999 un desafortunado Acuerdo,¹⁶⁰ en el cual “fijó posición” ante la ilegítima intervención llegando aceptarla mediante la designación de uno de sus propios magistrados como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial nombrada por la Asamblea.

En tercer lugar, el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo”¹⁶¹ dictado por la Asamblea el 25 de agosto de 1999, reformado cinco días después, el 30 de agosto de 1999¹⁶²; arrogándose esta vez directa y abiertamente un “poder constituyente originario” que nadie le había otorgado, sino ella misma en su propio Estatuto de funcionamiento. Mediante este Decreto, la Asamblea, materialmente, declaró la cesación de las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), cuyos miembros habían sido electos unos meses antes, en noviembre de 1998,

160 Véanse nuestros comentarios sobre el Acuerdo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 141 y ss. Véanse además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit, pp. 75 y ss

161 *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99.

162 *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99

atribuyéndole además, inconstitucionalmente, la función legislativa del Estado a la Comisión Delegada del Congreso y a la propia Asamblea Constituyente.¹⁶³

En el Decreto de regulación del Poder Legislativo, la Asamblea también intervino y eliminó las Asambleas Legislativas de los Estados de la Federación, violando la Constitución y vulnerando la autonomía de los Estados, al disponer que las funciones de las mismas serían ejercidas por unas Comisiones Delegadas de cada una, regulando la forma de su integración (art. 11); y además, revocando el mandato de los Diputados de las Asambleas que no integrasen las Comisiones delegadas respectivas (art. 12).

Finalmente, en *cuarto* lugar, el Decreto del "Régimen de Transición del Poder Público,"¹⁶⁴ dictado el 22 de diciembre de 1999, dos días después de la "proclamación" de la nueva Constitución luego de haber sido aprobada por el pueblo, pero una semana antes de su entrada formal en vigencia, pues la publicación de la Constitución en Gaceta Oficial había sido deliberadamente demorada hasta el 30 de diciembre de 1999,¹⁶⁵ mediante el cual la Asamblea modificó la propia Cons-

163 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 75 a 113; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 25-08-99, N° 13, pp. 12 a 13 y 27 a 30 y Sesión de 30-08-99, N° 16, pp. 16 a 19. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 26-08-99. Con posterioridad, sin embargo, y con la intermediación de la Iglesia Católica, el 9-9-99, la directiva de la Asamblea llegó a un acuerdo con la directiva del Congreso, con lo cual, de hecho, se dejó sin efecto el contenido del Decreto, siguiendo el Congreso funcionando conforme al régimen de la Constitución de 1961. Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional*, Caracas 10-9-99, p. D-4

164 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99

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

titución (y su régimen transitorio) recién aprobada (15-12-1999), sin someter ese "acto constitucional" a la aprobación popular."

El juez constitucional, frente a todos estos actos "constituyentes" dictados en ejercicio de un pretendido "poder constituyente originario," que no tenía atribuido, simplemente se abstuvo de controlar efectivamente su constitucionalidad, para lo cual adoptó varias decisiones avalando el golpe de Estado que se había consumado. Entre ellas se destacan:

Primero, una confusa sentencia del 14 de octubre de 1999 (caso: Impugnación del Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo)¹⁶⁶ mediante la cual, la antigua Corte Suprema, cambiando el criterio que previamente había sustentado en la sentencia anterior de la Sala Político Administrativa del 18 de marzo de 1999, desligó formalmente y *ex post facto* a la Asamblea de su sometimiento a la Constitución de 1961, permitiendo que aquella pudiera desconocerla, con lo cual "legitimó" el golpe de Estado que la Asamblea había dado al desconocer la Constitución de 1961, particularmente en los diversos actos "constituyentes" e inconstitucionales que había adoptado en los dos meses precedentes.

Segundo, otra sentencia dictada esta vez con motivo de la impugnación del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia cuyos integrantes habían sido nombrados en dicho Decreto, la Sala Constitucional en sentencia N° 4 de fecha 26 de enero de 2000 (Caso Eduardo García), decidiendo en causa propia recono-

166 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 111 y ss

ció que dicho Decreto, a pesar de que no era emanación de la voluntad popular (no había sido aprobado en el referendo aprobatorio de la Constitución), era “un acto de rango y naturaleza constitucional,” concluyendo 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 presuntas transgresiones en la referida Constitución y no en los parámetros y principios consagrados en las bases fijadas en le citado referendo, conduce forzosamente a su improcedencia.”

Con ello, *ex post facto*, el juez constitucional no sólo aceptó que la Asamblea Constituyente había sido titular de un “poder constituyente originario” que supuestamente le había conferido el pueblo, lo cual no era cierto, sino que dispuso que los actos de la Asamblea Constituyente no habían estado sujetos a la Constitución de 1961, vigente durante su funcionamiento. Con ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en definitiva dispuso la inmunidad jurisdiccional respecto de los actos constituyentes. Ello lo ratificó el Tribunal Supremo en sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000, al declarar de nuevo, como improcedente, otra acción de nulidad interpuesta contra el referido Decreto, indicando que la Sala entendía:

“que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución

derogada, los mismos sólo podrían estar regulados -como fuera señalado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno antes referida- por normas supra constitucionales. Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.”

De todo lo anterior resultó que el acto de la Asamblea Nacional Constituyente (Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público) impugnado en esta oportunidad, publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución de Venezuela de 1999, se consideró que no estaba sujeto ni a ésta ni a la Constitución precedente de 1961. Reconoció, así, el Tribunal Supremo de Justicia, rango constitucional al régimen transitorio inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, pero desligándolo tanto de la Constitución de 1961 como de la propia Constitución de 1999; régimen transitorio que además contenía el acto de designación de los propios Magistrados. Lo menos que podían haber hecho dichos magistrados era inhibirse, pero no fue así; y esa y otras sentencias que juzgaron sobre dicho régimen, constituyeron violación del principio elemental del Estado de derecho conforme al cual nadie puede ser juez en su propia causa.

Tercero, otra sentencia, la N° 186 de 28-03-2000 (caso: Allan R. Brewer-Carías y otros), dictada con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público dictado el 30 de enero de 2000¹⁶⁷ por la propia Asamblea Constituyente sin tener potestad alguna para ello,

167 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-2000

la Sala Constitucional legitimó de nuevo el rango constitucional de las disposiciones de “Transición del Poder Público” argumentando esta vez que la Asamblea Nacional Constituyente, para cumplir su misión de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1961, supuestamente tenía varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: Una, elaborar unas “Disposiciones Transitorias” que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y otra, dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.

Ello, sin embargo no era cierto, pues conforme a la voluntad popular expresada en el referendo de 25 de abril de 1999, sólo el propio pueblo podía aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio, por lo que no podía existir ninguna otra norma de rango constitucional que no fuera aprobada por el propio pueblo. Por tanto, partiendo del falso supuesto de que conforme al referendo del 25 de abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente podía poner en vigencia normas constitucionales no aprobadas por el pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el Estatuto Electoral impugnado, al tener rango constitucional, no podía violar la Constitución de 1999, como fue lo que habíamos alegado en el recurso de nulidad.¹⁶⁸

De esta premisa fundamental, falsa y contradictoria, el Tribunal Supremo de Justicia entonces derivó su decisión, en la cual:

168 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Caracas 2001, pp. 270 y ss

Primero: Reconoció la existencia de un vacío legal (que sólo la Asamblea había creado) en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, y pretendió llenarlo con una interpretación violatoria de la soberanía popular. El “limbo jurídico” que refiere con toda diligencia la sentencia había sido inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, y no fue originado por el pueblo al aprobar las Disposiciones Transitorias de la Constitución. Al haber sido creado por dicha Asamblea, por su arbitrariedad, de lo que se requería era de un remedio judicial constitucional por parte del Tribunal Constitucional y no de una bendición. Este, en efecto, lo que hizo fue aceptar la violación constitucional y forzando la interpretación, trató de enderezar un entuerto constitucional.

Segundo: Incurrió en contradicción, al considerar que el régimen transitorio de orden constitucional iniciado el 25 de abril de 1999 “finalizó con la aprobación de la Constitución” del 30 de diciembre de 1999 por el pueblo, y paralelamente, admitió la existencia de otro régimen transitorio “paraconstitucional” no aprobado por el pueblo.

Tercero: Contradijo la sentencia de la propia Sala Constitucional del 27 de febrero de 2000, que había establecido la sumisión de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados con posterioridad a la publicación de la Constitución el 30 de diciembre 1999, a la Constitución de 1999, pues en esta nueva sentencia señaló que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados después de esa fecha también tenían rango “constitucional.” No es que eran “supraconstitucionales” sino de igual rango que la Constitución

aprobada por referendo, sin estar ello regulado en las Disposiciones Transitorias de la propia Constitución y sin haber sido aprobadas por el pueblo.

Cuarto: Contradijo y desconoció el poder derogatorio expreso de la nueva Constitución en relación con todas las normas preconstitucionales contrarias a sus disposiciones y no sólo las dictadas con base en la Constitución de 1961. No hay Disposición Transitoria alguna en la Constitución de 30 de diciembre de 1999 que hubiera asegurado la supervivencia de normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, que después de publicada la Constitución, contrariasen sus disposiciones. El Tribunal Supremo de Justicia, así, pretendió de nuevo suplir el vacío producido por la arbitrariedad de la Asamblea Nacional Constituyente, y marginó la voluntad popular.

Sin embargo, el aspecto más importante de la sentencia que se comenta del Tribunal Supremo es que dejó sentado el principio de que supuestamente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas por el pueblo mediante referendo, y que por tanto escapaban de todo control judicial por el juez constitucional. Esto, sin duda, era un criterio violatorio de la base comicial novena del referendo del 25 de abril de 1999, que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en la citada sentencia de 14 de octubre de 1999 (Caso: *Henrique Capriles Radonski vs. Decreto de Regulación de funciones del Poder Legislativo*) había considerado de rango "supraconstitucional".

En efecto, la base comicial novena del referendo del 25 de abril de 1999, que, se insiste, se había conside-

rado de rango supraconstitucional por lo que a ella estaba sometida la Asamblea Nacional Constituyente en su actuación, estableció que la nueva Constitución que elaborara la Asamblea sólo entraría en vigencia una vez aprobada mediante referendo. De ello se deducía que la voluntad popular en Venezuela, expresada en el referendo del 25 de abril de 1999, fue que la Asamblea Nacional Constituyente -a diferencia de lo que había ocurrido en Colombia en 1991- no podía poner en vigencia la nueva Constitución ni norma constitucional alguna, sino que éstas tenían que ser aprobadas por el pueblo, mediante referendo.

Al dictar esta sentencia, el Tribunal Supremo se había olvidado consultar la base comicial Novena (la sentencia sólo hizo referencia a las bases primera y octava) que imponía, con carácter supraconstitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la Asamblea Nacional Constituyente tenía que ser aprobada por el pueblo mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente. Eso ocurrió con el texto de la Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas en el referendo del 15 de diciembre de 1999, pero no ocurrió con el "Régimen Transitorio del Poder Público" dictado por la Asamblea con posterioridad y, al cual, sin embargo, el Tribunal Supremo le reconoció "rango análogo a la Constitución" con vigencia "paralelamente a la Constitución vigente."

La Sala Constitucional, sin embargo, simplemente aceptó que el régimen transitorio dictado al margen de la Constitución de 1999, no aprobado por el pueblo, había sido "emanación del poder constituyente," es decir, habían surgido "del régimen nacido del re-

ferendo del 25 de abril de 1999, que es un régimen de producción originaria de rango análogo a la Constitución misma," lo que como se ha visto, no era cierto. Lo grave de la decisión del juez constitucional, además, fue que dispuso, sobre la vigencia de dicho régimen de transición del Poder Público, que el mismo "tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional." Con ello, la Constitución de 1999, por decisión del juez constitucional, quedó con muchas de sus disposiciones en suspenso, prolongándose la transitoriedad a veces hasta por una década, como ocurrió con la intervención del Poder Judicial, cuya Comisión de Reorganización sobrevivió hasta 2011.¹⁶⁹

De lo anterior resulta, por tanto, que conforme a la doctrina sentada por el juez constitucional, en Venezuela, a partir de 2000 existieron dos regímenes constitucionales paralelos: uno contenido en la Constitución de 1999 que fue aprobada por el pueblo; y otro, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a dicha aprobación, no aprobado por el pueblo y de vigencia imprecisa hasta que se aprobase toda la legislación que preveía la propia Constitución de 1999, lo cual en muchos casos ha durado lustros. El Tribu-

169 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Ley del Código de Ética del juez venezolano de 2010 y la interminable transitoriedad del régimen disciplinario judicial" en *Revista de Derecho Público*, N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p 83 y ss. Asimismo "La aceptación por el juez constitucional de la interminable transitoriedad constitucional en materia del régimen disciplinario judicial" en *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 51-62.

nal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir su deber como contralor de la constitucionalidad, quiso resolver el vacío creado por la Asamblea Constituyente después de aprobada la Constitución de 1999 por referendo popular, y así violentó el ordenamiento constitucional y frustró la esperanza de que pudiera apuntalar 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 2000¹⁷⁰, en el cual señaló que “a partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente [...], hasta la promulgación de la actual Constitución” [...] siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, [que] 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.”

170 *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-00

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 propia Constitución sin haber sido aprobado por el pueblo. ¿Para qué, entonces, la realización de un referendo aprobatorio de la Constitución, si la Asamblea Nacional Constituyente supuestamente podía, a su discreción, poner en vigencia normas de rango constitucional, sin aprobación popular? Este papel del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el proceso constituyente venezolano, sin duda, como lo afirmamos en 2002, “se recordará, sí, en los anales de nuestra historia constitucional, pero no precisamente por su apego a la constitucionalidad.”¹⁷¹

2. *El caso de la Asamblea Constituyente de Ecuador en 2007: una Asamblea Constituyente que asumió “plenos poderes” y que proclamó que sus propios actos eran inmunes al control de constitucionalidad por parte del Juez Constitucional*

En Ecuador, en 2007 puede decirse que sucedió algo similar a lo que ocurrió en Venezuela 1999:¹⁷² El

171 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, p. 363

172 Véase sobre el proceso en Ecuador: Allan R. Brewer-Carías, “El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 451-505; y *Reforma Constitucional, Asamblea Constituyente, y Control Judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) Y Venezuela (1999)*, Serie Derecho Administrativo N° 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009

presidente Rafael Correa, en lo que materialmente fue su primer decreto de gobierno dictado también en el mismo día de la toma de posesión de su cargo, el 15 de enero de 2007, dictó el Decreto N° 2 convocando a una consulta popular para que se convocara e instalara una Asamblea Constituyente que no estaba prevista en la Constitución vigente en ese momento como mecanismo para reformar la Constitución, en términos muy similares al Decreto N° 3 antes comentado del presidente Hugo Chávez de Venezuela de 1999.

El Decreto presidencial ecuatoriano N° 2, convocando una consulta popular, fue para que el pueblo se pronunciara sobre la siguiente pregunta:

“¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?”

El Decreto, ya siguiendo la lección del caso venezolano, sin embargo, dispuso que no sería el Presidente el que pretendía dictar el Estatuto de la Constituyente, sino que en la papeleta de votación se debía incorporar dicho Estatuto relativo a su elección, instalación y funcionamiento, cuyo texto, sin embargo, igual que en el caso venezolano, el Presidente propuso en forma unilateral, sin debate alguno en el país. En dicho Estatuto, sobre la “naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente” se dispuso en su artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1. Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional

del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio."

Es decir, en el decreto presidencial del Ecuador, como también se expresó en el mismo sentido de las bases comiciales que había propuesto el Presidente venezolano en 1999, se planteó la convocatoria de una Asamblea Constituyente "con plenos poderes para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución." Esto planteaba otro tema y era el relativo a si la Asamblea Constituyente, durante su funcionamiento, estaba sometida, como todos los órganos del Estado y los individuos, a la Constitución de 1998 que le había dado origen, la cual conforme se deducía del propio Estatuto de la Asamblea, debería permanecer vigente hasta que el pueblo, mediante referendo, aprobase la nueva Constitución. Ello, como hemos señalado, no quedó claro en Venezuela en 1999, y la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, una vez electa, se apartó de la Constitución alegando que tenía poder constituyente originario, que en la terminología utilizada en Ecuador era con "plenos poderes," interviniendo y disolviendo los poderes constituidos, todo al margen de la Constitución entonces vigente.

En Ecuador, en todo caso sucedió algo similar, siendo el tema de los plenos poderes que se querían atribuir a la Asamblea Constituyente uno de los temas centrales en el debate parlamentario, donde en la Comisión de Asuntos Constitucionales se presentaron propuestas para la modificación de la pregunta de la consulta, para reducir los "plenos poderes" sólo para

elaborar una nueva Constitución, y para eliminar la propuesta inicial para que la Asamblea tuviera la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado, circunscribiéndose su labor específica a emitir una nueva Carta Política.

Así, por ejemplo, en la sesión del 8 de febrero de 2007, se buscaba generar consenso en cuanto al tema de la consulta popular y posterior instalación de la Asamblea Constituyente, de manera que la misma respetara "los poderes constituidos y garantizara la participación de todos los ciudadanos". Agregaba la propuesta de uno de los diputados que la Constituyente debía "respetar las funciones de las instituciones legalmente constituidas", aclarando que "dar plenos poderes se corre el riesgo no únicamente de una disolución del Congreso, sino del Ejecutivo, Corte Suprema, Tribunales Constitucional y Supremo Electoral, algo que podría desarticular el aparato institucional del Estado, lo cual nadie apoya." A ello respondió el 9 febrero el Ministro de Gobierno, indicando "que no se pretende, a través de la Asamblea, disolver los poderes del Estado." Otros diputados consideraban, al contrario que "la Asamblea Nacional Constituyente es de plenos poderes aunque otros digan lo contrario, ya que está establecido en diferentes doctrinas que una Asamblea tiene plenos poderes, a diferencia de una reforma constitucional que se podría hacer desde el Congreso."

De acuerdo con este debate, una de las propuestas en el Congreso, apuntaba a que la Asamblea Constituyente respetara "los períodos del Ejecutivo, Legislativo, prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y delegados a Juntas Parroquiales", y no interfiriera en sus

funciones; otros congresistas plantearon la necesidad de que se le dieran "atribuciones ilimitadas a la Asamblea." En todo caso, el 13 de febrero de 2007, con 57 votos, el Congreso Nacional aprobó dar paso a la consulta popular como paso previo a la instalación de una Asamblea Constituyente, pero con una serie de modificaciones al proyecto original.

El Presidente de la República el 14 de febrero consideraba que con esa decisión, el Congreso "se había sometido a la voluntad popular al haber aprobado la consulta popular con 57 votos"; y en esa misma fecha, se anunciaba la decisión del Tribunal Supremo Electoral, de que la convocatoria oficial de la consulta popular se haría el 1 de marzo y la votación se realizaría el 15 de abril de 2007; aún cuando se encontraba a la espera de "una posible modificación al estatuto para la Asamblea Constituyente, por parte del Ejecutivo." En la misma fecha del 14 de febrero, el Presidente de la República, ya manifestaba su posición sobre el tema central del debate parlamentario, cuestionando la decisión del Congreso y anunciando que "una vez que se haya instalado la Asamblea Nacional Constituyente pondrá a disposición su cargo y pedirá la disolución del Congreso Nacional"; ello a pesar de que el Parlamento en día anterior había negado la posibilidad de que la Constituyente destituya a las dignidades elegidas el 15 de octubre y el 26 de noviembre.

El 27 de febrero, en todo caso, consecuencia del debate, el Presidente de la República emitió un nuevo decreto N° 148, conservando el texto de la pregunta formulada en el Decreto inicial N° 2 del 15 de febrero, anexando el Estatuto Electoral en el cual se incorporaron modificaciones diversas, el cual fue entregado

al Tribunal Supremo Electoral el 28 de febrero. Con esos instrumentos el Tribunal Supremo Electoral procedió a la convocatoria de la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente, sucediéndose varios debates y conflictos institucionales entre el Poder Ejecutivo, el Tribunal Electoral, el Congreso y el Tribunal Constitucional.

El resultado fue que el Congreso, el 2 de marzo, aprobó demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la convocatoria de consulta popular realizada por el Tribunal Supremo Electoral, la cual se presentó el 9 de marzo, con expresa solicitud de celeridad, expresando el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que se trataba de un "primer paso para frenar una dictadura." Sobre dicha demanda de inconstitucionalidad que preparó el Congreso, el Presidente de la República el 6 de marzo ya declaraba que la misma no cabía, y que sería una obstrucción a un proceso electoral en marcha, y obstruirlo "sería una descarada intromisión de un poder del Estado en otro poder en principio independiente", advirtiendo que ello no se permitiría "decida lo que decida la mayoría anti patriota, anti histórica, anti ciudadana corrupta," y anunciado que el Gobierno garantizaba "el funcionamiento de este Tribunal Supremo Electoral y la ejecución de la consulta popular."

El 9 de marzo, el Presidente del Tribunal Constitucional, rechazaba las declaraciones del Presidente de la República de que no acatará los fallos de esa institución. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral, por su parte, sobre la demanda expresó que un eventual pronunciamiento de inconstitucionalidad a la consulta popular, planteada por el Congreso Nacional

al Tribunal Constitucional, “no puede obstaculizar un referéndum ya convocado, puesto que su decisión no tendría un carácter retroactivo.”

Agregó además, amenazando al Tribunal Constitucional, que “en estos momentos del periodo electoral nada ni nadie puede detener el proceso”, y otro miembro del organismo señalaba que “un fallo en contra de la consulta sería ilegítimo,” agregando que “si los vocales del Tribunal Constitucional pretenden tramitar incluso esa demanda, y peor aún resolverla, también están atentando en contra del proceso electoral y serán juzgados.”

Las amenazas contra el Tribunal Constitucional siguieron, y el 13 de marzo el Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que los vocales de la Comisión de Admisibilidad del Tribunal Constitucional serían sancionados por haber dado acogida y acceder a tramitar la demanda presentada por el Congreso Nacional para evitar la realización de la consulta popular el 15 de abril. Además, uno de los integrantes del Tribunal Supremo Electoral consideró que los vocales del Tribunal Constitucional debían “inadmitir cualquier demanda en contra del Tribunal, [porque] el artículo 155 así lo establece porque se trataría de una interferencia más al proceso electoral que está en marcha.”

La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra todos los congresistas que votaron por la “demanda de inconstitucionalidad en contra de la consulta popular y también por la destitución del presidente del Tribunal” no se hizo esperar, y todos quienes el 9 de marzo habían votado fueron destituidos. El Presidente del Congreso solicitó al Tribunal Constitucional que

dirimiera la constitucionalidad de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a esos 57 legisladores, lo cual no fue admitido por el Tribunal según decisión del 13 de marzo. La razón para ello habría sido que el pedido fue presentado por el Presidente del Congreso, sin ponerlo a consideración de los diputados, por lo que en el caso se carecía de resolución del Congreso Nacional en el que se hubiera autorizado al Presidente a presentar la demanda de “dirimencia de competencia.” El Tribunal Constitucional en esta forma se salía del debate y renunció a ser el garante de la supremacía constitucional.

La destitución de los congresistas, quienes conformaban la mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo. Algunos congresistas destituidos intentaron diversos recursos de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral, los cuales, al ser admitidos, provocaron que el Tribunal Supremo Electoral destituyera a los jueces que los habían acordado. El 2 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral ratificó la resolución que había adoptado el 7 marzo mediante la cual había destituido de su cargo a 57 legisladores, frente a lo cual el Presidente del Congreso clamaba en la prensa para que el Tribunal Constitucional decidiera la cuestión; “Ni los unos ni los otros, el Tribunal Constitucional es el que tiene la última palabra y voy a acatar lo que diga el Tribunal Constitucional.”

Conforme a la Ley de Control Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional es el “órgano supremo del control constitucional” (art. 3), y ante un conflicto constitucional como el que se evidencia del recuento de las vicisitudes jurídicas planteadas en tres

meses, desde el 15 de enero al 15 de abril de 2007, tenía que haber decidido. Llama la atención, sin embargo, que en ese período, antes de la votación de la consulta popular, el Tribunal Constitucional no decidió ninguna de las acciones intentadas en su sede, de manera que el 15 de abril de 2007, se efectuó la consulta popular, habiendo resultado aprobado con abrumadora mayoría la convocatoria a la Constituyente.

Sin embargo, posteriormente, y ya quizás demasiado tarde, fue cuando mediante sentencia del 5 de julio de 2007¹⁷³ el Tribunal Constitucional decidió la acción de inconstitucionalidad que habían interpuesto los Congresistas contra la Resolución PLE-TSE-13-13-2-2007 del Tribunal Supremo Electoral básicamente por el temor a que se produjera una clausura del Congreso. En la decisión, el Tribunal Constitucional se pronunció en relación con la atribución a la Asamblea Constituyente ya electa y los “plenos poderes” que se le asignaron en el artículo 1º del Estatuto, considerando que dicha norma no le otorgaba a la Asamblea Constituyente el poder de asumir facultades de los poderes constituidos sino que quedaba limitada a dictar el nuevo texto constitucional y que mientras ejerciese el poder constituyente el orden constitucional establecido seguiría vigente.

Pero como se dijo, la decisión adoptada después de electa la Asamblea, y no antes como procedía, fue tarde, y la justicia tarde a veces no es justicia. Por ello, una vez electa la Asamblea Constituyente en la cual los partidarios del presidente Correa obtuvieron una mayoría superior al 80 % de los escaños, la Asamblea, en su primera decisión, que fue el del Mandato Cons-

173 Resolución N° 008-07-TC, R.O. N° 133, 24 de julio de 2007

tituyente N° 1 del 29 de noviembre de 2007¹⁷⁴ (Artículos 2, 3, 5, 6 y 7), contrariando la decisión del Tribunal Constitucional, hizo su propia interpretación de los “plenos poderes” que le asignaba la pregunta sometida a consulta popular, y procedió a establecer que sus decisiones eran superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y que, por ello, no podían ser susceptibles de control o impugnación por parte de los poderes constituidos, lo que por supuesto incluía al propio Tribunal Constitucional.

La Asamblea Constituyente estableció, además, que los jueces y tribunales que tramitaran cualquier acción contraria a sus decisiones serían destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. La Asamblea Constituyente, además, asumió la función legislativa del Estado, y procedió a cesar a los parlamentarios que habían sido electos el año anterior, el 15 de octubre de 2006. Al mes siguiente, al aprobar su Reglamento de Funcionamiento del 11 de diciembre de 2007,¹⁷⁵ la Asamblea Constituyente estableció que el ordenamiento jurídico se mantendría vigente “con la excepción de lo que resuelva en sentido contrario la asamblea constituyente.”

En Ecuador, por tanto, el Tribunal Constitucional se abstuvo de ejercer oportunamente el control de constitucionalidad de los actos de convocatoria de la Asamblea Constituyente; con la diferencia con Venezuela en que no fue que el Tribunal Constitucional el que declaró la inmunidad jurisdiccional de los actos de la Asamblea Constituyente mediante la asignación

174 R.O. N° 223, Suplemento, 30 de noviembre de 2007

175 Disposición final primera, R.O. N° 236, suplemento, 30 de diciembre de 2007

a los mismos de un rango “para constitucional”, sino que fue la propia Asamblea Constituyente ecuatoriana la que declaró a sus propios actos como inmunes al control de constitucionalidad, lo cual fue aceptado por el Tribunal Constitucional.

Estos dos casos de experiencias constitucionales recientes en América Latina muestran, sin duda, cómo el primero de los retos de la justicia constitucional sigue siendo el que el Juez Constitucional asuma efectivamente el rol de guardián del poder constituyente que sólo corresponde al pueblo, e impida que los órganos constituidos del Estado, incluyendo los circunstanciales Asambleas Constituyentes, asuman o usurpen el poder constituyente del pueblo.

SEGUNDA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFOR- MAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS "PÉTREOS"

1. *El tema de los principios constitucionales pétreos y su posible modificación*

Las Constituciones con gran frecuencia establecen limitaciones al poder constituyente derivado o instituido para reformar o modificar ciertas cláusulas de las mismas, que el pueblo, en el momento de sancionarla, las ha considerado de la esencia de la organización política del Estado y la sociedad, y las ha formulado como irreformables, es decir, como cláusulas pétreas, que sólo el pueblo mismo como poder constituyente originario podría reformar.

Siendo uno de los límites constitucionales establecidos al poder constituyente derivado, dado el principio de la supremacía constitucional que rige en todas

las Constituciones, cualquier intento de reformar dichos principios por el poder constituyente instituido podría ser objeto de control de constitucionalidad por parte del Juez Constitucional. La única excepción de principio se plantearía en los casos de aprobación de las reformas o enmiendas a dichos principios pétreos mediante referendo o consulta popular, en cuyo caso podría considerarse que priva el principio de la soberanía popular sobre el de la supremacía constitucional.

Estas cláusulas pétreas o inmodificables que se establecen en los textos constitucionales recogiendo principios o normas de orden esencial para la organización política, si bien en general son cláusulas expresas, también se consagran en otros casos en forma implícita.

Entre las primeras se destacan las que excluyen toda reforma sobre determinadas materias, como sucede con el artículo 248 de la Constitución de El Salvador de 2000 en el cual se dispone que:

“Artículo 248: ...No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”.

En el Salvador, el procedimiento de reforma de la Constitución está a cargo del poder constituyente derivado o instituido que para tal fin corresponde a dos legislaturas subsiguientes: *primero*, a la Asamblea Legislativa en funciones en el período constitucional en el cual se propone la reforma, la cual debe aprobar la reforma con el voto de la mitad más uno de los Dipu-

tados electos; y *segundo*, para que la reforma aprobada se pueda decretar, la misma debe “ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos.” Una vez que así sea ratificada la reforma, se debe emitir el decreto correspondiente, el cual se debe mandar a publicar en el Diario Oficial.

De acuerdo con estas previsiones, sin embargo, no todo en el texto constitucional es reformable por el poder constituyente instituido, del cual queda excluido la forma de gobierno democrático y el sistema presidencial de gobierno que no pueden ser objeto de reforma, al igual que el principio de la alternabilidad republicana en el ejercicio del cargo de Presidente de la República.

A tal punto este principio de la alternabilidad republicana en el ejercicio de la Presidencia de la República se establece con carácter pétreo que en la Constitución, por una parte, el principio se declara en el artículo 88 como “indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos” de manera que “la violación de esta norma obliga a la insurrección;” y por la otra, que en el artículo 75.4 se establece la causal de pérdida de los “derechos de ciudadano,” para quienes “suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin.”

En la Constitución de la República Dominicana de 2010 se establecen diversos principios pétreos, excluidos por tanto del poder constituyente derivado. Así, el artículo 3 de la Constitución al referirse a la

“inviolabilidad de la soberanía y principio de no intervención, concluye afirmando que “el principio de la no intervención constituye una norma invariable de la política internacional dominicana.” Por su parte, el artículo 268 de la Constitución precisa sobre la forma de gobierno como norma pétrea, que “ninguna modificación a la Constitución podrá versar sobre la forma de gobierno que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.”

En la República Dominicana, las reformas constitucionales pueden proponerse ante el Congreso Nacional por la tercera parte de los miembros de una u otra cámara, o por el Poder Ejecutivo (art. 269). En tal caso, debe convocarse una “Asamblea Nacional Revisora” mediante ley del Congreso que declare la necesidad de la reforma constitucional, ordenándose su reunión e indicándose el objeto de la reforma y los artículos de la Constitución sobre los cuales debe versar (art. 270). Esa Asamblea Nacional Revisora, se forma con la presencia de más de la mitad de los miembros de cada una de las cámaras, y una vez que la misma vote y proclame la reforma, la Constitución debe ser publicada íntegramente con los textos reformados (art. 271). Sin embargo, si la reforma versa “sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución,” una vez votada y aprobada por la Asamblea Nacional Revisora, se requiere que la reforma sea ratificada por la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo aprobatorio convocado al efecto por la Junta Central Electoral (art. 272).

En la Constitución de Guatemala de 1993 también se establece una enumeración de artículos de la Constitución que se definen como “no reformables”, para lo cual el artículo 281 dispone que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al sistema de gobierno), 141 (soberanía popular), 165.g (desconocimiento del mandato del Presidente después de vencido su período constitucional), 186 (prohibiciones para optar a cargos de Presidente y Vicepresidente) y 187 (prohibición de reelección).” La norma agrega en forma reiterativa, además, que en forma alguna pueden reformarse “toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera de variar o modificar su contenido.” La Constitución incluso define en su artículo 136.f, entre los deberes y derechos políticos de los ciudadanos, el “defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República.”

En Guatemala, el poder constituyente para la reforma constitucional se atribuye, primero, a una Asamblea Nacional Constituyente, en los casos de reforma del artículo que la regula (art. 278), y de cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución sobre “derechos Individuales,” a cuyo efecto, el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, debe convocar dicha Asamblea Nacional Constituyente (art. 278). En estos casos, la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la Repúbli-

ca pueden funcionar simultáneamente (art. 279). *Segundo*, para cualquier otra reforma constitucional, el Congreso de la República es el llamado a aprobarla con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados, y las mismas sólo pueden entrar en vigencia cuando sean ratificadas mediante la consulta popular (arts. 173, 280)

En el caso de Honduras, el artículo 374 de la Constitución también dispone una enumeración de artículos no reformables, así:

“Artículo 374: No podrán reformarse, en ningún caso, el Artículo anterior (procedimiento para la reforma constitucional), el presente Artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente”.

En cuanto a la forma de gobierno, que el artículo 4 dispone que es republicana, democrática y representativa, la misma norma agrega en cuanto a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República que la misma “es obligatoria,” indicándose que “la infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria.” Por otra parte, conforme al artículo 239 de la misma Constitución, quien haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no puede ser Presidente o Designado, de manera que “el que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.” Por otra parte, el artículo

42.5 de la Constitución también dispone que la calidad de ciudadano se pierde “por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República.”

En todo caso, para la reforma constitucional con las limitaciones mencionadas, el artículo 373 atribuye el poder constituyente a dos legislaturas sucesivas: *primero*, el Congreso Nacional en funciones al proponerse la reforma, el cual la puede decretar en sesiones ordinarias, con dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros, señalando en el decreto el artículo o artículos que hayan de reformarse; y *segundo*, a la subsiguiente legislatura ordinaria, la cual debe ratificar el decreto de reforma por igual número de votos, para que entre en vigencia.

En otros casos, como en la Constitución del Brasil, lo que se establece es que no se pueden abolir determinadas instituciones o principios, pero ello no impide la reforma de los artículos que las consagran. En tal sentido, el artículo 60 § 4, establece que:

“No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los Poderes; IV. Los derechos y garantías individuales”.

Ahora bien, aparte de las cláusulas pétreas expresa y textualmente insertas en los textos constitucionales, de otras disposiciones de las Constituciones también se pueden derivar muchas otras cláusulas que encajarían dentro de tal categoría, por la forma y carácter irrevisable que se establecen respecto de las mismas, por parte del poder constituyente.

Es el caso, por ejemplo, de la Constituciones que establecen en algunos de sus artículos el *carácter eterno* de un principio o disposición constitucional, como resulta del artículo 1 de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República “es *irrevocablemente* libre e independiente...”; del artículo 5 que declara que “la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo”, o del artículo 6 de la misma Constitución cuando prescribe que el gobierno de la República “y de las entidades políticas que la componen *es y será siempre* democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. Estas previsiones, consagran sin duda principios pétreos, que no pueden revocarse, ni modificarse en forma alguna.

En el caso de la Constitución venezolana de 1999, la misma dispuso en sus artículos 340 a 349, tres procedimientos para la revisión o modificación de la misma, exigiéndose siempre la participación del pueblo como poder constituyente originario, distinguiéndolos según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son: las Enmiendas Constitucionales, las Reformas Constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente. Cada procedimiento tiene su sentido y ámbito de aplicación según la importancia de las modificaciones a la Constitución, de manera que para la aprobación de las “enmiendas” que pueden surgir de iniciativa popular o de los órganos del Poder Ejecutivo o legislativo, sólo se requiere la aprobación por el pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo aprobatorio; para la aprobación de la “reforma constitucional” que puede proponerse también por iniciativa popular o a propuesta del Poder Ejecutivo o Legislativo, requiere la aprobación por

uno de los poderes constituidos, que es la Asamblea Nacional, y, además, del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo; y para la revisión constitucional mediante una "Asamblea Nacional Constituyente", se estableció la participación del pueblo como poder constituyente originario, para primero, decidir mediante referendo su convocatoria, y segundo, para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente.

Sobre estos tres mecanismos para la revisión constitucional, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

"Cada uno de estos mecanismos de reforma tiene sus peculiaridades, los cuales con una somera lectura del texto constitucional se puede apreciar que, por ejemplo, el procedimiento de enmienda, va a tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, tal como lo señala el artículo 340 de la Carta Magna. Por su parte, la reforma constitucional, se orienta hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas (artículo 342). Ambos mecanismos, están limitados por la no modificación de la estructura fundamental del texto constitucional, y por un referéndum al cual debe estar sometido para su definitiva aprobación. Ahora bien, en el caso de que se quiera transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, el texto constitucional vigente consagra la posibilidad de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (Artículo 347 *eiusdem*). Igualmente, las iniciativas para proceder a la enmienda, reforma o convocatoria de la Asamblea Constituyente, están consagradas en el texto constitucional de manera expresa."¹⁷⁶

176 Véase sentencia N° 1140 de la Sala Constitucional de 05-19-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

De lo anterior resulta que no puede utilizarse uno de los procedimientos de revisión constitucional para fines distintos a los regulados en la propia Constitución, pues de lo contrario, se incurriría en un fraude constitucional¹⁷⁷, tal como ocurrió con la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, que fue rechazada por voto popular en el referendo del 2 de diciembre de 2007,¹⁷⁸ y con la Enmienda Constitucional de febrero de 2009.

En todo caso, de esa distinción de procedimientos para la reforma constitucional, la posible modificación de un principio pétreo sólo podría ser posible mediante el mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente dispuesto para que el pueblo, como depositario del

177 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25-01-2006 señaló que un *fraude a la Constitución* ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”, o cuando se utiliza “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el *uso fraudulento de los poderes* conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado”; y que un *falseamiento de la Constitución* ocurre cuando se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma”, concluyendo con la afirmación de que “Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss.

178 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. (O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 02 de diciembre de 2007),” en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 661-694.

poder constituyente originario,¹⁷⁹ la convoque “con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (art. 347). Corresponde por tanto siempre al pueblo como poder constituyente originario, convocar la Asamblea Constituyente, por lo que a pesar de que no esté expresamente regulado en el texto de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral debe convocar un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre dicha convocatoria, y sobre el estatuto básico de la Asamblea en relación con su integración, forma de elección de sus miembros, misión y duración.¹⁸⁰ Luego de que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de la Asamblea, debe procederse a la elección de los miembros de la misma conforme al resultado de la consulta popular. La aprobación de la Constitución que emane de la Asamblea Nacional Constituyente que se elija, sin embargo, no está sometida a referendo aprobatorio. En contraste, debe recordarse que la Constitución de 1999, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue aprobada mediante referendo del 15 de diciembre de 1999 para poder entrar en vigencia; y que la propia Constitución exige que en los casos de Enmiendas y de Reformas constitucionales, las mismas deben ser sometidas a referendos aprobatorios (Arts. 341 y 344).

Otras cláusulas que implican límites a la revisión constitucional son las que establecen el principio de la progresividad en la protección o garantía de los derechos humanos, por ejemplo en cuanto a los inherentes

179 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999.

180 En esta forma por mi parte quedan superadas las dudas que expresé en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tomo I, Caracas 2008, pp. 346-347; y en *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Tono II, pp. 251-252.

a la persona humana, las cuales implican que dichas garantías no pueden ser objeto de reformas que reduzcan el ámbito de protección de los derechos. Es el caso de la previsión del artículo 19 de la Constitución de Venezuela.

La consecuencia de todos estos límites constitucionales a la reforma constitucional, es que si se traspasasen por el poder constituyente derivado, las reformas serían contrarias a la Constitución, por lo que deberían ser objeto de control constitucional por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional. Sin embargo, en esta materia, estamos en el campo de los principios que derivan del postulado de la supremacía constitucional, ya que ninguna Constitución de América Latina establece expresamente competencia de los órganos de la Jurisdicción Constitucional para controlar la constitucionalidad *sustantiva* de las reformas constitucionales.

En cambio, en algunas constituciones lo que existe es una limitación expresa al control de constitucionalidad que puede ejercer el juez constitucional sobre las reformas constitucionales, limitándolas a los aspectos adjetivos o procedimentales de las mismas lo que ha llevado a excluir el control respecto de los contenidos materiales de la reforma constitucional. Es el caso, por ejemplo de Colombia, donde la Constitución expresamente al atribuir competencia a la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad respecto de las leyes de reforma constitucional, dispone expresamente en su artículo 241 que es sólo "sólo por vicios de procedimiento en su formación." Ello ha llevado a la propia Corte Constitucional incluso a decidir en sentencia N° 555 de 2003¹⁸¹ que tuvo por objeto

181 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

ejercer el control de constitucionalidad de la Ley N° 796 de 2003 mediante la cual se proponía un conjunto extenso de reformas constitucionales a ser sometidas a referendo, que el control constitucional sobre las reformas constitucionales “*recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformatorio,*” es decir, considerando que:

“la exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos. Admitir que una reforma constitucional pueda ser declarada inexecutable por violar materialmente la Constitución vigente equivale entonces a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula de reforma, por lo que la restricción impuesta por el artículo 241 superior a la competencia de la Corte es una consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional. No le corresponde entonces a la Corte examinar si los contenidos materiales de la ley que convoca a un referendo son o no constitucionales, ni mucho menos políticamente oportunos, sino que debe exclusivamente estudiar si el procedimiento de formación de esa ley se ajusta o no a las exigencias constitucionales, puesto que la ley de referendo está orientada a reformar (esto es, a contradecir materialmente) el ordenamiento constitucional vigente hasta ese momento.”¹⁸²

La Corte Constitucional colombiana, al ratificar conforme a la Constitución de 1991 que el ámbito del control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales estaba restringido a los aspectos adjetivos o procedimentales, observó que “la Constitución colombiana de 1991, a diferencia de otras constituciones,

182 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

como la alemana, la italiana o la francesa, o algunas de nuestras constituciones nacionales, no contiene cláusulas pétreas o irreformables,” de manera que “los únicos límites que la Carta prevé para el poder de reforma son de carácter estrictamente formal y procedimental, esto es, que el acto legislativo, el referendo o la convocatoria a una Asamblea Constituyente hayan sido realizados conforme a los procedimientos establecidos en la Carta.”¹⁸³

Sin embargo, y a pesar de esta precisión, la Corte Constitucional en la sentencia N° C-141 de 2010, donde ejerció el control de constitucionalidad sobre una ley de convocatoria a un referendo con origen en una iniciativa ciudadana para permitir una segunda reelección presidencial, como se trataba de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, indicó que la misma no sólo estaba sujeta a requerimientos procedimentales, sino también a “límites competenciales,” en el sentido de que mediante la misma no podían afectarse “principios estructurales plasmados originalmente en el texto constitucional” los cuales sólo podían ser modificados mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La Corte, en efecto dijo:

“El único de los mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada para proferir una nueva Carta, siendo la vía del referendo constitucional no idónea para transformar los principios estructurales plasmados originalmente en el texto constitucional.”

183 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

Y precisamente, con base en ello, como se verá más adelante, la Corte Constitucional Colombiana mediante la sentencia N° C-141 de 2010 declaró la inconstitucionalidad de la Ley de reforma constitucional que proponía la posibilidad de una segunda reelección del Presidente de la República, por considerar que era contraria a los principios democráticos y particularmente al de la alternabilidad republicana, que según la Corte sólo podrían ser reformados mediante una Asamblea Constituyente.

2. *El síndrome de la abstención en el caso venezolano: la reforma constitucional vía enmienda del principio pétreo de la alternabilidad republicana, previamente distorsionado por el juez constitucional, y la renuncia a controlar la constitucionalidad del procedimiento utilizado para la reforma*

En todo caso, distinto es el caso de las Constituciones que por una parte contienen cláusulas pétreas y por la otra no tienen la limitación expresa que está en la Constitución colombiana sobre el ámbito del control de constitucionalidad a cargo del juez constitucional, como guardián de la supremacía de la Constitución. En esos casos, en nuestro criterio, el juez constitucional si tiene competencia para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales antes de su aprobación por el pueblo, cuando incidan sobre cláusulas pétreas, como por ejemplo la prevista en el artículo 6 de la Constitución cuando proclama que:

“Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Es decir, cualquier reforma constitucional que pretenda cambiar el sistema de gobierno en Venezuela y establecer, por ejemplo un sistema autocrático (contrario a la democracia), excluyente de la participación (contrario a participativo), con magistrados no electos por el pueblo (contrario a electivo), centralizado (contrario a la descentralización), que elimine la alternabilidad en el ejercicio de los cargos (con magistrados a perpetuidad, o de mandatos ilimitados), irresponsable (contrario a responsable), con una doctrina oficial única excluyente de toda otra (contrario a pluralista) y de mandatos no revocables (contrario a mandatos revocables), en nuestro criterio puede y tiene que poder ser controlada por el juez constitucional.

Por ejemplo, entre esos principios pétreos en la Constitución venezolana se destaca el principio de la alternabilidad republicana, que implica límites a la reelección, particularmente, la reelección presidencial, que a pesar de la larga tradición constitucional que ha tenido en Venezuela, se quiso reformar en la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República se propuso en 2007, y que luego de sancionada por la Asamblea Nacional,¹⁸⁴ fue sin embargo rechazada por el pueblo el referéndum de diciembre de 2007.

El principio de la alternabilidad además de estar en el mencionado artículo 6 de la Constitución de 1999, se reflejaba en el límite constitucional que imponía el artículo 230 de la Constitución para la reelección del Presidente de la República, al prever que sólo podía

184 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

ser “reelegido de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.”

Este principio de la alternabilidad republicana se comenzó a establecer en las Constituciones hace doscientos años, preciosamente en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811 que fue la primera de toda América Hispana, con la que se incorporó el principio al constitucionalismo venezolano e hispanoamericano al prever en su artículo 188, lo siguiente:

“Artículo 188. Una dilatada continuación en los principales funcionarios del Poder Ejecutivo es peligrosa a la libertad, y esta circunstancia reclama poderosamente una rotación periódica entre los miembros del referido Departamento para asegurarla.”

Es decir, desde el inicio se incorporó al constitucionalismo el principio de que debía haber una rotación periódica en los titulares del Poder Ejecutivo, considerándose, con razón, que la dilatada continuidad en el ejercicio de sus funciones era peligrosa a la libertad.

El principio lo expresó Simón Bolívar pocos años después, en su Discurso de Angostura de presentación del proyecto de Constitución al Congreso de 1819, al expresar:

“La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandar; de donde se origina la usurpación y la tiranía. ... nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justi-

cia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente."¹⁸⁵

El principio, sin embargo, no se enunció en el texto de la Constitución de 1819 en el cual no se usa la expresión alternabilidad, estableciéndose sólo expresamente su consecuencia respecto del Presidente de la República, al prever límites a la reelección del mismo, indicándose en el artículo 3, sección primera del Título 7º, que "la duración del presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión." Con ello se inició la tradición de establecer en las Constituciones límites a la reelección presidencial. La misma limitación a la reelección presidencial se incorporó en el artículo 107 de la Constitución de Colombia de 1821.

Fue sin embargo, en la Constitución de 1830, una vez reconstituido el Estado de Venezuela al disolverse la Gran Colombia, cuando el principio enunciado en la Constitución de 1811 y formulado por el Libertador, se incorporó expresamente en forma directa como cláusula pétrea, al establecerse que

"Artículo 6. El Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo."

Expresar en la Constitución que el gobierno "**es y será siempre alternativo**" significa lo que las palabras expresan, que se trata de la formulación de un principio constitucional pétreo que apunta a que nunca el gobierno de la República puede dejar de ser alternativo, el cual en consecuencia siempre se ha expresado como tal, en todos los 26 textos constitucionales que

185 Véase en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

ha tendido Venezuela en toda su historia constitucional, en la misma invariable forma que aún se conserva en la Constitución de 1999 (art 6).

Y la palabra utilizada para expresar el principio ha sido siempre la misma de “alternabilidad,” en el sentido de gobierno “alternativo” o de la “alternabilidad republicana” en el poder, y que expresa la idea de que no puede haber cargos producto de la elección popular ocupados por una misma persona, que las personas deben turnarse sucesivamente en los cargos, o que los cargos deben desempeñarse por turnos (*Diccionario de la Real Academia Española*).¹⁸⁶ Por ello, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N° 51 de 18-3-2002, consideró el principio de la alternabilidad como “principio general y presupuesto democrático,” indicando que el mismo significa “el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.”

El principio, sin duda, como se deriva del texto de la Constitución de 1811 y del pensamiento del Libertador, se concibió históricamente para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas que podrían tener en los procesos electorales quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos. El principio de “gobierno alternativo,” por tanto, no es equivalente al de “gobierno electivo;” la elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra.

186 Véase el Voto Salvado a la sentencia N° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

La consecuencia de que el principio de la alternabilidad republicana se haya concebido siempre en la Constitución como un principio constitucional p eteo, la expres  el Tribunal Supremo al sostener que es un "principio general y presupuesto democrático" de la organización del Estado, que como tal, no puede ser modificado o reformado por los procedimientos de "reforma constitucional" o de "enmienda constitucional," sino por el procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Ello significa que no puede utilizarse uno de los procedimientos de revisión constitucional para fines distintos a los regulados en la propia Constitución, pues de lo contrario, se incurriría en un *fraude constitucional*¹⁸⁷, tal como ocurrió con la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, que fue rechazada por voto popular en el referendo del 2 de diciembre de 2007, en la cual precisamente, se pretendió modificar el principio p eteo de la alternabilidad

187 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N  74 de 25-01-2006 señaló que un *fraude a la Constitución* ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas "mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales", o cuando se utiliza "del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el *uso fraudulento de los poderes* conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado"; y que un *falsamiento de la Constitución* ocurre cuando se otorga "a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma", concluyendo con la afirmación de que "*Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional*". Véase en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N  105, Caracas 2006, pp. 76 ss.

republicana mediante la eliminación de toda limitación a la reelección presidencial.

En efecto, además de su enunciado expreso en el texto de las constituciones como principio de la “alterabilidad,” el mismo se materializó en el texto de las Constituciones venezolanas, con la inclusión de limitaciones expresas a las posibilidades de reelección en cargos electivos;¹⁸⁸ entendiéndose por reelección, como lo destacó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo citando a Dieter Nohlen, como “la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho.”¹⁸⁹

Así sucedió en las Constituciones de 1830, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1845 y 1947,¹⁹⁰ en las cuales se estableció, por ejemplo, la prohibición de la reelección del Presidente de la República para el período constitucional inmediato.¹⁹¹

188 Las restricciones a la reelección presidencial son tradicionales en los sistemas presidenciales de gobierno, como son los de América Latina, y no en los sistemas parlamentarios como los que existen en Europa. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 106 ff.

189 Véase Dieter. Nohlen, “La Reelección”, en VVAA, *Tratado Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica y otros, México 1998, pp. 140 y ss. Citado en sentencia N° 51 de 18 de marzo de 2000 (Caso: *Federación Venezolana de Maestros (FVM) vs. Consejo Nacional Electoral*), en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 109

190 Véase el texto de todas las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, 2 vols., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.

191 Sobre estas previsiones constitucionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, en sentencia N° 1.488 de 28 de ju-

En la historia constitucional del país, en realidad, la prohibición de la reelección presidencial inmediata solamente dejó de establecerse en las Constituciones de los gobiernos autoritarios: ocurrió así en la efímera Constitución de 1857; en las Constituciones de Juan Vicente Gómez de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931; en la Constitución de Marcos Pérez Jiménez de 1953; y en la enmienda constitucional promovida por Hugo Chávez Frías en 2009. La prohibición de la reelección, en cambio, respecto del Presidente de la República, en el período democrático iniciado en 1958,¹⁹² fue más amplia y la misma se extendió en la Constitución de 1961, a los dos períodos siguientes (10 años).

La flexibilización del principio, en cambio, como antes se dijo, aún cuando sin dejar de establecer limitaciones a la reelección presidencial, se produjo inicialmente en las Constituciones de 1819 y 1821 en las cuales se previó la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez del Presidente de la República (“no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión”);

lio de 2006 (*Caso: Consejo Nacional Electoral vs. Revisión Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia*), concluyó indicando que “desde la Constitución de 1830 hasta la de 1947, se prohíbe de forma absoluta la reelección, sin que tal medida, aislada y sin la determinación de un sistema de gobierno que lo hiciera viable, en realidad, no sólo no impidió la existencia de gobiernos no democráticos, sino que sólo sirvió para disfrazar a través de subalternos, la verdadera continuidad de gobiernos con intereses ajenos al bienestar de la sociedad. De este modo, por ejemplo, las Constituciones gomecistas, de 1909 (artículo 84), 1914 (artículo 83), 1919 (artículo 83), 1928 (artículo 103) y 1931 (artículo 103), prohibieron la reelección inmediata con los resultados que han quedado para la historia, por lo que se evidencia que no puede haber divorcio entre una medida individual en el método de gobierno y la concepción general de justicia de un Estado.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 90 ss.

192 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, 2 vols., Editorial Alfa, Caracas 2008.

y se recogió en la Constitución de 1999, en cuyo artículo 230 se permitió la posibilidad de reelección presidencial de inmediato, pero por una sola vez, para un nuevo período.¹⁹³

Por su parte, el artículo 192 de la Constitución de 1999, respecto de otros cargos electivos dispuso que los diputados a la Asamblea Nacional podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; el artículo 160 dispuso que los Gobernadores de Estado podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”; el artículo 162 dispuso que los legisladores a los Consejos Legislativos de los Estados podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; y el artículo 174 dispuso que los Alcaldes podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.”

En este contexto de las limitaciones a la reelección, y su significado frente al continuismo y al abuso de poder, la misma Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 51 de 18 de marzo de

193 Sobre esta previsión de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo expresó en la sentencia mencionada N° 1488 de 28 de julio de 2006, que: “la Constitución de 1999, retomando la idea de la Constitución de Angostura, y en plena armonía con los principios garantistas a favor del ciudadano y de su rol protagónico en la empresa de desarrollo del Estado, permitió la reelección presidencial, pero dentro de un marco de políticas públicas en el que ello no es una medida aislada de inspiración caudillista, sino que constituye un elemento más dentro de una visión progresista en el que la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y los mecanismos de participación de los mismos, pueden generar los contrapesos y la colaboración necesarios para la satisfacción de los intereses del Estado que no son otros que los de los propios ciudadanos.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 90 ss

2000 (Caso: *Federación Venezolana de Maestros (FVM) vs. Consejo Nacional Electoral*), indicó que:

“Este calificado “derecho” de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas previsiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata o para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: “...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional”. Es de resaltar que aunque su formulación rompa con la tradición, las limitaciones a la reelección previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“...de inmediato y por una sola vez...”), ponen freno a las distorsiones que siempre han preocupado a nuestra democracia: el continuismo y el ventajismo electoral.”¹⁹⁴

La misma Sala Electoral, para reforzar el argumento de la compatibilidad de las limitaciones a la reelección con el principio de la alternabilidad, y la preocu-

194 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 109.

pación democrática frente al continuismo y ventajismo políticos, en la misma sentencia se refirió en particular a lo que se perseguía con el referendo sindical de 2000, exponiendo lo siguiente:

“En este mismo sentido, la convocatoria a referendo sindical contenida en Resolución del Consejo Nacional Electoral, N° 001115-1979 del 15 de noviembre de 2000, publicada en Gaceta Oficial N° 37.081 del 20 de noviembre de 2000 y que en referendo celebrado el 3 de diciembre de 2000, resultara favorecida la opción “Si”, se preguntaba: ¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspenda durante ese lapso en sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país? (Énfasis añadido). Resulta entonces claro que la tradicional preocupación democrática, tan evidente en la figura Presidente de la República, se extiende ahora a las asociaciones sindicales, organizaciones de la sociedad en las que resulta imperativo -tanto en la teoría como en la práctica- democratizar, y con ello, la alternancia en los cargos de dirección a través de elecciones libres”.

El intento de armonizar el principio de alternabilidad de los cargos de elección pública y las ventajas prácticas de la posibilidad de reelección, han producido, por una parte, fórmulas como las ya mencionadas prohibiciones de reelegirse inmediatamente, aunque ello no impida posteriores reelecciones; y, por la otra, la posibilidad de reelección inmediata, pero sólo una o dos veces más. Asimismo se han aceptado combinaciones de las dos anteriores, como reelección inmediata con posibilidades de una nueva elección después de

transcurrido cierto tiempo; y, la no reelección inmediata con una única posibilidad de reelegirse posteriormente una o dos veces más. En todo caso corresponde al órgano legislativo correspondiente, escoger la fórmula más conveniente.¹⁹⁵

La propia Sala Electoral, sobre la justificación de la limitación a la reelección sucesiva, años después, en sentencia N° 73 de 30 de marzo de 2006 (Caso: Asociados de la Caja de Ahorro Sector Empleados Público), insistiría que:

“se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.”¹⁹⁶

No le faltaba razón a la Sala Electoral del Tribunal Supremo en destacar la preocupación por la suerte de la democracia frente al “continuismo y ventajismo electoral,” pues a los pocos años, por una parte, la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo, en

195 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 109. En materia sindical, el principio de la alternabilidad como signo de la democracia sindical se sostuvo luego en la sentencia de la misma Sala N° 175 de 20-10-2003 (Caso: Solicitud de convocatoria a elecciones en el Sindicato de Trabajadores de la empresa Telenorma (Sitraten) en el Estado Miranda), en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 192 ss. Igualmente en materia de elecciones en Colegios profesionales en sentencia N° 194 de 18-11-2003 (Caso Judith Sayago Briceño y otro vs. Comisión Electoral del Colegio de Médicos del Estado Barinas), *Idem*, pp. 378 ss.

196 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p. 173

2006, comenzaría a allanar el camino para cambiar el carácter pétreo del principio de la alternabilidad republicana, despojándolo de su carácter de principio fundamental del ordenamiento constitucional que solo podría ser cambiado mediante la convocatoria de una "Asamblea Nacional Constituyente;" y por la otra, consecuentemente, el Presidente de la República presentaría en 2007 un proyecto de "reforma constitucional" para eliminar toda restricción a la reelección presidencial.

En efecto, en cuanto al tema de la reelección en los cargos electivos, a pesar del principio de la alternabilidad y de las restricciones constitucionales existentes en la materia, el mismo comenzó a ser tratado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1.488 de 28 de julio de 2006,¹⁹⁷ dictada con motivo de revisar una sentencia de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, al considerar el tema de la constitucionalidad del artículo 126 de la entonces vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, que imponía a los funcionarios susceptibles de ser reelegidos, la obligación de separarse de sus cargos.

Para declarar que dicha norma era contraria a la Constitución, la Sala, sin embargo, entró a resolver de oficio y en forma general sobre el tema de la reelección presidencial, sin que nadie se lo hubiese pedido y sin que ello hubiera sido necesario para la revisión judicial de una sentencia que estaba realizando, considerando

197 Véase *Caso: Consejo Nacional Electoral vs. Revisión Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia*, en *Revista de Derecho Público*, N° 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 90 ss.

en definitiva que cualquier reforma o cambio que se pudiese adoptar en la materia, permitiendo la reelección indefinida, no afectaba la estructura del Estado, de lo que resultó la negación del carácter pétreo de su fundamento que es el principio de la alternabilidad republicana, y el allanamiento del camino para proceder a establecer la reelección indefinida mediante reforma o enmienda constitucional, y no mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Ello, sin duda, fue lo que motivó en definitiva el intento de reforma constitucional de 2007, rechazado por el pueblo, y la posterior propuesta de una enmienda constitucional en 2009, estableciendo la reelección indefinida como principio constitucional, que si fue aprobada por el pueblo.

Para ello, la Sala Constitucional, en su sentencia N° 1488 de 2006 comenzó por vincular el pensamiento de Bolívar en 1819 con el de Hamilton; analizó la historia de las previsiones constitucionales limitativas sobre la reelección en Venezuela y en toda la América Latina; y analizó, para justificar su tesis, las reformas constitucionales en la materia que se habían efectuado en Colombia y Costa Rica. La Sala Constitucional, en efecto, argumentó así:

Primero, se refirió a la Constitución de 1819 que consideró “inspirada parcialmente en las ideas del Libertador Simón Bolívar, la cual como se ha dicho, estableció la posibilidad de reelección inmediata del Presidente pero por una sola vez “sin intermisión” (artículo 3, sección primera del Título Séptimo), de lo cual dedujo la Sala que planteaba:

“la visión del Padre de la Patria a la par de las del gran pensador norteamericano Alexander Hamilton, quien en “El Federalista” expuso una defensa a la reelección como modelo de gobernabilidad legítimo dentro de un contexto democrático.”

Olvidó, sin embargo, la Sala Constitucional, referirse a las ideas de Bolívar que en realidad fueron expresadas en su Discurso de presentación del proyecto de Constitución de 1819, en el cual, como se ha dicho, se refirió a la continuación de la autoridad en un mismo individuo como la mayor amenaza a los gobiernos democráticos, considerando como lo más peligroso, el “dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder,” pues -decía- “el pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo,” lo que origina “la usurpación y la tiranía.”

Segundo, pasó luego la Sala Constitucional a referirse a las ideas de Hamilton, considerando que las mismas “a pesar de haber transcurrido más doscientos años de haber sido emitidas, tienen una actualidad que llama a la reflexión y que todavía se invocan en las discusiones que se generan con este motivo.” A tal efecto, la Sala destacó que:

“Hamilton señalaba que la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar una administración positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido, pues la exclusión de éste a pesar de su buen gobierno, sólo traería más males que beneficios a la sociedad y perjudicaría el conducir del gobierno. Igualmente, consideraba que el impedir la reelección provocaría que disminuyeran los incentivos para el correcto proceder de los gobernantes al no tener el aliciente en la continuidad de su gestión, facilitando la tentación de actuaciones no adecuadas dada la inexistencia del

incentivo que implica la aprobación de la gestión a través de la reelección, y además, privaría a la sociedad de una persona con experiencia y conocimiento en el manejo del cargo y que facilitaría por esta misma causa el mantenimiento del sistema político, de modo que su ausencia también tendría consecuencias para dicho sistema (Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, artículo 72, pp. 308 y ss.).”

Tercero, pasó luego la Sala a buscar apoyo contemporáneo para justificar el tema de la reelección presidencial, refiriéndose a Sartori, señalando que éste:

“luego de analizar varios escenarios a favor y en contra de la reelección, llega a la conclusión que “(...) el argumento fundamental a favor de la reelección es que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y que desperdiciar a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio. No se puede negar que ambos bandos tienen razones válidas. No es un problema que tenga la misma solución para todos los países”. A esto agregaba “(...) también es cierto que negar la reelección es negar la recompensa, y que esto constituye una grave falla” (Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 191 y 192).”

Cuarto, de lo dicho por Sartori, la Sala Constitucional consideró que se trataba de un “refuerzo de las ideas de Hamilton y de Bolívar,” lo cual por supuesto no es cierto, pues Bolívar no argumentó sobre la reelección presidencial como lo hizo Hamilton, y al contrario, si sobre algo argumentó como no lo hizo Hamilton, fue contra el continuismo presidencial.

Sin embargo, la Sala Constitucional consideró que las reflexiones hechas por Sartori, como investigador

contemporáneo dan fe “de la vigencia de las mismas y de lo aplicables que son todavía a nuestra realidad,” concluyendo entonces que “no se trata entonces, de una discusión interesada o circunscrita a las coyunturas del momento,” sino al contrario, de “una discusión que ha mantenido su vigencia a lo largo del tiempo y que plantea la necesidad de una solución de acuerdo con las necesidades y realidades de cada sociedad, discutidas y planteadas por el poder originario del mismo y que se concretan en el Texto Constitucional, de ahí su trascendencia y la necesidad de verla en el todo del sistema jurídico y en relación con persona alguna.”

Quinto, la Sala Constitucional para reforzar su argumento a favor de “la figura de la reelección,” recurrió al derecho comparado haciendo una síntesis de su implantación “en diferentes países de nuestro entorno latinoamericano,” de la cual concluyó que había una “aplastante mayoría a favor de la reelección ... pues de un total de diecinueve países, quince tienen como norma la reelección, es decir, más del 75% de Latinoamérica se encuentra a favor de dicha figura, mientras otros cuatro (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) prohíben de forma absoluta la reelección.” De ello, la Sala Constitucional derivó que había una “tendencia” en la “perspectiva de evolución del Derecho Constitucional comparado,” que era la de “incorporar la figura de la reelección al sistema democrático,” tal como en su criterio había ocurrido en “Colombia y de Costa Rica, países que por distintos medios y con circunstancias también diferentes establecieron la figura dentro de su sistema constitucional, armonizándose en ambos casos, dicha introducción, con el sistema democrático que en ellas se ha establecido, tomando

en consideración sus propias realidades,” de lo que la Sala concluyó que “la tendencia en nuestro ámbito continental es a favor de la figura de la reelección.”

Sexto, con base en lo anterior, la Sala pasó a transcribir párrafos del fallo C-1040/05 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, que estimó como una “valiosa contribución, aún considerando las diferencias con la Constitución venezolana,” respecto del tema de la reelección, al referirse al alegato presentado a la consideración de dicha Corte “respecto a que la inclusión de la reelección en la Constitución constituía un cambio en la estructura del Estado,” donde señaló lo siguiente:

“Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. No cabe señalar, para establecer la presencia de una sustitución de la Constitución, que el Presidente abusaría de su poder, el cual se vería ampliado por la posibilidad de hacer política electoral y que ello conduciría a un régimen de concentración de poder en el que, por otra parte, el Congreso perdería la independencia para el ejercicio de la función legislativa y de control político, porque en su elección habría podido tener juego el Presidente en

ejercicio, con lo cual se habría modificado el sistema de separación de poderes. Como se ha dicho, tales cuestionamientos no apuntan a mostrar la inviabilidad del diseño institucional, sino que reflejan el temor de quienes los plantean, de que contrariando las previsiones expresas de la Carta en materia de límites y controles al ejercicio del poder, este se desbordase en el sentido que anticipan. Se trata de consideraciones de tipo práctico sobre las consecuencias que estiman previsibles de la reforma, pero no un resultado que pueda ser atribuido necesariamente al nuevo diseño institucional”.

Esta decisión de la Corte Colombiana, la consideró la Sala Constitucional venezolana como una ratificación “respecto a la necesidad que la inclusión de la reelección no sirve de nada si no se hace dentro de un sistema democrático que garantice la justicia y los derechos inherentes a la persona humana, pues en tal contexto, junto con la existencia de elementos institucionales que hagan los controles necesarios, dicha medida resulta cónsona con la democracia y con las libertades que ésta debe defender,” destacando adicionalmente lo expresado por la misma Corte Constitucional colombiana al señalar:

“En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991”.

Como lo destacó la Sala Constitucional en su sentencia, la Corte Colombiana, concluyó señalando que:

“En dirección contraria a la presentada por la demandante, cabría señalar que el Acto Legislativo 2 de 2004 no solamente no conduce, desde el punto de vista del diseño institucional, a una supresión de los elementos democráticos de la Constitución de 1991, sino que, desde una perspectiva diferente, que puede plantearse legítimamente en el contexto de una democracia pluralista, podría sostenerse que los reafirma, en la medida en que permite que el electorado se pronuncie de manera efectiva sobre la gestión de sus gobernantes, posibilidad que estaba excluida en el diseño previo a la reforma. Se trata de visiones contrapuestas, una que hace énfasis en las oportunidades que deben brindarse a los sectores diversos de la sociedad que no se encuentren en el gobierno para constituirse en alternativas efectivas de poder, y otra que privilegia las bondades de la continuidad en el gobierno de un proyecto político que ha sido encontrado exitoso por el electorado en un libre juego democrático. No obstante las diferencias que sobre el diseño institucional, los mecanismos de participación y las condiciones de equilibrio plantean las dos visiones, no puede señalarse que una de ellas conlleve una sustitución del Estado social, democrático y pluralista de derecho”.

De lo anterior, la Sala Constitucional venezolana terminó señalando que “el Tribunal Constitucional de la hermana República” concluyó que:

“la reelección no constituiría un cambio en el sistema constitucional de su país, sino que por el contrario se convertiría en un medio de reafirmación democrática. Responde igualmente dicho órgano jurisdiccional a los temores respecto de las consecuencias prácticas que puede acarrear la reelección y en tal sentido pone en evidencia que los mismos se presentarían tanto en cuanto no se cuente con los mecanismos que permi-

tan controlar las acciones del Ejecutivo, y que por estar éstas, lo mismo que en nuestra Constitución, expresamente establecidos, sólo habría que velar por su cumplimiento, de modo que la figura en sí no sería la responsable de irregularidad alguna, sino que ello sería responsabilidad de la equilibrada ejecución del sistema de contrapesos y de controles que tenga el Texto Constitucional, por lo que su falta o no de ejecución no queda al arbitrio de una persona, sino de los poderes que al efecto tengan dichas responsabilidades.”

Séptimo, la Sala Constitucional pasó luego a analizar la sentencia N° 02771 del 4 de abril de 2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la cual se pronunció “respecto a la nulidad de la reforma constitucional de 1969 por la que se suprimió el artículo de la Constitución que permitía la reelección presidencial luego de dos períodos alternos,” en la cual dicha Sala costarricense afirmó lo siguiente:

“El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece:

'1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...) b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, (...); y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: '2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.' De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados.

La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena". (Énfasis de la Sala).

De esta decisión del Alto Tribunal de Costa Rica, la Sala Constitucional venezolana apreció que el mismo:

"no concibe la reelección sólo como un derecho individual por parte del pasible de serlo, sino que además constituye un derecho de los electores a cuyo arbitrio queda la decisión de confirmar la idoneidad o no del reelegible, y que al serle sustraída dicha posibilidad mediante una reforma realizada por un poder no constituyente, se realizó un acto de sustracción de la soberanía popular, quedando dicha posibilidad de

forma exclusiva, y dentro de los límites que impone a todo poder los derechos humanos, inherentes a la persona humana, al poder constituyente, el cual basado en razones de reestructuración del Estado puede imponer condiciones o modificar el ejercicio de derechos en razón de la evolución de toda sociedad así como de la dinámica social.

No puede entonces, alterarse la voluntad del soberano, por medio de instrumentos parciales y que no tengan su origen en el propio poder constituyente, es a él al cual corresponde la última palabra, teniendo como se ha dicho como único límite, los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad.”

Octavo, partiendo de estos razonamiento, la Sala Constitucional venezolana concluyó compartiendo los criterios expuestos, “despetrificando” el principio de la alternabilidad republicana, al afirmar que en nuestro ordenamiento, la reelección “no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999.” Afirmó luego la Sala que:

“De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las

necesidades sociales. Mas aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio.”

Por tales razones, terminó afirmando la Sala Constitucional que “no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia,” y por el contrario, puede señalarse que el mismo, “puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales.”¹⁹⁸

Fue luego de la anterior aproximación del Juez Constitucional al tema de la reelección presidencial, despetrificando indirectamente el principio de la alternabilidad republicana, que el Presidente de la República, al año siguiente, en 2007, propuso a la Asamblea Nacional una “reforma constitucional” para consolidar el Estado centralizado, militarista, Socialista y Policial, uno de cuyos aspectos era precisamente eliminar todo vestigio del principio de la alternabilidad en la Jefatura del Estado, al proponer que se estableciera la posibilidad de reelección inmediata y sin límites del Presidente de la República. La reforma pretendía modificar el artículo 230 de la Constitución, no sólo aumentando el período constitucional del Presidente de la República de seis a siete años (ya en 1999 se había aumentado de cinco a seis años), sino estableciendo expresamente

198 *Idem.*

que el Presidente de la República “puede ser reelegido o reelegida” eliminando la limitación de la Constitución de 1999 de esa posibilidad sólo “por una sola vez, para un nuevo período.” En esta forma, el principio de la alternabilidad republicana, cuyo objeto central es la consolidación del pluralismo político, base de los regímenes democráticos, materialmente desaparecería con la reforma constitucional propuesta.¹⁹⁹

La reforma constitucional, sin embargo, fue rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007, lo que de acuerdo con el espíritu de las previsiones constitucionales, implicaba que una nueva modificación de la Constitución en el mismo sentido no debía plantearse en el mismo período constitucional, no sólo como “reforma” sino como “enmienda.”²⁰⁰ Ello es lo que se deduce del principio establecido en el artículo 345 de la Constitución. Sin embargo, en los meses siguientes a dicho rechazo popular, el Presidente insistió en la modificación de la Constitución, lo que acogió la Asamblea Nacional, reformulado la rechazada “reforma” constitucional en una “enmienda” constitucional para burlar el sentido de la prohibición antes indicada.

199 En la *Exposición de Motivos de la Propuesta de Reforma Constitucional* del Presidente de la República del Proyecto de Reforma Constitucional, agosto de 2007, se afirmó, pura y simplemente, sin fundamento, ni argumento, ni lógica alguna, que “la propuesta de la reelección presidencial profundiza el principio de alternabilidad republicana”, basándose sólo, en el derecho del Presidente de la República a ser reelecto en el cargo, y en el derecho del pueblo de elegir su candidato, p. 7.

200 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

Para entender el fraude cometido es necesario recordar la distinción mencionada entre dos de los procedimientos para la modificación de la Constitución, la reforma y la enmienda constitucionales que se establecen en el texto constitucional de 1999. Ambos procedimientos de modificación de la Constitución tienen en común, que mediante ellos no se puede alterar o modificar la estructura y principios fundamentales de la Constitución (arts. 340 y 342), lo que sólo puede hacerse mediante el procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente (art. 347).

Por otra parte, también tienen en común el hecho de que ambos procedimientos requieren de aprobación popular mediante referendo para que la modificación constitucional tenga vigencia. En la Constitución no se regula poder constituyente "derivado" alguno. Solo hay un "poder constituyente originario" que es el pueblo, el cual tiene que aprobar por referendo tanto la Enmienda como la Reforma Constitucional, o la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente que es el tercer mecanismo para modificar la Constitución. La Asamblea Nacional y los órganos que tienen la iniciativa de Enmienda y de Reforma Constitucional, sólo coadyuvan en el proceso de modificación constitucional, pero no son "poder constituyente derivado".

En cuanto a la distinción entre la Enmienda Constitucional y la Reforma Constitucional, la misma existe, en *primer* lugar, en cuanto al alcance del procedimiento de modificación: La Enmienda Constitucional tiene por objeto la adición o modificación de artículos de la Constitución (no la supresión de ellos); en cambio, la Reforma Constitucional tiene por objeto la revi-

sión parcial y sustitución de artículos, siempre que no se afecten, como se dijo, los principios y la estructura fundamental del texto (arts. 340, 342).

En *segundo* lugar, la otra distinción entre la Enmienda y la Reforma Constitucional se refiere a la iniciativa y a la intervención de la Asamblea Nacional en el procedimiento de modificación constitucional. La Enmienda Constitucional no necesita ser discutida por la Asamblea Nacional, pero si su iniciativa parte de la propia Asamblea Nacional, la misma debe, primero apoyarla por el voto de al menos el 30% de sus integrantes y luego, aprobarla mediante el procedimiento de formación de las leyes con el voto de la mayoría de sus integrantes (art. 341). En cuanto a la Reforma Constitucional, se debe presentar ante la Asamblea Nacional la cual siempre debe aprobarla en tres discusiones mediante voto de 2/3 de sus integrantes. Cuando la iniciativa de Reforma parta de la propia Asamblea Nacional, debe ser apoyada por mayoría de sus integrantes.

Por último, en *tercer* lugar, en la Constitución también hay una previsión en cuanto a los efectos del rechazo popular de la modificación constitucional, en el sentido de una prohibición constitucional que se establece en el sentido de que no se puede presentar a la Asamblea Nacional otra iniciativa de reforma constitucional cuando la misma ha sido rechazada por el pueblo en el mismo período constitucional. Esta restricción, si bien sólo está establecida expresamente como efecto del rechazo a la "Reforma Constitucional," no estableciéndose nada en cuanto a los efectos del rechazo de la "Enmienda Constitucional," conforme al espíritu y propósito de la Constitución, sin duda, que

se puede deducir que también debe extenderse a cualquier otra forma de modificación de la Constitución, pues de lo contrario, la burla al sentido de la misma sería fácil.

Ahora bien, con base en esta grieta formal de la Constitución, fue precisamente que se planteó por la Asamblea Nacional, después del rechazo popular a la "Reforma constitucional" en 2007, la idea de proceder a proponer en 2008 una "Enmienda Constitucional" para reformar el artículo 230 de la Constitución y eliminar toda prohibición sobre la reelección de cargos, y por ende, vaciar de contenido al principio de la alterabilidad republicana.

En realidad, la propuesta inicial del Proyecto de Enmienda Constitucional en 2008 sólo perseguía modificar el artículo 230 de la Constitución sobre reelección del Presidente de la República, lo cual luego se extendió a los artículos 160, 162, 174 y 192 de la Constitución sobre reelección de otros cargos electivos, en los cuales se establecían límites para la reelección, a los efectos de eliminarlos todos. Los Artículos 162 y 192 establecían que los miembros de Consejos Legislativos de los Estados y los Diputados a la Asamblea Nacional, sólo podrían reelegirse por dos períodos como máximo; y los Artículos 160, 174, y 230 establecían que los Gobernadores y Alcaldes, y el Presidente de la República, solo podían reelegirse de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.

Ante la discusión y rechazo que suscitó la propuesta, que significaba volver a someter en el mismo período constitucional al voto popular, como "enmienda," la misma propuesta de modificación de la Constitución

que ya había sido rechazada como “reforma”, contrariando el espíritu de la prohibición que establece el artículo 345 de la Constitución,²⁰¹ la Asamblea decidió en enero de 2009 extender el contenido de la propuesta de “enmienda constitucional” no sólo respecto del artículo 230 de la Constitución, sino de los artículos 160, 162, 174, 192 del texto fundamental en los cuales también se establecía la restricción para la reelección, para también eliminarla respecto de los Gobernadores de Estado, de los miembros de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Alcaldes municipales, y de los diputados a la Asamblea Nacional. En esta forma, el principio de la alternabilidad republicana que establece el artículo 6 de la Constitución como principio pétreo, quedaba materialmente eliminado en relación con todos los cargos de elección popular.

Precisamente por ello, y en particular por el uso de la vía de la Enmienda para aprobar lo que ya había sido rechazado por la vía de la reforma, se planteó un recurso e interpretación constitucional que fue introducido el 11 de diciembre de 2008 ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en relación con el alcance del artículo 345 del texto fundamental a los efectos de que la Sala determinara si la prohibición contenida en dicha norma en el sentido de que la iniciativa de Reforma Constitucional que no fuese aprobada no podía presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional, se extendía también al procedimiento de Enmienda constitucional. Dos temas precisos se sometieron a la interpretación de la Sala Constitucional en un recurso de interpretación:

201 Artículo 345 “...La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.”

Primero, determinar si la prohibición constitucional establecida para someter a consulta popular una modificación constitucional ya rechazada popularmente en un mismo período constitucional también se aplica, cuando se somete la misma modificación a referendo por vía de Enmienda Constitucional, en el mismo período constitucional.

Segundo, determinar si la Enmienda de 2008-2009 que buscó establecer el principio de la reelección indefinida para cargos electivos, alteraba el principio de la "alternabilidad" del gobierno que el artículo 6 de la Constitución establece como un principio fundamental, que además es de carácter pétreo ("El gobierno es y será siempre... alternativo..."), y que es común en los sistemas presidenciales de gobierno.²⁰²

En respuesta, la Sala Constitucional, muy diligentemente y confundiendo deliberadamente el sentido de la norma, en sentencia N° 53 de 3 de febrero de 2009²⁰³ dictada precisamente con el objeto de allanar el camino constitucional para la realización del referendo aprobatorio,²⁰⁴ sostuvo que la misma no estaba

202 Las restricciones a la reelección presidencial son tradicionales en los sistemas presidenciales de gobierno, como son los de América Latina, y no en los sistemas parlamentarios como los que existen en Europa. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 106 ss.

203 Véase la sentencia N° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

204 Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional vs. la alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida)," en *Revista de Derecho Público*, N° 117, enero-marzo 2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 205-214.

destinada a regular los efectos de la manifestación de rechazo popular de la modificación propuesta, sino que la norma estaba sólo dirigida a *regular a la Asamblea Nacional*, en el sentido de que lo que no podría era exigírsele que debatiera una reforma constitucional una vez que ya la había debatido en el mismo período constitucional y había sido rechazada por el pueblo. La Sala olvidó que la norma constitucional a lo que estaba dirigida era a regular las consultas *a la voluntad popular* en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional.

En efecto, la prohibición constitucional de volver a someter a consulta una reforma rechazada, en realidad está dirigida a regular los efectos de la voluntad popular expresada mediante referendo, en el sentido de que no se puede consultar al pueblo de nuevo la misma modificación constitucional que el pueblo ya ha rechazado en un mismo período constitucional.

Lo importante de la prohibición establecida en el Título de la Constitución relativo a la "Reforma Constitucional" que en Venezuela sólo puede realizarse con la participación del pueblo, es que la misma se refiere precisamente a los efectos de la expresión de la voluntad popular que es manifestación del poder constituyente originario, y no a los efectos del debate que pueda haber habido en la Asamblea Nacional en la materia, que no es poder constituyente, ni siquiera derivado, ya que no puede haber modificación constitucional alguna sin aprobación popular.

La decisión de la Sala Constitucional fue una nueva burla a la Constitución al ignorar la prohibición de

sucesivas consultas populares, basándose en dos artilugios que se utilizaron en este caso de la Enmienda 2008-2009: *primero*, el utilizado por la Asamblea Nacional, en su iniciativa de Enmienda, al extenderla a otros artículos constitucionales además del 230, para tratar de diferenciar la Enmienda de 2008-2009 de la rechazada Reforma Constitucional de 2007; y *segundo*, el utilizado por la Sala Constitucional al considerar que la prohibición constitucional de consultar al pueblo sobre reformas rechazadas era sólo formal respecto de las discusiones en la Asamblea Nacional, ignorando su propósito esencial de respetar la voluntad popular una vez que ésta se ha expresado en forma negativa respecto de una modificación de la Constitución.

Esa voluntad hay que respetarla, que es lo que persigue la Constitución, por lo que una vez que el pueblo se ha manifestado rechazando una modificación al texto constitucional, no se lo puede estar convocando sucesivamente sin límites en el mismo período constitucional para volver a pronunciarse sobre lo mismo.

Pero aparte de burlar la prohibición constitucional de sucesivas consultas populares en un periodo constitucional sobre modificaciones constitucionales, una vez que el pueblo las ha rechazado, la Sala Constitucional, en la misma sentencia, procedió a mutar ilegítimamente la Constitución, eliminando el carácter de principio fundamental del gobierno que además de “democrático” y “electivo” conforme al artículo 6 de la Constitución, debe ser **siempre** “alternativo,” considerando que dicho principio no se alteraba con las reformas propuestas en la Enmienda Constitucional 2008-2009.

Esta, como se dijo, propugnó establecer en la Constitución la posibilidad de la reelección continua y sin límites de los cargos electivos lo cual fue aprobado en el referendo, pero sin duda, alterando un principio fundamental del constitucionalismo venezolano establecido desde 1830 en todas las Constituciones, que es el de la “alternabilidad” en el gobierno, y que en el artículo 6 de la Constitución de 1999 se formula como uno de los principios fundamentales del mismo, con una fórmula que lo convierte en una de las llamadas “cláusulas pétreas” o inmodificables. Como se dijo, la norma dispone desde 1930 que “El gobierno es y será siempre ...alternativo ...”, lo que implica que ello nunca podría ser alterado al menos mediante reformas o enmiendas. Esa fue la voluntad del pueblo al aprobar la Constitución, establecer el principio de alternabilidad republicana como una cláusula pétrea.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, en la mencionada sentencia N° 53 de 3 de febrero de 2009,²⁰⁵ decidió allanar el camino constitucional para la realización del referendo aprobatorio de la Enmienda Constitucional que se realizó el 15 de febrero de 2009, en el cual se aprobó el proyecto de Enmienda Constitucional relativa a los artí-

205 Véase la sentencia N° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>. Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211 (publicado también en <http://www.analitica.com/va/politica/opinion/6273405.asp>), y Allan R. Brewer-Carías “La ilegítima mutación constitucional del principio pétreo de la alternabilidad republicana” en *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, op. cit, pp. 101-119

culos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, estableciéndose entonces en Venezuela, al contrario de la tradición constitucional precedente, el principio de la reelección continua e indefinida de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6), y violando la prohibición constitucional de realizar una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución ya rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345).

Para ello, la Sala Constitucional “interpretó” como equivalentes los términos gobierno “alternativo” y gobierno “electivo,” eliminando así la propia noción de “alternabilidad.”

En efecto, la alternabilidad del gobierno, como principio del constitucionalismo venezolano, que es además, propio de los sistemas presidenciales de gobierno, como se ha dicho, es un principio que se construyó como opuesto al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona, por lo que toda previsión que permita que esto ocurra, es contraria a dicho principio.

Este principio, por tanto, no se puede confundir con el principio “electivo” del gobierno o el más general principio “democrático” que el mismo artículo 6 de la Constitución establece. Una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que impide poder reelegir al mismo gobernante ilimitadamente.

Es contrario a la Constitución, por tanto, interpretar, como lo hizo la Sala Constitucional en su mencionada sentencia N° 53 del 3 de febrero de 2009, que el principio de la alternabilidad “lo que exige es que el

pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes", confundiendo "gobierno alternativo" con "gobierno electivo."

Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el sentido de que "sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones". Con su sentencia, la Sala Constitucional, de nuevo, lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución, y al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, sí trastocó el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder.

Se insiste, lo expuesto por la Sala Constitucional se refirió al principio de gobierno "electivo" que en los términos del mismo artículo 6 de la Constitución, es el que implica que "el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social;" pero no al principio de gobierno "alternativo" que implica que no se pueda elegir indefinidamente una misma persona para el mismo cargo, así haya hecho un "buen gobierno."

El principio de la alternabilidad, para evitar el continuismo en el poder, precisamente implica la limitación que el pueblo, como poder constituyente originario, se ha impuesto a si mismo, en cuanto a que supuestamente pueda tener la "oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las

estructuras del poder cuando su desempeño haya sido pobre." Esta supuesta "oportunidad," por el principio de la alternabilidad en la Constitución, pudo haberse ejercido antes de 1999, sólo después de que, en sus casos, transcurrieran uno o dos períodos constitucionales siguientes al ejercicio de la Presidencia por quien pretendiera de nuevo optar a dicho cargo, y en la Constitución de 1999 sólo ocurrió en 2006, por una sola vez para un período inmediato, mediante la reelección ya efectuada del Presidente Chávez. Pero establecer dicha "oportunidad" como reelección continua, sin límite, es contrario al principio de la alternabilidad.

Por tanto, al contrario de que decidió la Sala Constitucional, la posibilidad de reelección continúa sí alteraba el principio fundamental del gobierno "alternativo", que es uno de los valores democráticos que informan nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio, que se alteraba si se establecía la posibilidad de elección continua de cargos electivos y que es distinto del principio del gobierno "electivo," al tener una formulación pétrea en el artículo 6 de la Constitución ("es y será siempre") no podía ser objeto de modificación constitucional alguna, y en el supuesto negado de que pudiera ser modificado, ello no podía realizarse ni por los procedimientos de Enmienda ni de Reforma Constitucional sino sólo mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Constitucional, con su sentencia N° 53 del 3 de febrero de 2009, una vez más al servicio del autoritarismo, sin embargo, mutó la Constitución a través de una interpretación de la misma, modificando ilegítimamente el sentido del principio del gobierno 'alternativo' que los venezolanos dispusieron **que**

siempre debía regir sus gobiernos, obviando la prohibición constitucional de que se pudiera consultar en un mismo período constitucional la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado.

Esta inconstitucional sentencia, en todo caso, lo que tuvo por objeto fue, como se dijo, despejar el camino para que el régimen autoritario pudiera someter a referendo una Enmienda Constitucional relativa a un principio fundamental, pétreo, de la Constitución, que sólo podía modificarse mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Y así fue como entonces en Venezuela se aprobó la Enmienda Constitucional mediante referéndum de 15 de febrero de 2009, para establecer el principio de la elección continua e ilimitada del Presidente de la República y de todos los cargos de elección popular; referéndum en el cual se aprobó el proyecto de Enmienda Constitucional relativa a los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, estableciéndose en Venezuela, al contrario de la tradición constitucional anterior, el principio de la posibilidad de reelección continua e inmediata de cargos electivos, eliminando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6), y violando la prohibición constitucional de realizar una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución ya rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345).

II. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EFECTUADAS AL MARGEN DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

Las Constituciones, como manifestaciones de la voluntad popular, establecen expresamente los mecanismos y procedimientos para su reforma, los cuales confirman el principio de la rigidez, y ellos deben respetarse por los órganos constituidos del Estado. Por consiguiente, toda manipulación de las normas constitucionales para producir su reforma o modificación sin sujetarse a los procedimientos constitucionales no sólo es inconstitucional sino que puede calificarse como un "fraude a la Constitución."

Sobre ello se refirió hace ya varias décadas, G. Liet-Veaux al estudiar las revoluciones de Italia, Alemania y Francia cuando se establecieron los regímenes fascista y nacional-socialista, precisando que el fraude constitucional consiste en crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución, distinto al previsto en ésta; o en la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente.²⁰⁶

Como lo expresó hace unos años la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en la sentencia N° 74 de 25 de enero de 2006, un *fraude a la Constitución* ocurre cuando se destruyen las teorías

206 Véase G. Liet-Veaux, "La fraude à la Constitution", *Revue du Droit Public*, París 1943, pp. 116-150.

democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes *aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales*”, o cuando se utiliza el “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el *uso fraudulento de los poderes* conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado.”²⁰⁷

De lo anterior resulta que la Constitución como manifestación de la voluntad del pueblo como poder constituyente originario, debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario que le corresponde en exclusiva.

Este postulado de la supremacía de la Constitución en tanto que norma fundamental, que además se encuentra expresado en artículos de muchas constituciones (p.e. el artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999), es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional, que comenzó a desarrollarse desde los propios albores del constitucionalismo moderno, cuando en 1788, Alexander Hamilton en *The Federalist*, afirmó que “ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”, al punto de que

207 Véase en *Revista de Derecho Público* N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss

“negar esto significaría afirmar que ... “los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben”.²⁰⁸

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, el derecho fundamental a la supremacía constitucional. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad 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, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

El constitucionalismo moderno, por tanto, no sólo está montado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que como consecuencia del mismo, también está montado sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía²⁰⁹, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, es decir, a la justicia constitucional.

208 *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493

209 Véase 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

Por ello, el mismo Hamilton, al referirse al papel de los jueces en relación con dicha supremacía constitucional también afirmó:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes.”

Con base en estos postulados se desarrolló, no sólo la doctrina de la supremacía de la Constitución, sino también, aún más importante, la doctrina de “los jueces como guardianes de la Constitución”, tal como lo expresó el mismo Hamilton al referirse a la Constitución como limitación de los poderes del Estado y, en particular, de la autoridad legislativa, afirmando que:

“Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada.”²¹⁰

De estos postulados puede decirse que en el constitucionalismo moderno surgió el sistema de justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución, y como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y

210 *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493

libertades constitucionales, lo que en definitiva, no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respeto de la supremacía constitucional.

Tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos dado el principio de la reserva legal es evidente que sólo la Constitución podría limitarlo, es decir, sería incompatible con la idea misma del derecho fundamental de la supremacía constitucional que se postula, cualquier limitación legal al mismo, 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. Todos los actos estatales, por tanto, incluso aquellos que se dicten con motivo de los procedimientos de revisión o reforma constitucional, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto que sean manifestaciones de voluntad de los poderes constituidos, están sometidos a la Constitución y al control judicial de constitucionalidad. De lo contrario, no tendría sentido ni la supremacía constitucional ni el derecho ciudadano a dicha supremacía constitucional.

Ejemplos hay del ejercicio de este poder de control por el juez constitucional, así como de la ilegítima renuncia del juez constitucional a ejercerlo, bajo el peso del autoritarismo. En el primer caso de ejercicio del

control por el juez constitucional está la decisión del la Corte Constitucional de Colombia de 2010, respecto de la Ley sobre la reforma constitucional sobre el tema de la reelección presidencial, la cual fue declarada inexecutable por violar la Constitución,²¹¹ de lo que resultó que el Presidente de la República no pudo volver a ser reelecto en 2011; y respecto al segundo caso, es decir, la ilegítima renuncia del juez constitucional a ejercer el control de constitucionalidad, se encuentra la lamentable sentencia de la Sala Constitucional N° 53 del 3 de febrero de 2009.

1. *El caso de Venezuela en 2009: el juez constitucional renunciando a controlar la constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional desarrollado en violación de la Constitución*

A pesar de la previsión expresa de los diversos procedimientos para la reforma constitucional, el Presidente de la República de Venezuela, Hugo Chávez Frías, en enero de 2007, al tomar posesión de su segundo mandato presidencial (2007-2013), anunció al país que propondría una serie de reformas a la Constitución de 1999, para cuya elaboración designó un Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,²¹² el cual estuvo presidido por la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrado por altos funcionarios del Estado, como fueron: el Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional y otros cuatro diputados, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, el Defensor

211 Véase la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley N° 1354 de 2009, en Comunicado N° 9, de 26 de febrero de 2010, en www.corteconstitucional.com

212 Véase Decreto N° 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial*, N° 38.607, de 18-01-2007.

del Pueblo, el Ministro del Trabajo, la Procuradora General de la República, y el Fiscal General de la República.

En esta forma, el Presidente de la República comprometió de antemano en su proyecto a los titulares de, materialmente, todos los poderes públicos, indicando en forma expresa en el Decreto que el trabajo de dicho Consejo se debía realizar “de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad” (art. 2).²¹³ Es decir, el Consejo no tenía libertad alguna de pensamiento, y su trabajo debía desarrollarse en estricta confidencialidad, lo que de por sí es contrario a los principios que deben guiar cualquier reforma constitucional en un país democrático.

Las pautas para la reforma constitucional que en diversos discursos y alocuciones fue dando el Presidente de la República, apuntaron, por una parte, a la conformación de un Estado del Poder Popular o del Poder Comunal, o Estado Comunal, estructurado desde los Consejos Comunales que ya habían sido creados en 2006, al margen de la Constitución,²¹⁴ como unidades u organizaciones sociales no electas mediante sufragio universal, directo y secreto y sin autonomía territorial, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema

213 Ello también lo declaró públicamente, además, la Presidenta de la Asamblea Nacional al instalarse el Consejo. Véase en *El Universal*, 20-02-2007.

214 Ley de Consejos Comunales, *Gaceta Oficial*, N° 5806 Extra., 10-04-2006; reformada en *Gaceta Oficial* N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009. Véase Allan Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de los Consejos Comunales”, en *Ley Orgánica de Consejos Comunales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 11-66.

de conducción centralizado desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional; y por la otra, a la estructuración de un Estado socialista, con una doctrina socialista y “bolivariana” como doctrina oficial, sustituyendo al sistema plural de libertad de pensamiento y acción que siempre ha existido en el país y, en particular, sustituyendo la libertad económica y el estado de economía mixta que siempre ha existido, por un sistema de economía estatista y colectivista, de capitalismo de Estado, sometido a una planificación centralizada, minimizando el rol del individuo y eliminando todo vestigio de libertad económica y de propiedad privada.

Es decir, el objetivo definido por el Presidente era transformar radicalmente al Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, lo que no podía realizarse mediante el mecanismo de “reforma constitucional” que regula la Constitución, sino que exigía, conforme a su artículo 347, que se convocara y eligiera una Asamblea Nacional Constituyente, lo que, por supuesto, hubiera podido implicar que la reforma se le escapara de su control férreo.

En todo caso, el 2 de noviembre de 2007, la Asamblea Nacional, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes al Anteproyecto de reforma que el Presidente de la República le había presentado el 15 de agosto de 2007,²¹⁵ sancionó el proyecto de reforma a la Constitución de 1999, el cual fue sometido a referendo que se fijó para el 2 de diciembre de 2007,

215 Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional*, Presidencia de la República, *Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del Presidente Hugo Chávez Agosto 2007*. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Atenea, 1 de julio de 2007.

en el cual, como se ha dicho, el poder constituyente originario se pronunció por rechazarlo por la mayoría de votos.

La rechazada reforma, en todo caso, era una propuesta de modificación constitucional que buscaba transformar aspectos esenciales y fundamentales del Estado, por lo que, sin duda, de haber sido aprobada, hubiera sido una de las más sustanciales de toda la historia constitucional de Venezuela. Con ella, en efecto, se buscaba cambiar radicalmente el modelo de Estado Descentralizado, Democrático, Pluralista y Social de Derecho que, con todos sus problemas, está regulado en la Constitución de 1999, por el de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista,²¹⁶ con una doctrina oficial "bolivariana", que se identificaba como "el Socialismo del Siglo XXI"²¹⁷ y un sistema económico de capitalismo de Estado. Esa reforma se sancionó, como se ha dicho, conforme a la propuesta que durante 2007 formuló el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, burlando el procedimiento que la Constitución requería para un cambio tan fundamental. Se trataba, por tanto, de una reforma fraudulenta o realizada en *fraude a la Constitución*, pues se ha utilizado para ello un procedimiento previsto para otros fines, engañando al pueblo.²¹⁸

216 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*. Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 157 pp.

217 Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, p. 19.

218 Sobre el concepto de fraude a la Constitución véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 74 de 25-01-2006, en *Revista de Derecho Público* N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 76 y ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

La consecuencia de esta propuesta de reforma a la Constitución en relación con los ciudadanos, era que, con la misma, de haber sido aprobada, se hubiera establecido en Venezuela, formalmente, una ideología y doctrina de Estado, de corte socialista y supuestamente "bolivariana", la cual, en consecuencia, a pesar de su imprecisión -y he allí lo más peligroso-, se pretendía que fuera una doctrina "oficial", y por tanto, no hubiera admitido disidencia alguna.²¹⁹ No se olvide que todos los ciudadanos tienen un deber constitucional esencial de cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 131), por lo que, de haberse aprobado la reforma, todos los ciudadanos hubieran tenido el deber de contribuir activamente en la implementación de la doctrina oficial del Estado. En ello no hubiera podido admitirse ni siquiera la neutralidad. Por tanto, todo pensamiento, toda expresión del pensamiento, toda acción o toda omisión que pudiera haber sido considerada como contraria a la doctrina oficial socialista y "bolivariana", o que simplemente la "autoridad" no considerase que contribuía a la construcción y siembra del socialismo, hubiera constituido una violación a un deber constitucional y hubiera podido, por tanto, ser criminalizada; es decir, hubiera podido haber dado lugar a sanciones, incluso, penales. Se trataba de crear un pensamiento único, que constitucionalmente no hubiera admitido disidencia.

En todo caso, lo que planteó el Presidente como "reforma constitucional", lo que propuso su Consejo Presidencial y lo que sancionó la Asamblea Nacional

219 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El sello socialista que se pretendía imponer al Estado", en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 71-75.

en noviembre de 2007, como se ha dicho, evidentemente no constituía “una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”, que es lo que, conforme al artículo 342, puede realizarse mediante el procedimiento de la “reforma constitucional”, el cual se desarrolla mediante la sola discusión y sanción del proyecto por la Asamblea Nacional y posterior sometimiento a referendo aprobatorio.

Lo que se sancionó como proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, en realidad, requería la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y al no hacerlo, lo que el Presidente de la República y la Asamblea Nacional cometieron fue un *fraude a la Constitución*, como lo advirtieron reiteradamente las instituciones más representativas del país.²²⁰, Inclu-

220 En tal sentido se han pronunciado, por ejemplo, las Academias de Medicina, Ciencias Políticas y Sociales, y de Ingeniería y el Hábitat (23-10-2007, *El Universal*); la Conferencia Episcopal Venezolana (19-10-2007, *El Nacional*), el Instituto de Previsión Social del Abogado, los Colegios de Abogados de Distrito Capital, de los Estados Miranda, Aragua, Cojedes, Falcón, Lara, Guárico, Carabobo y la Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (02-11-2007). Incluso, es significativo que el día 5 de noviembre de 2007, el general Raúl Baduel, quien fuera Ministro de la Defensa del Presidente Chávez hasta julio de 2007, se hubiera pronunciado públicamente sobre el tema advirtiendo sobre el proceder de los Poderes Ejecutivo y Legislativo “que innecesariamente y de forma atropellada, mediante procedimientos fraudulentos, quieren imponer una propuesta que requiere una consulta más amplia a través de una Asamblea Nacional Constituyente”; que con ello, ambos Poderes “le están quitando poder al pueblo alterando los valores, los principios y la estructura del Estado sin estar facultados para ello, ya que el Poder Constituyente reside en el pueblo y es el único capaz de llevar a cabo un cambio de esa magnitud”, que “esta propuesta de reforma sólo le está quitando poder al pueblo por dos vías, primero, porque usurpa de manera fraudulenta el Poder Constituyente del pueblo y segundo, porque las autoridades de la nueva geometría

so, sobre el tema, se refirió en términos precisos el magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en su Voto salvado a la sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional de 2 de noviembre de 2007:

“En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de reforma, chocaría con lo que, para quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto en que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no pueda convertirse en un Estado socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución, sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el poder constituyente originario. Al menos, en nuestro criterio, esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002.”

Y es que, en efecto, la reforma constitucional sancionada el 2 de noviembre de 2007 era de tal trascendencia, que así, incluso, lo reconocieron, quizás sin

del poder que se crearía no serían elegidas por el pueblo”; y que “de culminar este proceso con la aprobación del mismo por las vías propuestas y la Asamblea Nacional, se estaría consumando en la práctica un golpe de Estado, violando de manera descarada el texto constitucional y sus mecanismos e introduciendo cambios de manera fraudulenta”, *El Universal*, Caracas, 6-11-07

darse cuenta, los propios diputados de la Asamblea Nacional cuando dispusieron que con la misma se sustituyera completamente la Constitución de 1999, ordenando a tal efecto, en la Disposición Final, que la Constitución -de haber sido aprobada por el pueblo- se imprimiera “íntegramente en un solo texto... Con la reforma aquí sancionada y en el correspondiente texto único corríjanse los artículos aplicando la nueva terminología señalada en esta Reforma Constitucional, en cuanto sea aplicable, suprimiéndose y sustituyéndose de acuerdo al contenido de esta Reforma así como las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación”.

Es decir, de haberse aprobado la reforma por referendo, la Constitución hubiera tenido que conocerse como la “Constitución de 2007”, es decir, una Constitución diferente, como efectivamente resultaba de su contenido. Por lo demás, con esa Disposición final se le pretendía dar carta blanca, no se sabe a quién, para que cambiase otras normas constitucionales sin procedimiento constitucional alguno, como ya ocurrió con la “reimpresión” de la Constitución de 1999, en marzo de 2000.²²¹

En todo caso, fue la voluntad de llevar adelante la reforma contrariando la Constitución y con la sola participación de una Asamblea Nacional, totalmente controlada y dominada por el Presidente y sus seguidores, y evitar los “riesgos” que podían derivar de la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, lo que llevó al Presidente de la República y a sus segui-

221 *Gaceta Oficial* N° 5453 Extra. de 24-03-2000.

dores, a repetir una vez más la táctica política del fraude a la Constitución, que ya era un común denominador del régimen instalado en el país a partir de 1999, es decir, utilizar las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales (en este caso el procedimiento de “reforma constitucional”), para en cambio proceder a una radical transformación del Estado, o sea, como lo ha advertido el Tribunal Supremo al definir el fraude constitucional, a pretender realizar “la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido.”²²²

Esto como se dijo anteriormente, ya había ocurrido en febrero de 1999, mediante la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente que no estaba entonces prevista en la Constitución vigente de 1961²²³; luego ocurrió con la emisión por dicha Asamblea Constituyente, después de que la nueva Constitución de 1999 ya se había aprobado por referendo popular, con el “Decreto del Régimen Transitorio de los Poderes Públicos” que obviamente no fue sometido a aprobación popular²²⁴; y continuó ocurriendo en los últimos años, con la destrucción progresiva y sistemática de la democracia y de las instituciones del Estado de derecho, utilizándose sus

222 Véase la sentencia N° 74 de 25-01-2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss.

223 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

224 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

instituciones desde el ejercicio del poder, secuestrando los derechos y libertades públicas.²²⁵

En 2007, una vez más, para sancionar una reforma a la Constitución se utilizaron fraudulentamente sus propias previsiones pero para fines distintos a los establecidos en ellas, acudiéndose al procedimiento de “reforma constitucional” (art. 342), pero para producir una transformación radical del Estado, y trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil y convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, donde se buscaba que desapareciera la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, se retrocedía en materia de protección de los derechos humanos, y se concentraba todo el poder en la Jefatura del Estado, desapareciendo la libertad económica y el derecho de propiedad.

Ello no era posible hacerlo constitucionalmente con el procedimiento de la “reforma”, sino que requería del procedimiento de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (art. 347). Por ello, en

225 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)” en el libro *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74. Véase también, “Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, Germa Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, Hamburg 2008, pp. 119-142.

sentido similar, como lo reseñó el Tribunal Supremo de Justicia al referirse a un hecho histórico trascendente, ello también ocurrió “con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado.”²²⁶

Todo este fraude constitucional que cometió la Asamblea Nacional al sancionar la reforma propuesta por el Presidente de la República, fraude que también cometió el propio Presidente al proponerla y el Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional al avalarla, y el Consejo Nacional Electoral al convocar el referendo aprobatorio de la misma, comenzó a evidenciarse no sólo del contenido de los discursos y anuncios oficiales, sino de las propuestas formuladas por el mencionado Consejo (integrado, como se dijo, por los titulares de los demás Poderes Públicos) de cambios radicales respecto de una serie de artículos de la Constitución, y cuya divulgación, a pesar del “pacto de confidencialidad” que había ordenado el Presidente, se efectuó mediante documento en junio de 2007.²²⁷

226 Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 74 de 25-01-2006, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

227 El documento circuló en junio de 2007 con el título Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007, 146 pp. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista*.

Si bien las propuestas del Consejo, en algunos casos, no fueron acogidas por el Presidente de la República en el "Anteproyecto para la primera reforma constitucional" presentado el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional²²⁸, con las mismas ya se mostraba cual era el pensamiento y la intención de los más altos funcionarios del gobierno y del Estado que formaron dicho Consejo, razón por la cual, en definitiva, en su casi totalidad fueron luego consideradas y aprobadas por la Asamblea Nacional e incorporadas en el proyecto de reforma constitucional sancionada. Muchas de ellas eran consecuencia de las propuestas de reforma que formuló el Presidente de la República, pero otras no, y en todo caso, el Presidente, en el documento que éste presentó ante la Asamblea, claramente anunció que lo suyo se trataba de un Anteproyecto para una "primera reforma" constitucional, con lo que se abría la puerta para la incorporación de otras reformas.

En todo caso, con el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional en Noviembre de 2007, en Venezuela se buscaba efectuar una radical transformación del Estado y se sentar las bases para la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, para:

Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 157.

- 228 Véase *Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías* Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, 58 pp. En el Anteproyecto presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, se formulan propuestas respecto de los artículos 11, 16, 18, 67, 70, 87, 90, 100, 112, 113, 115, 136, 141, 156, 167, 168, 184, 185, 225, 230, 236, 251, 252, 300, 302, 305, 307, 318, 320, 321, 328 y 329.

Primero, transformar el Estado en un **Estado Socialista**, con una doctrina política oficial de carácter socialista, que se denominaba además como “doctrina bolivariana”, con lo cual se eliminaba toda posibilidad de pensamiento distinto al oficial y, por tanto, toda disidencia, pues la doctrina política oficial se incorporaba en la Constitución, como política y doctrina del Estado y la Sociedad, constituyendo un deber constitucional de todos los ciudadanos cumplir y hacerla cumplir. Con ello, se sentaban las bases para la criminalización de la disidencia.

Segundo, transformar el Estado en un **Estado Centralizado**, de poder concentrado bajo la ilusión del “Poder Popular,” lo que implicaba la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa; todo ello, mediante la supuesta organización de la población para la participación en los Consejos del Poder Popular, como los Comunales, que son instituciones sin autonomía política alguna, cuyos miembros se declaraba que no eran electos, y que son controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso era el partido único se ha creado a partir de 2007.

Tercero, transformar el Estado en un **Estado de economía estatista, socialista y centralizada**, propia de un capitalismo de Estado, con lo que se eliminaba la libertad económica y la iniciativa privada, y se pretendía que desapareciera la propiedad privada, que con la reforma hubieran dejado de ser derechos constitucionales, dándosele al Estado la propiedad de los medios de producción, la planificación centralizada y

la posibilidad de confiscar bienes de las personas materialmente sin límites, configurándolo como un Estado del cual todo dependía, y a cuya burocracia quedaba sujeta la totalidad de la población. Ello chocaba, sin embargo, con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclamaban en la propia Constitución, sentando las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

Cuarto, transformar el Estado en un **Estado Policial** (represivo), con la tarea fundamental de someter a toda la población a la doctrina oficial socialista y “bolivariana”, y velar que la misma se cumpliera en todos los órdenes, lo que se aseguraba mediante la regulación, con acentuado carácter regresivo y represivo del ejercicio de los derechos civiles en situaciones de excepción, previéndose amplios márgenes de restricción y suspensión.

Quinto, transformar el Estado en un **Estado Militarista**, dado el rol que se le daba a la “Fuerza Armada Bolivariana” en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, y con la creación del nuevo componente de la “Milicia Popular Bolivariana”.

En esta forma, siete años después de la sanción de la Constitución de 1999, el mismo Presidente de la República que en aquél momento motorizó la concepción y sanción de aquella, a través de sus seguidores, quienes controlaron totalmente la Asamblea Constituyente; en 2007 había conducido el proceso de cambiar de nuevo la Constitución, esta vez por una Asamblea Nacional también totalmente controlada por sus se-

guidores, pero con el objeto, en este caso, de transformar radicalmente el sistema político constitucional venezolano, estableciendo un Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista y Policial de ideología única oficial, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado descentralizado, civil, social, democrático y pluralista de derecho y de justicia, y de economía mixta que reguló la Constitución de 1999.

Con las reformas sancionadas por la Asamblea, además, materialmente desaparecía la democracia representativa y las autonomías político territoriales, buscando sustituírsela por un esquema estatal centralizado supuestamente montado sobre una democracia “participativa y protagónica” que estaba controlada total y centralizadamente desde arriba, por el Jefe de Estado, en la cual quedaba proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, y que a la vez, restringía los mecanismos de participación política que estaban directamente regulados en la Constitución, como son los referendos y la participación de la sociedad civil en los Comité de Postulaciones de altos funcionarios.

Como se ha dicho, las reformas sancionadas tuvieron su origen directo en el “*Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional, Propuesta del Presidente Hugo Chávez*”, que presentó ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007, y en las “*Propuestas de Reforma Constitucional*” formuladas en junio de 2007 por la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional²²⁹,

229 En este sentido llama la atención lo afirmado el 17-08-2007 por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional

de cuyo contenido se evidencia la magnitud del fraude constitucional que se buscaba cometer, utilizándose, para engañar al pueblo, un procedimiento inadecuado para hacer unas reformas sustanciales que afectaban casi todo el texto constitucional. Por la trascendencia de los cambios efectuados, como se ha dicho, se debió haber recurrido al procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y no al procedimiento de “reforma constitucional”. Al hacerlo, tanto el Presidente como su Consejo Presidencial -integrado, entre otros por la propia Presidenta del Tribunal Supremo y por el propio Defensor del Pueblo- comenzaron el proceso de reforma violando la Constitución²³⁰, en fraude a

y miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional en el sentido de que, según reseñó Juan Francisco Alonso: “los diputados de la Asamblea Nacional no están facultados para realizar ninguna modificación distinta a las 33 que planteó el jefe del Estado, salvo que alguno de los cambios contenidos en el proyecto de reforma altere otras normas. “La reforma fue planteada por el Presidente, por lo tanto es lo que presentó el Presidente lo que debe ser estudiado (...) Si (algún artículo) tuviese conexión con los que se van a reformar, entonces por técnica legislativa deberían adecuarse, porque no puede haber artículos contradictorios”, afirmó, al ser consultada sobre la posibilidad de que el Parlamento cambie alguna de las normas referidas a la estructura y funcionamiento del Poder Judicial”. Véase en *El Universal*, 18-08-07.

- 230 Ello incluso fue advertido de inmediato por el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, quien el día 16-08-2007 indicó “que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación”. Véase en *Unión Radio*, 16 de agosto de 2007, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=212503>. El inicio del procedimiento de reforma ante la Asamblea Nacional, por tanto, podría ser impugnado ante la Jurisdicción Constitucional, por inconstitucionalidad. Sin embargo, el día 17-08-2007, adelantándose a cualquier impugnación y emitiendo opinión impunemente, pre-juzgando cualquier asunto, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional (es decir de la Jurisdicción Constitucional) y miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, “dejó en claro que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por

la misma, tarea que completó la Asamblea Nacional en noviembre de 2007.

Afortunadamente, el pueblo, consultado en referendo el 2 de diciembre de 2007, rechazó la reforma propuesta, la cual por tanto no se pudo materializar.²³¹

los ciudadanos en el referendo. "Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad", precisó". Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-07. Luego de varias solicitudes de recursos de interpretación sobre el artículo 342 de la Constitución, la misma Presidenta de la Sala Constitucional se reservó la elaboración de las ponencias de las sentencias, y con motivo de su recusación que efectuaron los peticionantes por estar comprometida su imparcialidad en la materia al haber formado parte de la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional, en decisión de 01-11-07, el magistrado J.E. Cabrera de la misma Sala, decidió que de la lectura del Decreto de creación del Consejo de Reforma (art. 5), "se desprende que la Secretaria Ejecutiva, cumplía funciones administrativas y no de redacción, corrección, o ponencia sobre el contenido de un anteproyecto de reforma constitucional; por lo que la Dra. Luisa Estella Morales Lamuño no es -necesaria-mente- promovente del "Proyecto de Reforma Constitucional" que ha presentado el Presidente de la República, y los recusantes no señalan cuál aporte de la Secretaria Ejecutiva fue incorporado al Proyecto de Reforma, ni siquiera alguno que haga presumir la intervención de la Dra. Morales"; agregando que "Además, por ser parte del Consejo Presidencial, la Secretaria Ejecutiva no está dando ninguna recomendación sobre el juicio de nulidad de que trata esta causa, ya que nada ha manifestado en ese sentido, ni se le imputa declaración alguna de su parte que adelante opinión sobre la inconstitucionalidad denunciada en esta causa". Véase también, la Reseña periodística de JFA, *El Universal*, Caracas 2-11-07.

- 231 Tomando en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral en día 2 de diciembre en la noche, de un universo de más de 16.109.664 de electores inscritos, sólo acudieron a votar 9.002.439 votantes, lo que significó un 44.11% de abstención; y de los electores que votaron, votaron por rechazar la reforma (voto NO) por el Bloque de artículos marcado A, 4.504.354 de votantes, con 50.70% y por el Bloque de artículos marcado B, 4.522.332 de votantes, con 51.05%. Es decir, sólo votaron por aprobar la reforma (voto Sí), por el bloque A 4 379 392 votantes, con 49.29%; y por el bloque B 4.335.136 votantes con 48.94%. Ello equivale a que sólo el

Pero en realidad, de haber funcionado los mecanismos institucionales para la protección del Estado de derecho, el referendo convocado para el 2 de diciembre de 2007 hubiera podido detenerse por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como supremo guardián de la Constitución. La Sala, sin embargo, renunció a cumplir su obligación y se negó sistemáticamente a controlar la constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional.

En efecto, desde el momento en que la Constitución estableció detalladamente los procedimientos para la revisión de la Constitución, los mismos son obligatorios y debían ser respetados por los órganos constituidos del Estado. De esas previsiones se deriva el derecho ciudadano a que los procedimientos constitucionales se respeten como parte del derecho a la supremacía de la Constitución, de manera que toda violación de esos procedimientos es inconstitucional y atentatoria del derecho ciudadano a esa supremacía, y tiene que ser controlada por el juez constitucional.

Ello, sin embargo, fue desconocido por la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, en particular, al decidir varias acciones de amparo constitucional que se ejercieron contra los actos estatales adoptados en sus diversas fases durante el procedimiento de reforma constitucional de 2007 inconstitucionalmente desarrollado: por el Presidente de la República, quien tuvo la

28% del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral votaron por aprobar la reforma constitucional. En dicho referendo, por tanto, en realidad, no fue que "triunfó" el voto NO por poco margen, como aludió el Presidente de la República, Hugo Chávez, sino que lo que ocurrió fue que su propuesta de reforma fue rechazada por el 72% de los electores inscritos, quienes, o votaron por el NO (50.7%), o simplemente no acudieron a votar para pronunciarse por la reforma.

iniciativa, por la Asamblea Nacional que discutió y sancionó el proyecto de reforma, y por el Consejo Nacional Electoral, que convocó a referendo aprobatorio el proyecto inconstitucionalmente sancionado.

En todas y cada una de las sentencias que resolvieron las acciones intentadas,²³² la Sala Constitucional desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a la tutela judicial efectiva, y fue declarando inadmisibles o que no había lugar a ellas, considerando, por una parte, que no había legitimación alguna de parte de los recurrentes para intentar las acciones, y por la otra, con el absurdo argumento de que los actos estatales dictados en el procedimiento de reforma constitucional (la presentación del proyecto y la sanción de la Asamblea Nacional) no eran actos que producían efectos jurídicos externos, ni podían causar gravamen a los derechos de los ciudadanos, concluyendo que solamente hubieran podido ser impugnados cuando concluyera el procedimiento con el referendo aprobatorio de la reforma, y la reforma hubiera sido aprobada.

La primera decisión en esta materia, se adoptó por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1974 de 23 de octubre de 2007, (Ponencia Luisa Estella Morales) en el *Caso José Ignacio Guédez Yépez*, en una acción de amparo constitucional que había sido intentada antes de que la reforma constitucional fuera sancionada por

232 Véase el estudio de dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la "reforma constitucional" sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007", en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 661-694.

la Asamblea Nacional, ejercida por un ciudadano en su propio nombre y en protección de derechos difusos y colectivos, contra la Asamblea Nacional por la amenaza de violación del derecho constitucional difuso correspondiente “a la alternabilidad democrática del poder” consagrado en el artículo 6 de la Constitución, por la eventual aprobación por la Asamblea Nacional, del proyecto de Reforma constitucional que le había presentado el Presidente de la República.

La Sala declaró **inadmisible** la acción, argumentando que el accionante:

“no sólo no señaló de qué forma se verían afectados los intereses de la sociedad -o de alguna porción definida de la misma-, sino que al contrario de los planteamientos formulados por el accionante en torno a la interpretación y materialización del principio de la alternabilidad, es preciso reiterar que la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006).”²³³

La Sala estimó, entonces, que la acción intentada “no corresponde a derechos o intereses difusos, sino a un interés particular del accionante de limitar el ámbito de la reforma constitucional propuesta”, razón por la cual estimó que el presunto agraviado carecía de legitimación procesal para intentar una acción de amparo en tutela de derechos o intereses difusos o colectivos”.

233 Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 1974 de 23 de octubre de 2007, Caso *José Ignacio Guedez Yépez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1974-231007-07-1055.htm>

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de admitir una acción de amparo contra las amenazas a los derechos del accionante, la Sala, reiterando su jurisprudencia sobre que la necesidad de que la amenaza sea "inminente, factible y practicable por la persona a quien se le imputa el acto, hecho u omisión que se señala como lesiva", señaló que en el caso concreto de la acción de amparo contra la presunta amenaza que se derivaba de la posible sanción, en ese momento, del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, que ésta sólo era un órgano que participaba en el proceso de reforma constitucional "pero en el marco del mismo, sólo corresponde al pueblo mediante referendo", concluyendo entonces señalando que "el presunto agraviado no puede pretender la materialización de una lesión constitucional, de un hecho futuro o incierto como lo es la eventual aprobación por parte de la Asamblea Nacional y consecuentemente del correspondiente referendo aprobatorio del texto de reforma constitucional"; y que "para que la supuesta amenaza se concrete y, en consecuencia, surta algún efecto jurídico, es necesario la verificación de un conjunto de circunstancias hipotéticas para que se materialice lo que a decir del accionante, constituye una amenaza de lesión constitucional."²³⁴

Posteriormente, mediante sentencia N° 2042 (Ponencia de Francisco A. Carrasquero), dictada en el Caso *Néstor Luís Romero* de 2 de noviembre de 2007, es decir, el mismo día en el cual la Asamblea Nacional sancionó el proyecto de reforma constitucional, la Sala Constitucional decidió una acción de amparo también intentada contra la amenaza de lesión de los derechos

constitucionales del accionante derivados de los artículos 342 y siguientes de la Constitución, por parte del Presidente de la República y la Asamblea Nacional al pretender tramitar como reforma constitucional un proyecto que contenía modificaciones a la estructura y principios fundamentales del Estado, violando la Constitución. La acción había sido intentada específicamente contra el Presidente de la República, por haber presentado el proyecto, y contra la Asamblea Nacional, por haberlo admitido para su discusión. En este caso, la Sala Constitucional también declaró inadmisibles las acciones, pero en este caso por falta de legitimación del recurrente, considerando que al intentar la acción, el mismo “no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales.”²³⁵

Para decidir, la Sala recordó el “carácter personalísimo” de la acción de amparo, “de modo que sólo puede ser incoada por el afectado inmediato de la infracción constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo”. En el caso concreto, por tanto, la Sala concluyó que: “el accionan-

235 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso *Néstor Luis Romero Méndez*, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 636 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>)

te no señaló cuál es la situación jurídica subjetiva lesionada o amenazada por las actuaciones que denunció como lesivas” siendo que “la denuncia planteada está referida a la supuesta amenaza de infracción constitucional producida por la inclusión en el contenido del Proyecto de Reforma presentado ante la Asamblea Nacional por iniciativa del Presidente de la República, de normas que, en opinión del accionante, modifican la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional, en contravención a los límites establecidos en el artículo 342 de la Constitución vigente”. Sin embargo, decidió la Sala que el accionante “no expuso de qué forma su situación jurídica personal se vería afectada por las actuaciones denunciadas, ya que sólo se limitó a señalar la presunta inconstitucionalidad del aludido proyecto de reforma.”²³⁶

Para afirmar esto, la Sala desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional, afirmando que del artículo 342 de la Constitución que regula el procedimiento de reforma constitucional, “no consagra derechos, garantías o libertades de carácter individual” ni “establece derechos difusos, ya que la misma no prevé una prestación genérica o indeterminada en cuanto a sus posibles beneficiarios, en los términos establecidos por la doctrina de esta Sala.” Por último, la Sala consideró que la acción de amparo interpuesta no podía tampoco “ser considerada como ejercido en protección de derechos colectivos, ya que se ejerció en nombre propio y no en nombre de un sector poblacional determinado e identificable.”²³⁷

236 *Ibidem*

237 *Ibidem*

Con base en estos argumentos declaró la inadmisibilidad de la acción de amparo interpuesta, contrariando doctrina de la propia Sala, como la sentada en sentencia que suspendió las elecciones generales de mayo de 2000, que benefició “tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto.”²³⁸

A la anterior decisión N° 2042 -Caso *Néstor Luis Romero*- le siguió la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 2191 de 22 de noviembre de 2007 (Ponente Marcos Tulio Dugarte), dictada en el Caso *Yvett Lugo Urbaéz* con motivo de la acción de amparo intentada, en esta oportunidad contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional adoptado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 y la convocatoria a referendo efectuada por el Consejo Nacional Electoral, porque dichos actos constituían una subversión del trámite procedimental para la modificación de la Constitución, pues el procedimiento de reforma constitucional no podía utilizarse para alterar la estructura y principios fundamentales de la Constitución Nacional.

En este caso, la Sala decidió que “**no ha lugar a la acción**”, pues los actos impugnados supuestamente no causaban gravámenes susceptibles de control. Para llegar a esta conclusión, la Sala, citando dos previas decisiones de 7 de noviembre de 2007 (N° 2108, Caso *Jorge Paz Nava y otros*)²³⁹ y de 13 de noviembre de 2007

238 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 483 de 29-05-2000, Caso: “*Queremos Elegir*” y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Caracas, 2000, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 489-491.

239 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso *Jorge Paz Nava*

(N° 2147, caso *Rafael Ángel Briceño*)²⁴⁰, reiteró su criterio de que “la reforma constitucional es un proceso complejo conformado por la concreción de múltiples factores para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio”²⁴¹, el cual “se configura en etapas sucesivas en la que interactúan autoridades públicas (Presidente de la República), órganos del Estado (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral) y el pueblo, que en definitiva ostenta el poder para aprobar y validar mediante el voto la reforma propuesta.”²⁴² Con base en ello, la Sala consideró que “las etapas tempranas o de formación del proyecto de reforma constitucional no causan gravamen alguno porque no exteriorizan sus efectos y, por lo tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional”²⁴³, de manera que “sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.”²⁴⁴

y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 572 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm>).

240 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2147 de 13 de Noviembre de 2007, Caso *Rafael Ángel Briceño*, en en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 578 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2147-131107-07-1476.htm>).

241 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso *Yvett Lugo Urbaéz*, en en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 584 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>). Criterio reiterado también en las sentencias 2108/2007; 2147/2007 y 2189/2007) de la misma Sala.

242 *Ibidem*

243 *Ibidem*

244 *Ibidem*

Es decir, conforme al criterio de la Sala, debía esperarse la aprobación de la reforma mediante referendo para poder juzgar su constitucionalidad, pues supuestamente los actos estatales de las diversas fases del procedimiento no producen efectos jurídicos externos. Para llegar a esta conclusión, la Sala afirmó que:

“el acto de la Asamblea Nacional sancionado el 2 de noviembre de 2007 contentivo de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” no es un acto normativo, por cuanto al no adquirir eficacia no produce efectos jurídicos externos, esto es, no afecta relaciones jurídicas abstractas o concretas, por lo que mal puede lesionar o amenazar derecho constitucional alguno ya que no posee carácter obligatorio y, por tanto, no puede órgano del Estado alguno o particular darle ejecución”.²⁴⁵

Luego, analizando el procedimiento de reforma constitucional como si fuera equivalente al de formación de las leyes, concluyó la Sala señalando que en Venezuela no hay control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de leyes, declarando entonces que no se puede impugnar en forma previa el acto sancionado por la Asamblea Nacional, declarando en consecuencia que **“no ha lugar a la acción.”**²⁴⁶

Se observa, con esta decisión, que la Sala no fue que declaró “inadmisible” la acción, sino que con la misma, en realidad, lo que hizo fue negar el derecho ciudadano de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en la Constitución (art. 26), al “inventar” la Sala un tipo de “decisión” no prevista en la Ley que rige sus funciones, de que **“no ha lugar a la acción”** que equivale a decidir, que el ciudadano

245 *Ibidem*

246 *Ibidem*

en ese caso, no tiene derecho de acceder a la justicia, lo cual es la negación misma del Estado de derecho.

Por otra parte, en cuanto a la acción de amparo ejercida contra el acto del Consejo Nacional Electoral convocando el referendo, la Sala lo declaró **inadmisible** porque dicho acto sólo se podía impugnar mediante acción de inconstitucionalidad por supuestamente tratarse de actos de ejecución directa de la Constitución, con lo cual, de otro plumazo, la Sala Constitucional renunció a proteger la Constitución, se negó a reconocer la existencia del derecho ciudadano a la supremacía constitucional, y negó la posibilidad de la acción de amparo contra actos del Consejo Nacional Electoral en contra del principio de la universalidad del amparo de otrora arraigada raíz en la jurisprudencia, expresada en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 31 de enero de 1991 (Caso *Anselmo Natale*), en la famosa frase de que “no puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo”.²⁴⁷

La comentada sentencia N° 2191²⁴⁸, se dictó en paralelo con la sentencia N° 2193 del mismo día 22 de noviembre de 2007 (Ponente: Carmen Zuleta de Merchán), dictada en el Caso *Luis Hueck Henríquez*²⁴⁹, con

247 Citada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la misma antigua Corte Suprema de 24 de mayo de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 284-285.

248 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso *Yvett Lugo Urbaéz* en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 584 ss. (Vérase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>).

249 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2193 del 22 de Noviembre de 2007, Caso *Luis Hueck*

motivo de la interposición de una acción de amparo constitucional también contra los actos de la Asamblea Nacional y contra el Consejo Nacional Electoral mediante los cuales se aprobó el texto definitivo de la Reforma Constitucional y se convocó al referendo a que alude el artículo 346 de la Constitución, a cuyo efecto el recurrente adujo actuar “en nombre de los intereses colectivos y difusos de los inscritos en el Registro Electoral Permanente.”²⁵⁰

Esta acción también fue declarada **inadmisibile**, para lo cual la Sala estimó que en el caso concreto, no estaban presentes “aspectos que caracterizan a este tipo de derechos o intereses, y a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el Caso: *César Pérez Vivas*) como lo son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada”²⁵¹, constatando que la acción intentada no perseguía “la protección de la calidad de vida de un grupo determinado o indeterminable de ciudadanos, sino que, en la forma en la cual fue planteada dicha pretensión, persigue un pronunciamiento jurisdiccional de esta Sala tendiente a restringir o anular dos actos dictados por órganos que ejercen el Poder Público en los términos previstos en el artículo 343 y 346 de la Constitución.”²⁵² De ello concluyó la Sala, señalando que “la pretensión de la parte accionante escapa del carácter protector de la

Henríquez en *en Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 596 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2193-221107-07-1641.htm>)

250 *Ibidem*

251 *Ibidem*

252 *Ibidem*

calidad de vida que involucra la tutela de los derechos difusos, por cuanto no se persigue la protección de un bien común.”²⁵³

En el caso concreto, además, la Sala señaló que “la lesión constitucional se le atribuye a un proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional y que será sometido a referendo próximamente”, lo que supuestamente “quiere decir que la efectividad del texto definitivo **aún no se ha verificado** y, por lo tanto, no se cumple con el requisito de la inmediatez de la lesión”²⁵⁴, razón por la cual declaró la inadmisibilidad de la acción.

En otra sentencia N° 2198 de 23 de noviembre de 2007 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), Caso *Moisés Troconis Villarreal*²⁵⁵, la misma Sala Constitucional también declaró **inadmisible** otra acción de amparo intentada, esta vez por quien había sido un magistrado del Tribunal Supremo, intentada contra la sanción de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional, alegando violación al “derecho fundamental a la Constitución de la República, a su integridad y a su revisión”, en particular, “del derecho y de la garantía constitucionales consagrados en los artículos 334, primer párrafo y 342, primer párrafo, de la Constitución de la República”. Para tal fin, la Sala consideró que no evidenciaba “que las precitadas normas consagren derechos, garantías o libertades de carácter individual o de naturaleza colectiva o difusa”, sino más bien “estas

253 *Ibidem*

254 *Ibidem*

255 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, N° 2198 de 23 de Noviembre de 2007, Caso *Moisés Troconis Villarreal* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2198-231107-07-1645.htm>

disposiciones consagran competencias a ser ejercidas por el Poder Público"; decidiendo, en definitiva que "no contempla derechos" y que "al no advertirse en dichas normas ningún derecho o garantía, sino competencias y atribuciones a ser ejercidas por los poderes públicos, esta Sala considera que en las aludidas disposiciones no existen derechos a ser tutelados."²⁵⁶

Por ello la Sala concluyó, en el caso concreto, que no había evidenciado del escrito del accionante "cómo las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos o garantías constitucionales", decidiendo también que carecía "de legitimación activa para incoar la acción de amparo".²⁵⁷ Desconoció, así, la Sala Constitucional, de nuevo, el derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

La Sala Constitucional, en efecto, al declarar la inadmisibilidad de estas acciones de amparo constitucional, en definitiva, lo que consideró fue que la norma del artículo 342 supuestamente no contenía derecho constitucional alguno, concluyendo como lo dijo en la antes citada sentencia N° 2042 (Caso *Néstor Luis Romero*) de 2 de noviembre de 2007, que el accionante "no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales", por lo cual declaró inadmisibile la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19,5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, "por la falta de legitimación del accionante".

256 *Ibidem*

257 *Ibidem*

El magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en cambio, en dicha sentencia N° 2042 salvó su Voto por considerar básicamente que, al contrario, la norma del artículo 342:

“entraña un evidente derecho de rango constitucional y alcance general para todos los ciudadanos, en el sentido de que, sólo por su condición de tales, en cuanto suscriptores del pacto social que es, en definitiva, una Constitución, que determina la directa afectación de su esfera jurídica constitucional cuando dicho pacto es alterado, lo cual les proporciona legitimación para la defensa de dicha esfera jurídica y título jurídico suficiente para exigir a los destinatarios directos de la norma (la Asamblea Nacional -mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes-, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral, que son quienes tienen iniciativa para solicitarla), como conducta determinada de la cual es acreedor aquél, el estricto cumplimiento o apego a ella. En el peor de los casos, se trataría, en términos análogos, de un interés -por oposición a derecho propiamente dicho- igualmente legitimador.”²⁵⁸

El Magistrado salvante del voto ratificó entonces su criterio de que no cabe duda de que:

“el artículo 342 entraña un derecho de todos -como miembros de la sociedad suscriptora del pacto social- a que la reforma constitucional proceda -y solo proceda- para “una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que

258 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 de 2 de Noviembre de 2007, Caso *Néstor Luis Romero Méndez* en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 641 (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>).

no modifiquen la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional", de manera que, cuando el demandante alegó la supuesta vulneración de esta norma ante una eventual reforma constitucional que incluya modificaciones en la estructura y principios fundamentales del Estado, está, ciertamente, haciendo referencia a la supuesta lesión a derechos constitucionales difusos, los cuales tienen expresa protección constitucional según dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." ²⁵⁹

En la misma orientación restrictiva de las anteriores sentencias, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2211 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales) de 29 de noviembre de 2007, *Caso Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*²⁶⁰, también declaró la **inadmisibilidad** de la acción de amparo que estas ciudadanas habían interpuesto en nombre propio como abogadas integrantes del sistema de justicia y asumiendo "la representación del Pueblo de Venezuela" contra el Presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en los artículos 26, 27 y 333 de la Constitución, con la finalidad de que se proteja el derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía, que consideraron violado al rebasar dichos órganos los límites sustanciales de su competencia al darle curso a la reforma constitucional.

En este caso, la inadmisibilidad de la acción fue declarada por la Sala, por inepta acumulación de dos acciones que la Sala estimó como no acumulables, que

259 *Ibidem*

260 Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2211 de 29-11-2007, *Caso Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2211-291107-07-1617.htm>

eran la referida en el artículo 26, que es la acción de tutela de intereses colectivos o difusos, y la referida en el artículo 27, que es la acción de amparo. Sin embargo, ello no impidió que la Sala en forma expresa, desconociera el carácter de derecho constitucional del "*derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía*", el cual estimó que en '*sensu stricto*' **no es un derecho** (no está incluido como tal en el Título III de la Constitución), sino un principio contemplado expresamente en el Título I, artículo 5 de la Carta Fundamental," decisión con la cual el juez constitucional redujo la categoría de derechos constitucionales a los incluidos en el Título III de la Constitución, y desconociendo tal condición a los otros derechos fundamentales derivados de la organización del Estado, como el derecho a la democracia, el derecho al control del poder, el derecho a la supremacía constitucional y el derecho al reconocimiento de la soberanía popular.

En todo caso, la actitud de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en 2007 al renunciar a ejercer su rol de guardián de la Constitución, no es de extrañar. El día 17 de agosto de 2007, sólo dos días después de que el Presidente de la República había presentado su Anteproyecto de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional para inconstitucionalmente y en fraude a la Constitución iniciar el procedimiento de "reforma constitucional", la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (es decir, de la Jurisdicción Constitucional) y del propio Tribunal Supremo, quien a la vez era miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, adelantándose a cualquier posible y previsible impugnación por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial y del trámite parla-

mentario, y emitiendo opinión impunemente, prejuzgando cualquier asunto, dijo lo siguiente conforme se reseñó en la prensa:

“dejó en claro que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo. “Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad”.²⁶¹

Y eso fue, precisamente, lo que decidió la Sala Constitucional en su sentencia N° 2189 de Noviembre de 2007 (Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros), (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), en la cual participó la Magistrado Presidenta, pues no se inhibió como hubiera correspondido en un Estado de derecho al haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido comprometiendo su imparcialidad²⁶², declarando como “**improponible**” una acción de inconstitucionalidad contra el acto de la Asamblea Nacional que había sancionado la reforma constitucional.²⁶³

261 Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-2007.

262 Conforme al artículo 8 del Código de Ética del Juez, “La imparcialidad constituye supuesto indispensable para la correcta administración de justicia, y por ello el magistrado...juez... que se hallare incurso en alguna causal de inhibición o recusación o viere comprometida su imparcialidad por alguna circunstancia previa o sobreviniente al proceso del cual deba conocer, debe separarse inmediatamente del mismo sin esperar a que se le recuse.”

263 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de Noviembre de 2007, Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros.

Al contrario, la inconstitucionalidad en el procedimiento de revisión constitucional debía ser controlada por la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala Constitucional, en sus fases, desde la iniciativa, la sanción por la Asamblea y la convocatoria de referendo, para lo cual tenía y tiene competencia al tratarse de acciones de nulidad de dichos actos estatales contrarios a la Constitución.

Lamentablemente ello no lo entendió así la Sala Constitucional, y sucesivamente, en diversas sentencias dictadas con motivo de variadas acciones de inconstitucionalidad intentadas contra los diversos actos estatales de las diversas fases del procedimiento de reforma constitucional, las fue sucesiva y sistemáticamente declarando como **“improponibles”**, es decir, **negó incluso el derecho ciudadano acceder a la justicia y a obtener tutela judicial.**

En efecto, en sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasqueño), dictada en el Caso *Jorge Paz y otros* con motivo de decidir una acción popular de inconstitucionalidad contra los actos ejecutados por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007; los actos del Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia; los actos de la Asamblea Nacional y de la Comisión Mixta, todos relacionados con el proyecto de reforma de la Constitución que por iniciativa del Presidente de la República tramitaba la Asamblea Nacional, la Sala la declaró la acción como **“improponible”**, “inventando” así una

PUV) y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 581 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>).

nueva categoría de decisiones de la Jurisdicción Constitucional, distinta a la inadmisibilidad, o a declarar sin lugar la acción, consistente en **la negación del derecho ciudadano de accionar**, es decir, de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva que consagra el artículo 26 de la Constitución. Eso, y no otra cosa, es esto de declarar como “**improponible**” una acción.

Con todas las sentencias dictadas en el mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, deliberadamente y tal como lo había anunciado públicamente, con anterioridad, su Presidenta, renunció a ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes constituidos relativos a la reforma constitucional, lo que sin duda contrasta con lo que sucede en otros países latinoamericanos y con lo que incluso se regula expresamente en muchas Constituciones.

Fue el caso, por ejemplo, de lo que sucedió en Colombia, no sólo en 2009, sino antes, desde 2003. Conforme a la Constitución colombiana, la Corte Constitucional tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y en particular de los procedimientos para la revisión constitucional, (arts. 241, 379). Sobre ello, la Corte Constitucional en sentencia N° C-551 del 9 de julio de 2003, por ejemplo, con ocasión del proceso de reforma de la que propuso el Presidente de la República y fue aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley N° 796 de 2003, decidió que:

“La Constitución ha establecido “un control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de

inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución". Y este control reforzado es razonable por cuanto, como lo señaló el citado auto, la "reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord. 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior". Concluyó entonces el citado auto que la "Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo".

Por otra parte, debe recordarse que en la Constitución de Costa Rica, el artículo 10, b) atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, competencia para conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional; y que en la Constitución de Chile, el artículo 82, 2 atribuye al Tribunal Constitucional competencia para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional.

No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la propia Constitución, por lo que los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen por ejemplo sobre asuntos o materias que la Constitución prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional, que en el caso de Venezuela, es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; órgano que sin embargo, como se ha analizado anteriormente, renunció a ejercer la justicia constitucional, con el argumento de que había que esperar que el procedimiento constitucional culminase en to-

das sus etapas, incluso con la “aprobación” mediante referendo, para que una vez publicada la nueva Constitución en Gaceta Oficial, una reforma constitucional inconstitucionalmente realizada pudiera impugnarse. Para ese momento, sin duda, entonces, como hecho cumplido, hasta hubiera podido surgir una eventual tesis de la prevalencia de la voluntad popular expresada como poder constituyente originario en el referendo frente a la supremacía constitucional. Sobre ello tenemos experiencia en Venezuela.²⁶⁴

En todo caso, en cuanto al procedimiento de “reforma constitucional” desarrollado inconstitucionalmente en Venezuela entre agosto y diciembre de 2007, sin embargo, como se dijo, fue el pueblo el que se encargó de ponerle fin, mediante el masivo rechazo popular a la reforma, la cual no fue aprobada en el referendo del 2 de diciembre de 2007. Ello, sin embargo, no impidió que esta vez en fraude a la voluntad popular, las reformas se hubiesen implementado, mediante decretos leyes y leyes respecto de las cuales el Juez Constitucional se abstuvo de ejercer control de constitucionalidad alguno.

2. El caso de Colombia en 2012: el juez constitucional controlando las reformas constitucionales realizadas en violación de las prescripciones del propio texto constitucional

La Constitución colombiana de 1991 establece tres procedimientos para su reforma: por el Congreso (art. 114), por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (art. 375).

264 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

A tal efecto, en cuanto al primer procedimiento, conforme lo dispone el artículo 375, los proyectos de acto legislativo de reforma constitucional pueden ser presentados ante el Congreso, el Gobierno, por diez miembros del propio Congreso, por el veinte por ciento de los concejales o de los diputados, y por los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente (art. 155). El trámite del proyecto debe tener lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

El segundo procedimiento, de la Asamblea Constituyente se debe iniciar mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, en la cual el Congreso disponga que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine (art. 376). En estos casos, se entiende que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea debe ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no puede coincidir con otro. A partir de la elección de la Asamblea Constituyente, conforme al mismo artículo 376 de la Constitución, la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución queda en suspenso durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea es la que debe adoptar su propio reglamento.

El tercer procedimiento se refiere a la votación por el pueblo mediante referendo, lo que debe ocurrir, conforme al artículo 377 de la Constitución en el caso de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso referidas a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se debe entender derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Por otra parte, conforme al artículo 378 de la Constitución, por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones antes mencionadas (art. 155), el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, puede someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. Dicho referendo debe ser presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

En todo caso, la aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Ahora bien, por disposición expresa de la Constitución, los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación

de la Asamblea Constituyente, sólo pueden ser declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional “cuando violen los requisitos establecidos” en el Título III (De la Reforma de la Constitución) de la propia Constitución (art. 379), pudiéndose intentar la acción pública contra estos actos sólo dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2, en el sentido de que si se trata del control de la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, ello sólo procede “por vicios de procedimiento en su formación.”

La competencia de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad en estos casos, en su carácter de guardian de la integridad y supremacía de la Constitución, está prevista en el artículo 341, para decidir: (i) sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; (ii) sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, con anterioridad al pronunciamiento popular, sólo por vicios de procedimiento en su formación; y (iii), sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.²⁶⁵

265 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad”, en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Bogotá, 2005, pp. 108-159

Estas previsiones constitucionales son consecuencia directa del principio de la supremacía y rigidez constitucional, que implican el establecimiento de precisas disposiciones y normas procedimentales para reformar la Constitución, de manera que cualquier inconstitucionalidad en el procedimiento de reforma constitucional que se realice puede ser controlado por la Corte Constitucional.

El antecedente más importante del ejercicio de la competencia de control en Colombia fue el caso de la sentencia N° 555 de 2003²⁶⁶ que tuvo por objeto ejercer el control de constitucionalidad de la Ley N° 796 de 2003 mediante la cual se proponía un conjunto extenso de reformas constitucionales a ser sometidas a referendo, a cuyo efecto la Corte precisó el ámbito de su potestad de control sobre las leyes de convocatoria a referendo constitucional, caracterizando dicho control como un control de carácter:

“previo al pronunciamiento popular; concentrado, por estar exclusivamente a cargo de la Corte Constitucional; judicial, por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo; automático, ya que opera por mandato imperativo de la Carta Política; integral, pues corresponde a la Corte verificar todos los eventuales vicios en el procedimiento de esa ley; específico, por cuanto la Corte sólo puede examinar los vicios de procedimiento de la ley ya que no le corresponde estudiar su contenido material; participativo, pues se faculta a los ciudadanos a coadyuvar o impugnar la constitucionalidad; definitivo, porque el texto sometido a control no podrá volver a ser objeto de pronunciamiento por

266 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

parte del Tribunal Constitucional; y delimitado por la propia Constitución en los artículos 379 y 241 ord 2°.”²⁶⁷

Con base en esa distinción, la Corte consideró que era razonable concluir que el mandato del artículo 379 de la Constitución restringía “la posibilidad de la declaratoria de inexecutable de un acto reformativo de la Constitución, únicamente a aquellas irregularidades que sean de una entidad suficiente como para constituir un vicio de procedimiento en su formación, entendiendo por éste la violación de los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas.”

Ahora bien, como lo indicó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia N° C-141 de 2010²⁶⁸ al decidir sobre el control de constitucionalidad respecto de la Ley de reforma constitucional que preveía la posibilidad de una segunda reelección presidencial, acotando lo antes decidido en la Sentencia N° C-551 de 2003 dos son las fases de control jurídico en torno a las reformas constitucionales cuando se adoptan por medio de referendo: En primer lugar, el control sobre la ley de convocatoria del referendo, que es de carácter automático, integral y limitado a los vicios de procedimiento y de competencia que se encuentren en la tramitación de la citada ley; y en segundo lugar, como también lo resolvió la misma Corte en sentencias C-973 y C-1121 de 2004, el control sobre el acto reformativo de la Carta Política, una vez entra en vigor, es decir, una vez haya sido promulgado por el

267 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

268 Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Presidente de la República, en cuyo caso, el control “se ejerce sobre el referendo constitucional, acto jurídico complejo integrado por los diversos actos emitidos entre la sentencia que declara exequible la ley de convocatoria y la promulgación del decreto que adopta el pronunciamiento popular que contiene la reforma al Texto Superior.” Conforme lo resolvió la Corte, “el mecanismo por medio del cual tiene lugar esta segunda fase de control son las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos ante la Corte Constitucional, así mismo en estos eventos el control se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos en el procedimiento de formación establecidos por la Constitución para esta modalidad de reformas constitucionales.”

Y entre esos requisitos en el procedimiento seguido para una reforma de la Constitución estaba, sin duda, el tema de la competencia para mediante determinado procedimiento, poder reformar o no ciertos aspectos de la Constitución. Se trató, en definitiva de lo que la Corte Constitucional calificó como los “límites competenciales” en cuanto a los procedimientos de reforma utilizados, concluyendo en la *sentencia* N° C-141 de 2010, que en el caso del ejercicio del control de constitucionalidad sobre una ley de convocatoria a un referendo con origen en una iniciativa ciudadana para permitir una segunda reelección presidencial, como se trataba de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, el control no sólo se refería a los solos requerimientos procedimentales, sino también a los límites respecto a la competencia para poder afectar mediante los procedimientos los que llamó como “principios estructu-

rales plasmados originalmente en el texto constitucional," considerando que los mismos, en definitiva, sólo podían ser modificados mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y no podían ser afectados por la vía de una ley de reforma sometida a referendo. La Corte, por ello concluyó que "la vía del referendo constitucional no idónea para transformar" dichos principios.

Con estos razonamientos la Corte Constitucional pasó a analizar la constitucionalidad de la reforma constitucional presentada sorteando el tema del control sobre los aspectos materiales de la reforma, distinguiendo entre lo que es un "juicio de sustitución" de la Constitución y lo que sería un "juicio de intangibilidad" o de violación de un contenido material de la Constitución," para lo cual consideró que:

"la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles." ²⁶⁹

269 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

Fue en definitiva, con estas herramientas, que la Corte Constitucional en definitiva, pasó a juzgar la incidencia en relación con los principios estructurales plasmados en la Constitución, que podía tener la posibilidad de reelección que se establecía en la Ley de reforma constitucional y que estaba dirigida a permitir una nueva reelección del Presidente en funciones que ya había sido reelecto, lo que abría la posibilidad de un tercer mandato consecutivo. La Corte consideró que a causa de la autorización de la reelección por una sola vez, Colombia aparecía ubicada “en el límite máximo de permanencia de una misma persona en el cargo de Presidente,” considerando que la experiencia de países con sistemas presidenciales demostraban “que ocho años de mandato presidencial constituyen un límite más allá del cual existen serios riesgos de perversión del régimen y de la estructura definida por el Constituyente.” La Corte consideró que:

“la eventual prolongación del mandato presidencial hasta doce años supondría la ruptura del equilibrio entre la figura del Primer Mandatario investido de relevantes poderes por el sistema de gobierno presidencial, cuyas atribuciones de nominación resultan reforzadas y cuyo período coincide con los de los funcionarios de los distintos organismos de control y judiciales que designó o fueron elegidos de temas por él propuestas, frente al papel que cumplirían estos organismos de control encargados de asegurar el sistema de frenos y contrapesos respecto del poder presidencial.”²⁷⁰

La Corte consideró entonces el principio democrático considerándolo como un “elemento esencial de la Constitución de 1991” ligado a la realización “de elec-

270 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

ciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, de donde la idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas;" vinculando a la misma, el principio de "la alternación" en una doble dimensión: por una parte, "como eje del esquema democrático en la que toda autoridad es rotatoria y no hay previstos cargos de elección popular vitalicios;" y por la otra, "como límite al poder político." Y fue en relación con esto último que la Corte consideró, que si bien la reelección inmediata que se había introducido por la reforma constitucional contenida en el Acto legislativo N° 02 de 2004 "no configuraba una sustitución a la Constitución, porque, en todo caso, se contemplaba un límite absoluto al término del ejercicio del poder por parte del Presidente de la República y se mantenían las elecciones periódicas para la provisión de este cargo," sin embargo,

"un tercer período en el ejercicio del poder, que fuera el resultado de una segunda reelección presidencial, desvirtuaría el principio de alternación, ya que mantendría en el poder a una persona e impondría la reproducción de una misma tendencia política e ideológica durante un lapso mayor al que es juzgado razonable de acuerdo con las reglas de funcionamiento de un régimen presidencial típico y al que el propio constituyente colombiano estableció, tanto en la versión original de la Carta de 1991, como en la reforma válidamente introducida mediante el Acto Legislativo N° 02 de 2004."²⁷¹

De lo anterior concluyó la Corte Constitucional en su sentencia, que la Ley N° 1354 de 2009 "Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y

271 Véase en http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf

se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”, con la segunda reelección y el tercer período consiguiente, “implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva,” razón por la cual la Corte la consideró inexecutable, es decir, inconstitucional en su totalidad.

III. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EFECTUADAS POR EL LEGISLADOR ORDINARIO

1. *El caso de Venezuela entre 2008 y 2010: la abstención del Juez Constitucional de controlar la constitucionalidad de la implementación, mediante leyes y decretos leyes, de la rechazada reforma constitucional de 2007,*

En efecto, los síntomas de la patología de la justicia constitucional en Venezuela no sólo se manifestaron en la abstención por parte del Juez Constitucional de controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” de 2007, sino en que la misma reforma tramitada inconstitucionalmente y rechazada por el pueblo mediante referendo, fue implementada mediante leyes y decretos leyes evidentemente inconstitucionales que la Sala Constitucional se abstuvo de controlar. En este caso, también fue la abstención del Juez Constitucional lo que per-

mitió la implementación de la rechazada reforma en violación de la Constitución.²⁷²

En efecto, Tan pronto fue rechazada por el pueblo la Reforma Constitucional de 2007, el Presidente de la República y los directivos de la Asamblea Nacional anunciaron que a pesar de ello implementarían las reformas rechazadas, mediante leyes y decretos leyes, lo que efectivamente ha ocurrido en muchas áreas.

En particular muchas de las rechazadas reformas constitucionales fueron ilegítima y fraudulentamente implementadas mediante decretos leyes dictados por el Presidente de la República en ejecución de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las materias que se Delegan,²⁷³ la cual había sido sancionada coetáneamente con el anuncio presidencial de iniciar el proceso de reforma constitucional de 2007. Como este resultó rechazado por el pueblo, dicha ley de delegación legislativa fue el instrumento utilizado para implementar fraudulentamente muchas de las reformas rechazadas, particularmente en el área económico y social para estructurar un Estado Socialista centralizado.

272 Véanse los trabajos de Lolymar Hernández Camargo, "Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: Imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa," en *Revista de Derecho Público*, N° 115 (Estudios sobre los Decretos Leyes), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 51 ss.; Jorge Kiriakidis, "Breves reflexiones en torno a los 26 Decretos-Ley de Julio-Agosto de 2008, y la consulta popular referendaria de diciembre de 2007", *Idem*, pp. 57 ss.; y José Vicente Haro García, *Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla)*", *Idem*, pp. 63 ss

273 *Gaceta Oficial* 38.617, de fecha 1° de febrero de 2007

Ello, incluso se había comenzado a realizar en ejecución de dicha ley de delegación legislativa con el Decreto Ley N° 5841 de 12 de junio de 2007²⁷⁴ mediante el cual se dictó la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, la cual constituyó el primer acto estatal formal con el que se comenzó la construcción de un Estado Socialista.²⁷⁵ Posteriormente, luego de rechazada la reforma constitucional en el referendo realizado el 2 de diciembre de 2007, en ejecución de dicho Decreto Ley, la Asamblea Nacional aprobó el 13 de diciembre de 2007, al adoptar el *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013* en ejecución de lo establecido en el artículo 32 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Planificación, en el cual se establecieron las bases de un “sistema de planificación, producción y distribución orientado hacia el socialismo, donde lo relevante es el desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción”. A tal efecto, las propuestas de la rechazada Reforma Constitucional de 2007, que buscaban atribuir al Estado la facultad de controlar y asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola, en particular la producción de alimentos, se materializaron en el Decreto Ley de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria²⁷⁶ en la cual se atribuye al Estado no sólo autorizar la importación de alimentos, sino priorizar su producción, y además asumir directamente las actividades de distribución e intercambio de los mismos.

274 *Gaceta Oficial* N° 5.841 Extraordinaria del 22 de junio de 2007.

275 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria”, *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 79-89.

276 *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinaria con fecha 31 de julio de 2008.

En la misma orientación, el Decreto Ley N° 6.130 de 03 junio de 2008, de Ley para el fomento y desarrollo de la economía popular, regula el “modelo socioproductivo comunitario”, con diversas formas de organizaciones socioproductivas siguiendo el modelo socialista.²⁷⁷ En igual orientación abiertamente socialista se dictó el Decreto Ley sobre la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que derogó la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario,²⁷⁸ con el objeto de regular toda la cadena de comercialización y todos los ámbitos económicos en materia de bienes y servicios, ampliando excesivamente las facultades del Estado al punto de poder efectuar confiscaciones de bienes y servicios.

En cuanto a las reformas en la democracia representativa para eliminarla del nivel local, tal y como se buscaba generalizar en la reforma constitucional rechazada de 2007, como se dijo, las mismas ya se habían comenzado a efectuar con la sanción en 2006 de la Ley de los Consejos Comunales,²⁷⁹ como unidades u organizaciones sociales no electas mediante sufragio universal, directo y secreto y sin autonomía territorial, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema de conducción centralizado desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional.

277 *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008.

278 *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004.

279 Ley de Consejos Comunales, *Gaceta Oficial*, N° 5806 Extraordinario, 10-04-2006. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 49 a 67.

En cuanto a la eliminación del principio descentralizador como pilar fundamental del constitucionalismo venezolano, que con la reforma constitucional rechazada de 2007 se buscaba dismantelar completamente, minimizándose la forma Federal del Estado, mediante la centralización de competencias que eran de los Estados, la creación de órganos administrativos creados y dirigidos por el Ejecutivo Nacional, la atribución al Presidente de la República para intervenir en los asuntos regionales y locales; y el vaciamiento adicional de las competencias estatales y municipales mediante su transferencia a los consejos comunales. Para implementar estas reformas, no sólo se ha puesto en ejecución el último de los aspectos señalados, obligando a Estados y Municipios de transferir sus competencias a entes locales controlados por el Poder Central (Consejos Comunales), sino que mediante el Decreto Ley N° 6.217 de 15 de julio de 2008, sobre la Ley Orgánica de la Administración Pública,²⁸⁰ que ahora se aplica directamente a las Administraciones Públicas Nacional, Estatal y Municipal, al poner en ejecución el principio de planificación centralizada, las somete todas a lo que defina el Ejecutivo Nacional a través de la Comisión Central de Planificación. Esta Ley, además, atribuye al Presidente de la República, como se propuso en la rechazada reforma constitucional de 2007, la facultad de designar Autoridades Regionales que tendrían la función de planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobado conforme a la planificación centralizada.

280 G.O. Extra N° 5.890 de 31-07-2008. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, N° 115, EJV, Caracas 2008, pp. 155 ss.

En cuanto al sistema de distribución territorial de competencias entre el nivel nacional y el nivel estatal, la propuesta de reforma constitucional de 2007 perseguía eliminar la competencia “exclusiva” atribuida a los Estados en el artículo 164,10 de la Constitución en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional.” En este caso, la fraudulenta implementación de la rechazada reforma correspondió hacerlo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al decidir un recurso de interpretación introducido por el Procurador General de la República en representación del Ejecutivo Nacional, mediante la sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008²⁸¹, en la cual, pura y simplemente “modificó” el contenido de esta norma constitucional y dispuso, mutándola, como interpretación vinculante de la misma, que esa “competencia exclusiva” *no es tal competencia exclusiva*, sino una competencia “concurrente” y que, incluso, el Poder Nacional podía revertir a su favor la materia “descentralizada” eliminando toda competencia de los Estados.

En todo caso, por el trastocamiento al orden jurídico que la sentencia provocó, la Sala Constitucional instó a la Asamblea Nacional a dictar la legislación acorde con la “reforma” constitucional que efectuaba, y por tanto inconstitucional, lo cual efectivamente originó en marzo de 2009, la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de

281 Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional N° 565, Caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/de-cisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>.

Competencias del Poder Público,²⁸² a los efectos de eliminar las competencias exclusivas de los Estados establecidas en los ordinales 3 y 5 del artículo 11 de dicha Ley, agregando dos nuevas normas que autorizan al Ejecutivo Nacional, para revertir la transferencia de las competencias a los Estados (art. 8); y decretar la intervención de bienes y servicios públicos transferidos a los Estados en la materia (art. 9). Con ello se completó el fraude constitucional dispuesto por la Sala Constitucional, trastocándose el régimen federal.²⁸³

En la misma orientación centralista, mediante la rechazada Reforma Constitucional de 2007 se buscaba eliminar como entidad político territorial dentro de la forma federal del Estado, al Distrito Capital²⁸⁴ donde tienen su sede los Poderes nacionales, y recrear la desaparecida figura del “Distrito Federal” como entidad totalmente dependiente del Poder Nacional, en particular del Presidente de la república, sin gobierno propio. Esto último, rechazada la reforma constitucional se ha hecho en fraude a la Constitución, mediante la sanción por la Asamblea Nacional en abril de 2009 de la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen

282 *Gaceta Oficial* N° 39 140 del 17 de marzo de 2009. Véase Alfredo Arismendi y Carlos Luna, *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público*, Serie Textos Legislativos n° 3, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2011.

283 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262.

284 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas” en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000, pp. 5-17.

del Distrito Capital²⁸⁵, mediante la cual, lejos de haber establecido una organización democrática de una entidad política de la República, lo ha regulado como una dependencia del Poder Nacional, con ámbito territorial según se indica en el artículo 4 igual al que “correspondían al extinto Distrito Federal a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que comprende el territorio del actual Municipio Bolivariano Libertador.”

Conforme a esta Ley, el Distrito Capital, contrariando la Constitución, no tiene autoridades propias de gobierno, sino que es gobernada por el Poder Nacional mediante, un “régimen especial de gobierno” que consiste en que el ejercicio de la función legislativa en el Distrito está a cargo de la Asamblea Nacional, y el órgano ejecutivo es un Jefe de Gobierno (art. 3), que de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Especial es “de libre nombramiento y remoción” por parte del Presidente de la República, con lo que en el mismo territorio del Municipio Libertador se le ha superpuesto una estructura nacional, mediante una Ley nacional, totalmente inconstitucional.

Otra de las reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo, se refirieron al ámbito militar las cuales buscaban transformar la Fuerza Armada Nacional en una “Fuerza Armada Nacional Bolivariana,” agregando al Ejército Nacional Bolivariano, a la Armada Nacional Bolivariana, a la Aviación Nacional

285 *Gaceta Oficial* N° 39.156 de 13 de abril de 2009. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen del Distrito capital y su incidencia en el régimen municipal del Distrito Metropolitano de Caracas” en *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área metropolitana de Caracas*, Colección Cuadernos Legislativos N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 9-37.

Bolivariana y a la Guardia Nacional Bolivariana, un nuevo componente que se denomina “Milicia Nacional Bolivariana.” Todo ello, a pesar del rechazo popular a la reforma, se ha hecho mediante el Decreto Ley sobre la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional,²⁸⁶ mediante el cual efectivamente, la Fuerza Armada Nacional como se la denomina en la Constitución ahora se llama “Fuerza Armada Nacional Bolivariana” sujeta a la “doctrina militar bolivariana,” creándose la Milicia Nacional Bolivariana como órgano de apoyo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, todo conforme se había propuesto en la rechazada reforma constitucional de 2007.

Todas estas leyes fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad, no habiendo sido los mismos siquiera decididos por el Juez Constitucional. Lamentablemente para el Estado de derecho, el Presidente de la República estaba absolutamente seguro de que la sumisa Sala Constitucional que controlaba, jamás ejercería el control de constitucionalidad sobre esos textos inconstitucionales.

Por último, lo mismo ocurrió con el conjunto de leyes dictadas por la Asamblea Nacional después de que se realizaron las elecciones legislativas de septiembre de 2010. En las mismas el gobierno perdió la

286 Decreto Ley N° 6.239, sobre la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en *Gaceta Oficial* N° 5.891 Extra. de 31-07-2008. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 329 ss.; y Jesús María Alvarado Andrade “La nueva Fuerza Armada Bolivariana (comentarios a raíz del Decreto N° 6.239, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana)” en *Revista de Derecho Público*, N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 207-214

mayoría del voto popular y la mayoría calificada que tenía en la Asamblea, pero sin embargo, antes de que tomaran posesión los nuevos diputados y se instalara la nueva Asamblea electa, la ya deslegitimada Asamblea Nacional procedió a sancionar un conjunto de Leyes Orgánicas con el deliberado propósito de regular, al margen de la Constitución, el marco normativo de un nuevo Estado, distinto y paralelo al Estado Constitucional, que no es otra cosa que el Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial que se quiso regular en la rechazada reforma constitucional, denominado “Estado Comunal” o “Estado del Poder Popular.” Dichas Leyes Orgánicas en efecto, fueron las del Poder Popular, de las Comunas, del Sistema Económico Comunal, de Planificación Pública y Comunal y de Contraloría Social.²⁸⁷

Además, en el mismo marco de estructuración del Estado Comunal montado sobre el Poder Popular, igualmente en diciembre de 2010 se reformó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal eliminándose las Juntas parroquiales, y se reformó las Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, y de los Consejos Locales de Planificación Pública.²⁸⁸

287 Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. Respecto de todas dichas leyes, la Sala Constitucional declaró en cada caso la constitucionalidad del carácter orgánico de las mismas. Véase por ejemplo, sentencia N° 1330 de 17-12-2010 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>; sentencia N° 1329 de 16-12-2010 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html>; y sentencia N° 1329 de 16-12-2010 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html>

288 Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 30-12-2010

Dichas leyes, todas, implementaron aspectos de la rechazada reforma constitucional y todas fueron impugnadas ante la Jurisdicción Constitucional por violar la Constitución y el derecho de participación de los ciudadanos en el proceso de su formación.²⁸⁹ Pero frente a ello, la respuesta del Juez Constitucional hasta ahora ha sido el silencio, es decir, la abstención de decidir los recursos de nulidad por inconstitucionalidad intentados, permitiendo así el propio juez constitucional, la implementación de la reforma constitucional de 2007, contra la voluntad popular que la había rechazado.

289 Véase el texto del recurso de nulidad por inconstitucionalidad de todas esas leyes en José Ignacio Hernández G., Jesús María Alvarado Andrade, Luis A. Herrera Orellana, "Los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular," en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 507-593. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, "La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución," en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236

TERCERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA USURPACIÓN DEL PODER CON OCASIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Otro síntoma que nos muestra la patología de la justicia constitucional, que se le presenta como reto al Juez Constitucional, es que el mismo, como poder constituido que es, por más máximo intérprete que sea de la Constitución, ante todo está sometido a la misma, de manera que tiene siempre que cumplir su función de garante de la aquella, sometido a sus previsiones, las cuales no puede cambiar o mutar ilegítimamente.

Como lo expresó hace años la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en la sentencia N° 74 de 25 de enero de 2006, cuando el Juez Constitucional otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es, en realidad, una modificación no formal de la Constitución misma,” lo que ocurre es un falseamiento de la Constitución.”²⁹⁰

290 Véase en *Revista de Derecho Público* N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss.

En tal sentido, Manuel García Pelayo, destacó como de la esencia del Estado constitucional en el mundo contemporáneo, el hecho de "que la Constitución en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento, y que, por tanto, la Ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan, o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira."²⁹¹

Por supuesto, la referencia era motivada por la idea clave de que la justicia constitucional, como instrumento para finalizar con el absolutismo del parlamento, estaba llamada a asegurar la sumisión del Parlamento y de la Ley a la Constitución; pero al referirse la Constitución como vinculante para "todos los poderes públicos," en esa expresión tenía que estar por supuesto incluido el Tribunal Constitucional, pues si en términos del mismo García Pelayo, se trataba de "un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución,"²⁹² a pesar de ser el guardián último de la propia Constitución, el mismo tenía y tiene que estar también sometido a ella.

Es decir, si el Tribunal Constitucional, "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,"²⁹³ para ello tiene que adaptarse a lo

291 Véase Manuel García Pelayo, "El 'Status' del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, Nº 1, Madrid 1981, p. 18.

292 *Idem*, p. 15.

293 *Idem*, p. 15.

que la Constitución establece, y someterse a su normativa, estándole vedado mutarla.

Por su parte, en cuanto al mismo Tribunal Constitucional español, como antes dijimos, Eduardo García de Enterría lo calificó como el "comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar por que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos."²⁹⁴ Si las Constituciones son 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 jurídico,²⁹⁵ la solución institucional para preservar su vigencia y la libertad, está precisamente en establecer estos comisarios del poder constituyente, como guardianes de la Constitución, que al tener por misión asegurar que todos los órganos del Estado la acaten, también tienen que adaptarse a lo que el texto fundamental establece, sometiéndose a su normativa, estándole vedado mutarla.

Pero lamentablemente ésta no ha sido siempre la situación con los tribunales constitucionales, y en la historia constitucional, particularmente en los regímenes autoritarios, no ha sido infrecuente que tribunales constitucionales, dado el poder que tienen asignados, lejos de garantizar el Estado de derecho, hayan sido los instrumentos utilizados por regímenes autoritarios para demoler sus bases. Lamentablemente, eso es precisamente lo que ha ocurrido en Venezuela a la vista del mundo democrático en la última década (1999-2012).

294 Véase E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 198.

295 *Idem*, pp. 33, 39, 66, 71, 177 y 187.

En efecto, en la Constitución Venezolana de 1999 el principio de la supremacía constitucional se encuentra formalmente expresado en su artículo 7 (*"La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución"*), lo que implica que la Constitución debería prevalecer sobre la voluntad de todos los órganos constituidos del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia, por lo que su reforma sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, *el derecho fundamental a la supremacía constitucional*.²⁹⁶ Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad 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, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

La supremacía de la Constitución está asegurada mediante la previsión en el mismo texto constitucional,

296 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)" en Manuel José Cepeda (editor), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pp. 21-81.

por una parte, de su máximo carácter rígido al disponerse la necesaria e indispensable intervención popular para efectuar cualquier cambio a la Constitución,²⁹⁷ de manera que sólo el poder constituyente originario del pueblo puede aprobar dichas modificaciones, no existiendo en el texto constitucional poder constituyente originario alguno, distinto al propio pueblo; y por la otra, de todo un sistema de justicia constitucional para garantizar dicha supremacía.

Ella se consagra, además, 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). Y en segundo lugar, además, mediante la asignación al Tribunal Supremo de Justicia de la tarea de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, como “el máximo y último intérprete de la Constitución,” y de velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). También, la Constitución asigna en concreto a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la Jurisdicción Constitucional (Arts. 266,1 y 336) mediante la cual ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal.

Conforme a estas previsiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, como cualquier tribunal constitucional, sin duda, es el instrumento más poderoso diseñado para garanti-

297 Véase Allan R. Brewer-Carías “La intervención del pueblo en la revisión constitucional en América latina”. en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 41-52.

zar la supremacía de la Constitución y el Estado de Derecho, la cual, por supuesto, como guardián de la Constitución, también está sometida a la Constitución. Como tal guardián, y como sucede en cualquier Estado de derecho, el sometimiento del tribunal constitucional a la Constitución es una preposición absolutamente sobreentendida y no sujeta a discusión, ya que sería inconcebible que el juez constitucional, como el guardián de la Constitución, pueda violarla, cuando es el llamado a aplicarla y garantizarla.

Pero por supuesto, para garantizar la Constitución y su supremacía, el Tribunal Constitucional debe gozar de absoluta independencia y autonomía, pues un Tribunal Constitucional sujeto a la voluntad del poder, en lugar del guardián de la Constitución, se convierte en el instrumento más atroz del autoritarismo. El mejor sistema de justicia constitucional, por tanto, en manos de un juez sometido al poder, es letra muerta para los individuos y es un instrumento para el fraude a la Constitución.²⁹⁸

Lamentablemente, sin embargo, esto último es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela en los últimos años, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Juez Constitucional, 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 auto-atribuyéndose competencias²⁹⁹ no sólo en materia de interpretación

298 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2012, pp. 11-41.

299 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación

constitucional;³⁰⁰ 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;³⁰¹ 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;³⁰² con la restricción del poder de los jueces de ejercer el 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.³⁰³

y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad" en *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Funeda, Caracas, 2010, pp. 319-362.

- 300 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 285-294.
- 301 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La metamorfosis jurisprudencial y legal del recurso extraordinario de revisión constitucional de sentencias en Venezuela" en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Vol. III. VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, 2012, pp. 269-304 y en *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, op. cit., pp. 309-344.
- 302 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Lima, 2008, pp. 271-283.
- 303 Véase 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*,

En ejercicio de estas competencias y poderes, como máximo intérprete de la Constitución, al margen de la misma y mediante interpretaciones inconstitucionales, la Sala Constitucional al ejercer su facultad de interpretación del contenido y alcance de las normas constitucionales (art. 334) en muchos casos incluso sin que estas sean ambiguas, imprecisas, mal redactadas y con errores de lenguaje, ha venido ilegítimamente modificando (“reformando”) el texto constitucional, legitimando y soportando la estructuración progresiva de un Estado autoritario. Es decir, ha falseado el contenido de la Constitución, mediante una “mutación,”³⁰⁴ ilegítima y fraudulenta de la misma.³⁰⁵

Y ello lo ha hecho el Juez Constitucional en Venezuela, lamentablemente, actuando como instrumento que ha sido del régimen autoritario,³⁰⁶ como se ha analizado anteriormente, desde el momento mismo en el

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.

- 304 Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos” en Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, “Límites a la mutación constitucional”, en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.
- 305 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.
- 306 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007; y Allan R. Brewer-Carías, *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

cual la Constitución fue sancionada y aprobada por el pueblo en diciembre de 1999, habiendo sucesivamente introducido múltiples modificaciones a la Constitución directamente, mediante sentencias interpretativas, o legitimando decisiones inconstitucionales de otros órganos del Estado, usurpando así el poder constituyente originario.

Estas modificaciones ilegítimas a la Constitución, por supuesto, al haber sido realizadas por el máximo guardián de la misma, que no tiene quien lo custodie, han quedado consolidadas en la vida político constitucional del país, al haber asumido la Sala Constitucional un poder constituyente derivado que no tiene y que no está regulado en el texto constitucional. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí también ha adquirido todo su significado, pues no tiene respuesta.³⁰⁷

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL, LA USURPACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE Y LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

1. *El caso de Venezuela: el juez constitucional asumiendo competencias en materia de justicia constitucional no establecidas en la Constitución*

Uno de los principios fundamentales de la justicia constitucional es que las competencias del juez constitucional son en principio de derecho estricto, en el sen-

307 Véase 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.

tido de que deben estar establecidas en la Constitución y en las leyes.

Este principio, sin embargo, tiene diverso alcance según los sistemas de justicia constitucional. En el sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad, en efecto, el poder-deber de todos los tribunales y jueces de desechar la aplicación de leyes que estimen contrarias a la Constitución, aplicando ésta preferentemente al decidir casos concretos, no necesita estar expresamente establecido en la Constitución. Estos poderes derivan del principio mismo de supremacía de la Constitución tal como lo delineó el Juez John Marshall, en la conocida decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 137 (1803). Por ello, en los Estados Unidos, debido a este vínculo esencial entre la supremacía de la Constitución y la *judicial review*, el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes fue una creación de la Suprema Corte, como también lo fue unas décadas después en Argentina,³⁰⁸ donde el control de constitucionalidad también fue producto de la creación jurisprudencial de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia.

Sin embargo, en el sistema concentrado de justicia constitucional, el principio es la necesidad de contar con una disposición expresa en la Constitución estableciendo la Jurisdicción Constitucional. Es decir, en contraste con lo que ocurre en los sistemas de control difuso, en los sistemas de control concentrado, la facultad exclusiva de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Cortes Supremas de controlar la

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

constitucionalidad de las leyes, tiene que estar siempre establecida en forma expresa en la Constitución, no pudiendo ser establecida por deducción a través de decisiones judiciales.³⁰⁹ Este es el principio, particularmente en cuanto a las acciones que se pueden ejercer ante el Tribunal constitucional y los poderes de este, el cual sin embargo se ha visto afectado en casos en los cuales el juez constitucional ha creado sus propias facultades de revisión judicial no establecidas en la Constitución.

Esto es lo que ha sucedido en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por ejemplo, ha creado nuevos medios de control de constitucionalidad no previstos en la Constitución, como el llamado "recurso abstracto para la interpretación constitucional,"³¹⁰ que puede ser intentado por cualquier persona interesada en resolver las dudas que resulten de disposiciones constitucionales ambiguas u oscuras; y la "acción innominada de control de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."

309 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 185 ss.; y Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed, Lima 2009, p. 41.

310 Véase Sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Le Recours d'Interprétation Abstrait de la Constitution au Vénézuéla," en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 61-70; y "La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad," en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362.

La primera de las mutaciones ilegítimas de la Constitución efectuada por el Juez Constitucional, ha sido la creación por la Sala Constitucional de un recurso autónomo de interpretación de la Constitución no establecido ni en la Constitución ni en Ley alguna, que a la vez ha servido de vehículo para las otras mutaciones ilegítimas de la Constitución por la misma Sala Constitucional.

Es decir, muchas de las mutaciones constitucionales ilegítimamente efectuadas tienen su origen en interpretaciones inconstitucionales que ha hecho el Juez Constitucional, no al interpretar la Constitución con motivo de resolver una acción de inconstitucionalidad u otro medio de control de la constitucionalidad de los actos estatales, sino al decidir "acciones o recursos autónomos de interpretación abstracta de la Constitución," muchos de ellos interpuestos por el propio Estado (Procurador General de la República), que la propia Sala Constitucional creó, a la vez, mutando ilegítimamente la Constitución.

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, atribuyó 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.”³¹¹

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional creó jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos autónomos de interpretación abstracta de la Constitución, mediante lo que fue una inconstitucional interpretación que le dio al artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo y no sólo a la Sala Constitucional, el carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución.”

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, consideró que los ciudadano no requerían “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucio-

311 En la reforma, de la Ley Orgánica de del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 (*Gaceta Oficial* N° 39.522 del 1 de octubre de 2010), el artículo 31.5 atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para: “Conocer las demandas de interpretación acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso que disponga la ley para dirimir la situación de que se trate.”

nal, para interponerlo"³¹², 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."³¹³

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 ley,³¹⁴ 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

312 Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase 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.

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

314 *Idem*

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.”³¹⁵

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,

315 *Ibidem*

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.”³¹⁶

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

316 Caso: *Servicio 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 inadmisibile 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.”

hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”.

Por último, debe indicarse que en sentencia N° 1347, de 9 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 mutación constitucional mediante la ampliación de competencias constitucionales propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, a través de una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales,³¹⁷ el cual, por lo demás no encuentra ningún antecedente en el derecho comparado sobre los sistemas de justicia constitucional.

Posteriormente, en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 se positivizó el recurso de interpretación constitucional, al disponerse en el artículo 25.17 la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para

317 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla”, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70

“Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.”

Pero además del recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha “inventado” otra acción de inconstitucionalidad al margen de la Constitución y de la Ley que la regula, para someter a control de constitucionalidad a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que aparte de ser contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, que es de obligatorio cumplimiento mientras el Estado no la denuncie, es contrario al propio texto de la Constitución venezolana que en su artículo 31 prevé como obligación del propio Estado el adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),³¹⁸ procedió a conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en particular de la dictada el 1° de septiembre de 2011 (caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), ejercida por el Procurador General de la República, condenada en la sentencia. Dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había decidido, conforme a la Conven-

318 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

ción Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, era contraria a la Convención, pues dichas restricciones a derechos políticos sólo pueden establecerse mediante imposición de una condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso.

Frente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condena al Estado Venezolano por violación del derecho político del Sr. Leopoldo López, el Procurador General de la República, como abogado del propio Estado condenado, recurrió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole la revisión judicial por control de constitucionalidad de la misma, de lo cual resultó la sentencia mencionada N° 1547 de 17 de octubre de 2011 de la Sala Constitucional mediante la cual decidió conocer de la mencionada “acción innominada de control de la constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana, y declarar que la sentencia dictada por la misma en protección del Sr. López era “inejecutable” en Venezuela, ratificando así la violación de su derecho constitucional a ser electo, y que le impedía ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.

El Procurador General de la República, al intentar la acción, justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (Arts. 266.1, 334, 335 y 336 de la Consti-

tución, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y artículo. 4 de la reforma de 2010), considerando básicamente que la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país,” considerando en general que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida que “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental.”

Después de analizar la sentencia de la Corte Interamericana, el Procurador General de la República en su solicitud consideró que la misma transgredía el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la República solicitó de la Sala Constitucional que admitiera lo que llamó la “acción innominada de con-

trol de constitucionalidad”, a los efectos de que la Sala declarase “inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011.” En definitiva, la Sala concluyó que se trataba de una acción mediante la cual se pretendía:

“ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

La Sala Constitucional, en definitiva, consideró que le correspondía en “su condición de último interprete de la Constitución,” realizar “el debido control de esas normas de rango constitucional” y ponderar “si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación.” Todo esto ha originado una bizarra situación de violación de derechos políticos por parte de los órganos del Estado venezolano, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y de formal desconocimiento de las sentencias dictadas por le Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, a requerimiento del abogado del propio Estado condenado, al declararlas como “inejecutables” en el país.

Quedó en esta forma “formalizada” en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Venezuela, ac-

tuando como Jurisdicción Constitucional, y sin tener competencia constitucional alguna para ello, la existencia de una "acción innominada de control de constitucionalidad" destinada a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, el Estado venezolano, con esta sentencia, estableció un control de las sentencias que la Corte Interamericana pueda dictar contra el mismo Estado condenándolo por violación de derechos humanos, cuya ejecución en relación con el Estado condenado, queda a su sola voluntad, determinada por su Tribunal Supremo de Justicia a su propia solicitud (del Estado condenado) a través del Procurador General de la República. Se trata, en definitiva, de un absurdo sistema de justicia en el cual el condenado en una decisión judicial es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Eso es la antítesis de la justicia.

2. *Otro caso de Venezuela: la mutación ilegítima de la Constitución por el Juez Constitucional*

Un principio esencial en materia de Justicia Constitucional, y es que el juez constitucional no puede asumir el rol de poder constituyente y reformar la Constitución, y si se le reconocen poderes para mutar disposiciones constitucionales, es sólo en aplicación de principios constitucionales prevalentes, como ocurre en materia de derechos humanos por ejemplo con el principio de progresividad. En estos casos, el juez constitucional está llamado en muchos casos a adaptar las disposiciones constitucionales a los tiempos presentes, mediante su interpretación, realizando lo que Laurence Claus y Richard S. Kay, denominan una "legislación constitucional positiva" particularmente cuando el fallo que dictan, crea obligaciones públicas

“afirmativas” a cargo de los entes públicos en materia de protección de derechos fundamentales.³¹⁹ En esta materia, el papel de los jueces constitucionales ha sido el resultado de un proceso de “redescubrimiento” de derechos fundamentales no expresamente establecidos en las Constituciones, con lo que se ha ampliado, así, el alcance de sus disposiciones, manteniéndose “viva” la Constitución.³²⁰

El papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la elaboración de principios y valores constitucionales, proporciona tal vez en esta materia “el ejemplo más destacado de legislación positiva en el transcurso de la jurisprudencia constitucional estadounidense.”³²¹ Así sucedió, en efecto, en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), cuando la Corte Suprema interpretó la cláusula de “igualdad de protección” de la Cuarta Enmienda con el fin de ampliar la naturaleza del principio de igualdad y no discriminación; o cuando decidió acerca de la garantía constitucional del “debido proceso” (Enmiendas V y XIV), o sobre la cláusula abierta de la Enmienda IX, con el propósito de desarrollar el sentido de la “libertad.” Ello transformó a la Corte

319 Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States,” U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 6.

320 Véase Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en *Revista de Estudios Políticos*, N° 13, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, p. 78; “The Mighty Problem” of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” en *Southern California Law Review*, 1980, p. 409.

321 Véase en Laurence Claus y Richard S. Kay, “Constitutional Courts as positive legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 819.

Suprema en "el legislador [constitucional] actual más poderoso de la nación."³²² Lo mismo ha ocurrido por ejemplo, en Francia, donde no conteniendo la Constitución una declaración de derechos fundamentales, el papel del Consejo Constitucional durante las últimas décadas fue precisamente la transformar la Constitución, ampliando el *bloc de constitutionnalité*, otorgándole rango constitucional, mediante el Preámbulo de la Constitución de 1958, al Preámbulo de la Constitución de 1946, y finalmente, a la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789.³²³

Este papel de los jueces constitucionales adaptando las Constituciones con el fin de garantizar los derechos fundamentales, descubriéndolos dentro de sus textos, o deduciéndolos de los previstos en los mismos, puede considerarse en la actualidad como una tendencia principal en el derecho comparado, la cual puede ser identificada en muchos países con diferentes sistemas de control de constitucionalidad, como es el caso de Suiza, Alemania, Portugal, Austria, Polonia, Croacia, Grecia y la India, donde los jueces constitucionales han efectuado cambios importantes a la Constitución, extendiendo el alcance de los derechos fundamentales.³²⁴

322 *Idem*, p. 20.

323 Véase Louis Favoreu, "Le principe de Constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", *Recueil d'étude en Hommage a Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. Véase también, en el derecho comparado, Francisco Zúñiga Urbina, *Control de Constitucionalidad y sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46-68.

324 Véase Tobias Jaag, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators:' Switzerland," *Swiss National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p 11; I. Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 12; Marek Safjan, , "The Constitutional Courts as a Positive Legislator," *Polish National Report*, XVIII International Congress of

Pero fuera de la adaptación constitucional con base en el principio de la progresividad en materia de derechos humanos, las modificaciones a la Constitución, conforme al texto expreso de la misma, no pueden realizarse por la Jurisdicción Constitucional por más poder que tenga de interpretar la Constitución, sino sólo mediante los procedimientos precisos que se establecen en las propias Constituciones.

Cualquier modificación de la Constitución efectuada fuera de dichos procedimientos, es inconstitucional e ilegítima, razón por la cual la Jurisdicción Constitucional, al ejercer su facultad de interpretación del contenido y alcance de las normas constitucionales no puede, en forma alguna, "modificar" la Constitución, sobre todo si no se trata de normas que sean ambiguas, imprecisas, mal redactadas y con errores de lenguaje. Si lo hace, lo que estaría realizando sería un falseamiento de la Constitución, es decir, una "mutación" ilegítima y fraudulenta de la misma, que falsea su contenido.³²⁵

Comparative Law, Washington, July 2010, p. 9; Sanja Barić and Petar Bačić, "Constitutional Courts as positive legislators. National Report: Croatia," *Croatian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 23 ss; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, "Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report," XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 14; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, "The Constitutional Courts as a Positive Legislator," *Portuguese National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, pp. 9-10; Surya Deva, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators: The Indian Experience,'" *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 4. El texto de estas Ponencias se publicó en Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011.

325 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

La mutación constitucional ocurre en efecto cuando como resultado de una interpretación de la Constitución realizada por el Juez Constitucional, el resultado es que "se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente."³²⁶ Hay por supuesto mutaciones constitucionales legítimas, lo que ocurre cuando mediante la interpretación de normas constitucionales por el Juez Constitucional con base en la aplicación de los principios fundamentales establecidos en el propio texto fundamental, como por ejemplo el principio de la progresividad, o el principio pro homine, en materia de derechos humanos,³²⁷ se interpreta el alcance de las normas reguladoras de tales derechos en sentido garantista o protectorio más allá de las previsiones formales del articulado constitucional.

En tal sentido puede decirse que el rol del Juez Constitucional "adaptando" la Constitución a los efectos de garantizar la protección de los derechos fundamentales, incluso de aquellos no enumerados expresamente en la Constitución, y además, a veces sin que siquiera exista una cláusula abierta que proteja los derechos "inherentes a la persona humana," pue-

326 Véase Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos" en Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, "Límites a la mutación constitucional", en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

327 Véase Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; 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

de decirse que se ha aceptado con gran frecuencia en el mundo contemporáneo,³²⁸ particularmente cuando el Juez Constitucional como consecuencia de su labor interpretativa formula y crea “deberes afirmativos” a cargo de las entidades públicas para asegurar la protección de los derechos.³²⁹

Pero en otros casos, la mutación constitucional, desligada de la protección de los derechos humanos, puede resultar en un ilegítimo falseamiento de la Constitución al servicio de un proyecto político autoritario. Por ello, si bien es cierto que los jueces constitucionales pueden considerarse como un vehículo fenomenal, con base en la aplicación de los principios constitucionales democráticos, para procurar la adaptación de la Constitución, reafirmando el Estado de derecho; también es cierto que pueden convertirse en el instrumento más diabólico de dictadura constitucional, cuando en un marco de ausencia de efectiva separación de poderes, adaptan la Constitución democrática a un modelo autoritario, convalidan o se abstienen de controlar violaciones constitucionales realizadas por regímenes autoritarios; no estando sujetos en si mismo a control alguno.³³⁰

328 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 79 ss.

329 Para poner un solo ejemplo, véase en relación con la evolución de la protección al derecho a la no discriminación en los Estados Unidos, en Laurence Claus y Richard S. Kay, “Constitutional Courts as positive legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 816 ss.

330 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad,” en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Congreso Internacional junio 14 al 17 de 2005), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 108–159

En tiempos recientes, en alguno de nuestros países de América Latina se aprecia esta tendencia del Juez Constitucional de mutar ilegítimamente la Constitución, abandonando su rol de poder constituido y garante de la misma, procediendo, desligándose de la misma, a “adaptarla” a un proyecto autoritario o a la política gubernamental del momento. Ha sido el caso, por ejemplo, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, implementando a fuerza de interpretación constitucional, la rechazada reforma constitucional de 2007, y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua, declarando “inconstitucional” una norma de la Constitución para permitir la reelección presidencial.

En Venezuela, en efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una vez que la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la república en 2007 fue rechazada por el pueblo en referendo, ha procedido en forma ilegítima a implementarla, no sólo como antes se ha dicho, por su activa omisión en ejercer su función de guardián de la Constitución ante leyes y decretos leyes inconstitucionales que la han implementado, sino también por su positiva acción realizando interpretaciones constitucionales abstractas, en general a petición del propio Poder Ejecutivo, que han conducido a ilegítimas mutaciones constitucionales en fraude a la voluntad popular y a la propia Constitución.³³¹

331 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en IUSTEL, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650

Entre las múltiples mutaciones ilegítimas que ha efectuado la Sala Constitucional,³³² se destacan tres que quiero referir destinadas específicamente a la implementación de la reforma constitucional rechazada de 2007, relativas al régimen de protección internacional de los derechos humanos, a la forma federal del Estado y al financiamiento público de los partidos políticos.

A. Las mutaciones constitucionales en materia de protección internacional de los derechos humanos

Siguiendo una tendencia universal contemporánea, que ha permitido a los tribunales constitucionales la aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para su protección, ampliando progresivamente el elenco de los mismos, en el propio texto de las Constituciones se ha venido progresivamente reconociendo en forma expresa el rango normativo de los referidos tratados,³³³ al punto de que en Venezuela el artículo 23 de la Constitución dispu-

332 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 79 ss

333 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. Véase 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

so que “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.”

Esta norma, sin duda, fue uno de las más importantes en materia de derechos humanos en el país pues por una parte, le otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos no sólo rango constitucional, sino rango supra constitucional, es decir, un rango superior respecto de las propias normas constitucionales cuando contengan regulaciones más favorables al ejercicio de los derechos, debiendo prevalecer sobre las mismas. Además, por otra parte, el artículo establece el principio de 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, que se aplicó por los tribunales declarando la prevalencia de las normas de Convención Americana de Derechos Humanos en relación con normas constitucionales y legales.

Sin embargo, en sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Gustavo Álvarez Arias y otros) la Sala Constitucional al declarar inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs.

Venezuela), resolvió definitivamente que el artículo 23 citado de la Constitución “no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “supraconstitucional”, reservándose la Sala la potestad de determinar cuál sería la norma aplicable. En esta forma, la Sala Constitucional dispuso una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución al eliminar el carácter supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos en los cuales contenga previsiones más favorables al goce y ejercicio de derechos humanos respecto de las que están previstas en la propia Constitución.

Debe advertirse, por otra parte, que tan se trata de una reforma constitucional ilegítima, que esa fue una de las propuestas de reforma que se formularon por el “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República,³³⁴ en informe de junio de 2007,³³⁵ en el cual, en relación con el artículo 23 de la Constitución, lo que se buscaba era eliminar totalmente la jerarquía constitucional de las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos y su prevalencia sobre el orden interno, proponiéndose la formulación de la norma sólo en el sentido de que: “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados

334 Véase Decreto N° 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* N° 38.607 de 18-01-2007

335 El documento circuló en junio de 2007 con el título Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional*. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007, 146 pp

por Venezuela, mientras se mantenga vigentes, forma parte del orden interno, y son de aplicación inmediata y directa por los órganos del Poder Público”.

Esa propuesta de reforma constitucional que afortunadamente no llegó a cristalizar, era un duro golpe al principio de la progresividad en la protección de los derechos que se recoge en el artículo 19 de la Constitución, que no permite regresiones en la protección de los mismos.³³⁶ Sin embargo, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.³³⁷

Pero en materia de derechos humanos, el artículo 23 de la Constitución dispuso además que las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (art. 23). Sobre esta norma, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reivindicar su supuesto rol exclusivo de ser máximo y último intérprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no

336 Véase esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 122 ss

337 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas 2007; y en *Práctica y Distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012

tiene, pues todas las Salas del Tribunal Supremo lo tienen, ha establecido en sentencia N° 1492 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 interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.”³³⁸

Con esta decisión inconstitucional, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente la Constitución, pues conforme a la norma del artículo 23, 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 Repú-

338 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 ss

blica son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales” (art. 23).

Por último, en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional en la sentencia antes indicada N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*) que en realidad debería identificarse como Caso: *Estado venezolano vs. La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, desconoció las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarándolas inejecutables, contrariando el régimen internacional de los tratados.

Con dicha sentencia, en efecto, dictada en juicio iniciado por la Procuraduría General de la República que es un órgano dependiente del Ejecutivo Nacional, la Sala Constitucional declaró “inejecutable” en Venezuela la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008,” que se había dictado en el caso de unos ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela), separados ilegítima e inconstitucionalmente de sus cargos, y en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de sus garantías judiciales.³³⁹

Ahora bien, en Venezuela es la propia Constitución en el artículo 31 la que garantiza expresamente en Venezuela el acceso de las personas a la protección internacional en materia de derechos humanos, con la obligación del Estado de ejecutar las decisiones de los órganos internacionales,³⁴⁰ por lo que la decisión de la

339 Véase en www.corteidh.or.cr . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182

340 Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos huma-

Sala Constitucional, fue por tanto, un acto de rebelión contra la justicia internacional y contra la propia Constitución.

En América latina, sin embargo, no era la primera vez que ello ocurría. En Perú había ocurrido en relación con la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso *Castillo Petruzzi* de 30 de mayo de 1999 (Serie C, núm. 52), la cual después de que declarar que el Estado peruano había violado masivamente las garantía judiciales del interesado,³⁴¹ la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú se negó a ejecutar el fallo, considerando que la misma desconocía la Constitución Política del Perú y la sujetaba a “la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad-libitum en esa sentencia.”³⁴²

nos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. // El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo

341 Como consecuencia, en la sentencia la Corte Interamericana declaró “la invalidez, por ser incompatible con la Convención, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi” y otros, ordenando “que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal,” y además, “al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.” Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

342 Precisamente frente a esta declaratoria por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú sobre la inejecutabilidad del fallo de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Dere-

En 2008, entonces, le correspondió a Venezuela seguir los pasos del régimen autoritario del Presidente Fujimori en el Perú, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo también declaró en la mencionada decisión N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros), como “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera de 5 de agosto de 2008 en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela acusando a la Corte Interamericana de haber usurpado el poder del Tribunal Supremo.³⁴³

chos Humanos en el Perú, fue que la misma Corte Interamericana dictó el fallo subsiguiente, antes indicado, de 7 de noviembre de 1999, declarando que “el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento a la sentencia de 30 de mayo de 1999 dictada por la Corte Interamericana en el caso Castillo Petrucci y otros.” Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 629. Ello ocurrió durante el régimen autoritario que tuvo el Perú en la época del Presidente Fujimori, y que condujo a que dos meses después de dictarse la sentencia de la Corte Interamericana del 30 de mayo de 1999, el Congreso del Perú aprobase el 8 de julio de 1999 el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, lo que se depositó al día siguiente en la Secretaría General de la OEA/ Este retiro fue declarado inadmisibles por la propia Corte Interamericana, en la sentencia del caso Ivcher Bronstein de 24 de septiembre de 1999, considerando que un “Estado parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo.” *Idem*, pp. 769-771. En todo caso, posteriormente en 2001 Perú derogó la Resolución de julio de 1999, restableciéndose a plenitud la competencia de la Corte interamericana para el Estado

343 El tema, ya lo había adelantado la Sala Constitucional en su conocida sentencia N° 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato*) (Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.) en la cual al referirse a los Tribunales Internacionales “comenzó declarando en general, que en Venezuela “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 cons-

En su decisión, la Sala Constitucional, citando precisamente como precedente la decisión antes señalada de 1999 de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía “pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno,” y que había dictado “pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia” y establecido “directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles.” Además, acusó a la Corte Interamericana de haber utilizado su fallo “para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia,” argumentando que con la “sentencia cuestionada” la Corte Interamericana pretendía “desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos.”

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante otra sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos),³⁴⁴ también declaró “inejecutable” otra de-

titucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.”

344 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

cisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1º de septiembre de 2011 (caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela), al conocer y decidir una “acción innominada de control de constitucionalidad” que no existe en el ordenamiento constitucional venezolano, y que también fue ejercida por el Procurador General de la República contra dicha sentencia de la Corte Interamericana.³⁴⁵

En esta, la Corte Interamericana decidió conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, era contraria a la Convención, pues dichas restricciones a derechos políticos sólo puede establecerse mediante imposición de una condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso.³⁴⁶

En la sentencia dictada por la Sala Constitucional para declarar inejecutable esa decisión internacional en Venezuela, la misma consideró que la Corte Interame-

345 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011,” en *Revista de Derecho Público*, N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011

346 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho político de los ciudadanos a ser electos para cargos de representación popular y el alcance de su exclusión judicial en un régimen democrático (O de cómo la Contraloría General de la República de Venezuela incurre en inconstitucionalidad e inconvencionalidad al imponer sanciones administrativas de inhabilitación política a los ciudadanos),” texto preparado para el *Libro homenaje a Francisco Cumplido*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, 2011

ricana se había desviado de la Convención Americana y sus propias competencias, “emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”³⁴⁷

Así siguió el proceso del gobierno para desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia; lo cual se ha sido expresado formalmente por el Presidente de la República como voluntad del gobierno en mayo de 2012,³⁴⁸ y ratificado en julio del mismo año.³⁴⁹

347 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

348 El Presidente de la República solicitó formalmente al Consejo de Estado que dictaminara sobre el retiro de Venezuela de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; retiro que incluso fue apoyado por la Asamblea nacional en declaración de 9 de mayo de 2012. Véase en <http://eltiempo.com.ve/venezuela/politica/asamblea-nacional-aprobo-acuerdo-que-respalda-retiro-de-venezuela-de-la-cidh/52223>

349 Con ocasión del ingreso de Venezuela al MERCOSUR, el presidente de la República, Hugo Chávez Frías, dijo que organismos como “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben desaparecer, pues “son indignos” y no representan los intereses de los pueblos.” Además “Calificó a la Corte Interamericana de “nefasta, podrida y degenerada.” “Esos organismos tienen que desaparecer porque no están a la altura del mundo nuevo que está naciendo.” Véase en “Chávez sostiene que entes de derechos humanos de la OEA deben desaparecer”, *El Universal*, 1 de agosto de 2012 en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/120801/chavez-sostiene-que-entes-de-derechos-humanos-de-la-oea-deben-desapare>. En contra de la decisión presidencial se pronunció el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela. Véase en <http://www.globovision.com/news.php?nid=241628>

En esta materia, la Sala Constitucional también dispuso una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución en la forma cómo se pretendía en 2007 en la antes mencionada propuesta del “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República, al buscar agregar al artículo 23 de la Constitución, también en forma regresiva, que “corresponde a los tribunales de la República conocer de las violaciones sobre las materias reguladas en dichos Tratados”, con lo que se buscaba establecer una prohibición constitucional para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudiera conocer de las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir, con una norma de este tipo, Venezuela hubiera quedado excluida constitucionalmente de la jurisdicción de dicha Corte internacional y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³⁵⁰

En esta materia, también, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.

350 Véase sobre esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 122

B. *La mutación constitucional en relación con la distribución de competencias en el Estado federal*

Otra mutación constitucional ilegítima realizada por el Juez Constitucional ocurrió en Venezuela en relación con las normas constitucionales relativas a la forma federal del Estado y a la distribución de las competencias territoriales, de acuerdo con lo que se pretendió en la reforma constitucional de 2007, y a pesar de que fue rechazada por el pueblo.

En efecto, Venezuela siempre ha estado organizada como un Estado Federal, para lo cual, aún cuando encubriendo a una federación centralizada,³⁵¹ la Constitución establece un sistema de distribución de competencias entre los niveles territoriales (Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional), que en definitiva, sólo puede cambiarse mediante una reforma constitucional (artículos 136, 156, 164, 178 y 179).³⁵²

351 Véase nuestros estudios sobre el tema, elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750

352 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136

Específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece la competencia "exclusiva" al Poder Nacional en materia de "sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales (art. 156,27), asignado sin embargo, en forma exclusiva a los Estados, "La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional;" competencia que deben ejercer sujetos a "la coordinación con el Poder Nacional," que éste debe regular.

Este sistema se quiso reformar en la propuesta de reforma constitucional de 2007, la cual como se ha dicho fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007, con la que se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado, y terminando de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional.³⁵³ En particular con la reforma se buscaba "nacionalizar," la referida competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales."³⁵⁴

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008³⁵⁵, dictada con motivo

353 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

354 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss

355 Véase. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 565, caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo

de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el Poder Ejecutivo nacional, pura y simplemente modificó el contenido de dicha norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de la misma, que esa "competencia exclusiva" no es tal competencia exclusiva, sino una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional puede revertirla a su favor eliminando toda competencia de los Estados. La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional "en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial," y que "corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial," en aquellos casos que la prestación del servicio "por parte de los Estados es deficiente o inexistente."

Con esta interpretación, lo que el Juez Constitucional hizo fue mutar el texto constitucional usurpando la soberanía popular a la cual está reservado el poder constituyente, cambiado la forma federal del Estado al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados, y en particular "nacionalizando," contra lo que expresamente dispone la Constitución, competencias

164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

atribuidas en forma exclusiva a los Estados.³⁵⁶ La Sala Constitucional, así, olvidándose de que se trata de una competencia exclusiva de los Estados que había sido descentralizada desde 1989 mediante la Ley de Orgánica de Descentralización³⁵⁷, dispuso que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es obvio, “en caso de haber sido transferidos a los Estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.”

Entonces, sin base constitucional o legal alguna, la Sala Constitucional dispuso que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución.”

Después de una ilegítima “modificación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante inter-

356 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262

357 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990): El inicio de una reforma” en *Leyes y Reglamentos para la Descentralización Política de la Federación*, Colección Textos Legislativos, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, 1990, pp. 7-53.

pretación vinculante, que trastocó el orden jurídico o, como lo dijo la propia Sala, la misma “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente,” por lo cual exhortó a la Asamblea Nacional a que procediera “a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión³⁵⁸, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.”

En cumplimiento de esta exhortación, la Asamblea Nacional muy diligentemente reformó en marzo de 2009, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,³⁵⁹ a los efectos de eliminar las competencias exclusivas de los Estrados establecidas en los ordinales 3 y 5 del artículo 11 de dicha Ley, agregando dos nuevas normas, autorizando al Ejecutivo Nacional para revertir la transferencia de las competencias concedidas a los estados, y para decretar la intervención de bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos. Con ello se completó el fraude constitucional dispuesto por la Sala Constitucional, trastocándose el régimen federal.

358 De ello resulta según la sentencia: “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

359 *Gaceta Oficial* N° 39 140 del 17 de marzo de 2009

C. *La mutación constitucional en relación con el financiamiento de los partidos políticos*

El artículo 67 de la Constitución de 1999 expresamente prohibió “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, al establecer enfáticamente que el mismo “no se permitirá”,³⁶⁰ cambiando así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos que se había previsto en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998.

En dicha Ley se había buscado establecer un mayor equilibrio y equidad para la participación de los partidos en la vida democrática y en especial en las campañas electorales, tratando de mitigar los desequilibrios y perversiones que podían producirse con el solo financiamiento privado a los partidos, y el eventual financiamiento público indirecto, irregular y corrupto, sólo para los partidos de gobierno.³⁶¹ Con la prohibición constitucional, al derogarse este artículo de la Ley Orgánica, quedó derogado el régimen de financiamiento público a los partidos políticos, abandonándose la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Esta prohibición constitucional expresa sobre el financiamiento público de los partidos políticos, fue uno

360 Véase sobre la versión inicial de esta norma y sobre nuestra propuesta para su redacción 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, p.129

361 Véase en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela” en *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139

de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República,³⁶² se pretendió aprobar durante el año 2007, con la cual expresamente se buscó modificar la mencionada prohibición constitucional del artículo 67, previéndose en la norma, al contrario, que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin indicarse si se trata de un financiamiento a los partidos políticos en general. Como se ha dicho la antes mencionada propuesta de Reforma Constitucional de 2007, fue rechazada por voluntad popular expresada abrumadoramente contra su aprobación en el referendo del 2 de diciembre de 2007,³⁶³ con lo que el régimen de financiamiento a los partidos políticos, a su funcionamiento interno y a sus actividades electorales continuó prohibida en la Constitución.

Sin embargo, a pesar de dicha prohibición constitucional y del rechazo popular a modificarla, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como Jurisdicción Constitucional, en sentencia N° 780 de 8 de mayo de 2008 (Exp. N° 06-0785), mediante una interpretación constitucional vinculante, mutó de nuevo la Constitución, sustituyéndose a la voluntad popular y al poder constituyente originario, disponiendo que “en lo que respecta al alcance de la

362 Véase el documento Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, *Proyecto Reforma Constitucional*. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, p. 19

363 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007”, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público N° 1*, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas” contenida en la mencionada norma, la misma:

“se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero [...] dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral”.

Es decir, la Sala Constitucional, ante una norma tan clara e igualmente tan criticable como la contenida en el artículo 67 de la Constitución, cuya reforma se había intentado hacer en 2007 pero sin lograrse por ser rechazada por la voluntad popular, en esta sentencia ni más ni menos, se erigió en poder constituyente, sustituyendo al pueblo, y dispuso la reforma de la norma, vía su interpretación, en el mismo sentido que se pretendía en la rechazada reforma constitucional, disponiendo en definitiva, que la prohibición constitucional “no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas,” es decir, lo contrario de lo que dispone la Constitución.

Así, la Sala Constitucional, dispuso que lo que la Constitución prohíbe es sólo el financiamiento por el Estado de “los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas”, pero no de la “campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.” Es decir, el Juez Constitucional, simplemente, dispuso que la Constitución no dice lo que dice, sino todo lo contrario; que cuando dice que no se permite “el financiamiento de las asociaciones

con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, no es eso lo que establece, sino lo que prohíbe es solamente “el financiamiento de los gastos corrientes e internos de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”; y que los gastos de las campañas electorales de dichas asociaciones con fines políticas, en cambio, si pueden ser financiadas con fondos provenientes del Estado. La Sala, finalmente, precisó que una cosa es que el Estado financie “los gastos corrientes e internos” de los partidos políticos y otra cosa es que financie “sus campañas electorales,” deduciendo sin fundamento alguno que lo que la Constitución prohíbe es lo primero y no lo segundo.

Pudo ser muy loable la intención del Juez Constitucional de permitir el financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, pero habiendo sido ello prohibido expresamente por la Constitución,³⁶⁴ sólo reformándola es que se podría lograr lo contrario, como se pretendió con la propuesta de reforma de 2007, rechazada por el pueblo. Y ello fue lo que en este caso hizo el Juez Constitucional en Venezuela: reformar la Constitución, usurpando el poder constituyente originario que es del pueblo e, incluso contra su propia voluntad expresada cinco meses antes al rechazar precisamente esa reforma constitucional en igual sentido, estableció la posibilidad de financiar las campañas electorales de los partidos políticos.

364 Por ello fue, incluso, que entre otros aspectos salvamos nuestro voto en relación con dicha norma. 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. 239, 259

D. La mutación constitucional en relación con los referendos revocatorios y su conversión en referendos ratificatorios

En Venezuela el artículo 72 de la Constitución estableció como derecho político de los ciudadanos la revocatoria de mandatos de todos los cargos de elección popular, a cuyo efecto se previó que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, por iniciativa popular de un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, para convocar un referendo para revocar su mandato. La Constitución dispuso que "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 25% 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."

Es decir que los votos necesarios para que se produzca la revocatoria del mandato deben ser en un número igual o mayor de los votos de los electores que eligieron al funcionario, con independencia del número de votos que se hayan depositados contra la revocación; como incluso lo ratificó la Sala Constitucional en varias sentencias,³⁶⁵ ya que de lo que se trata es de

365 Sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003, Caso: *Carlos Enrique Herrera Mendoza*, (*Interpretación del artículo 72 de la Constitución* (Exp. 03-1989). Sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. Criterio seguido en la sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage Scribani y otros*) (Exp. 03-0287).

un referendo revocatorio de mandatos de elección popular y no de un referendo “ratificatorio” (plebiscitos) de tales mandatos, el cual no existe en el texto constitucional. Precisamente por ello, nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocación de un mandato un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, sin embargo, en la votación refrendaria se hubiesen pronunciado por la “no revocación” un número mayor de votos. Ello podría ocurrir, pero conforme al texto de la Constitución, no tendría efecto alguno, pues la regulación constitucional lo que establece es un referendo revocatorio: basta que la votación favorable a la revocación sea igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, para que quede 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 Revocatorios de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral en 25 de septiembre de 2003³⁶⁶, 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 de rango sublegal, se restringió el derecho ciudadano a la participación política mediante la revocación de mandatos populares, al establecerse un elemento que no está en la Constitución

366 Resolución N° 030925-465 de 25-09-2003.

relativo al voto por la “no revocación,” trastocándose la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, y en evidente fraude a la Constitución, se lo convirtió en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular. A partir de ese momento y luego del secuestro del Poder Electoral, en general en Venezuela se confiscó el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos de cargos de elección popular.³⁶⁷

Lo inaudito de este fraude constitucional, es que dicha “reforma” constitucional ilegítima fue avalada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo al decidir un recurso de interpretación abstracta de la Constitución 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,

367 Véase Allan R. Brewer-Carías, “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; en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; en *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; y en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126.

aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.”³⁶⁸

En realidad, en un referendo “revocatorio” no puede haber votos por “la permanencia” del funcionario; lo que puede haber son votos por la “revocación” del mandato o por la “no revocación.” El voto por la “no revocación” del mandato es un voto negativo (No); y un voto negativo no puede ser convertido en un voto positivo (Si) por la permanencia del funcionario. Con esta mutación de la Constitución, la Sala Constitucional cambió la naturaleza del referendo revocatorio, ratificando el trastocamiento de la naturaleza de la revocación del mandato, convirtiéndolo en un voto para “relegitimar” o para “ratificar” mandatos de elección popular, cuando ello no sólo no fue la intención del constituyente, sino que no puede derivarse del texto del artículo 72 de la Constitución. Lo único que la Constitución regula es la revocación de 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.”

Todo éste cambio de la Constitución tuvo un objeto preciso: evitar que el mandato del Presidente de República, Hugo Chávez, fuera revocado en 2004: el mismo fue electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, por lo que bastaba para que su mandato fuese revocado, que el voto a favor de la revocación superara esa cifra. Como lo anunció el Consejo Nacional Electoral el 27 de agosto de 2004, el voto a favor de la revocación del mandato del Presidente de la República en el referendo efectuado ese mismo mes y año, fue de

3.989.008, por lo que constitucionalmente su mandato había quedado revocado.

Sin embargo, ya se había cambiado ilegítimamente la Constitución, e independientemente de las denuncias de fraude que se formularon respecto del referendo revocatorio del 15 de agosto de 2004, el Consejo Nacional Electoral el mencionado día 27 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 hasta la terminación del período constitucional en enero de 2007.³⁶⁹

369 En efecto, en la *página web* del Consejo Nacional Electoral del día 27 de agosto de 2004, apareció la siguiente nota: “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 Referendo revocatorio. 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. Y en efecto, en acto solemne efectuado ese día, el Consejo Nacional Electoral acordó “ratificar” al Presidente de la República en su cargo, a pesar de que un número de electores mayor que los que lo eligieron hubieran votado a favor de la revocación de su mandato. Otro tanto haría la Asamblea Nacional, sin que esa figura de la ratificación estuviese prevista en norma constitucional alguna.” Véase además, *El Nacional*, Caracas, 28-08-2004, pp. A-1 y A-2

3. *El caso de Nicaragua en 2009: la mutación de la Constitución por el Juez Constitucional en materia de reelección presidencial*

La Constitución de Nicaragua establece en su artículo 147, primer aparte a), que “No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) El que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales.”

Se trata, por tanto, de una prohibición constitucional clara y diáfana prohibiendo la reelección presidencial. La norma, sin embargo, fue “reformada” o mutada por la Sala Constitucional de Nicaragua, mediante sentencia N° 504 de las cinco de la tarde del 19 de octubre de 2009,³⁷⁰ al decidir, no una acción directa de inconstitucionalidad, sino una acción de amparo constitucional que se había intentado contra una decisión del Consejo Supremo Electoral, en la cual dicho Consejo había rechazado la petición que se le había formulado el 15 de octubre por diversos candidatos a reelección, solicitando se les aplicara el principio de igualdad a todos los funcionarios públicos en materia electoral. En el caso del Consejo Supremo Electoral consistió en el rechazo de la petición debido a la ausencia de competencia del Consejo para decidir sobre tales materias.

370 Véase sobre el caso de Nicaragua: Iván Escobar Fornos, “Relaciones y tensiones de la Justicia Constitucional con los poderes del Estado: crisis permanente (Democracia, gobernabilidad y el Tribunal Constitucional),” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2011, pp. 67-137.

En Nicaragua, de acuerdo con el artículo 52.5 de la Ley de Amparo, la acción de amparo no procede en materia electoral, y por tanto, no procedía contra las decisiones del Consejo Supremo Electoral. Sin embargo, a pesar de esta restricción legal, habiendo la Sala Constitucional entrado a conocer de la misma, en su sentencia, en una forma incomprensible declaró que el artículo 147.4.a y b de la Constitución que prohíbe expresamente la reelección presidencial, era “inaplicable,” mutando así ilegítimamente la Constitución, eliminando así del texto la rígida prohibición constitucional a la reelección presidencial.³⁷¹ Posteriormente, esta decisión de la Sala Constitucional fue ratificada por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de las 2 p.m. del 30 de septiembre, 2010, con el objeto de establecer su aplicabilidad *erga omnes*.

En esta forma, como consecuencia de la sentencia de la Sala Constitucional del 19 de octubre, 2009 dictada sólo cuatro días después de que se presentó la solicitud inicial ante el Consejo Supremo Electoral, se permitió en Nicaragua la reelección presidencial del Presidente Ortega, para lo cual la Sala consideró que la norma del artículo 147.4.a y b de la Constitución violaba el derecho a la igualdad, el derecho al sufragio y el derecho a la personalidad consagrados en los artículos, 27, 47, 48, 50 y 51 de la Constitución, entre otros, declarando en consecuencia que la norma era inconstitucional en la parte antes mencionada.³⁷²

371 Véase Sergio J. Cuarezma Terán and Francisco Enríquez Cabistán, *Nicaragua National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 43; Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, p. 101

372 Véase el comentario a la sentencia, el Dr. Iván Escobar Fornos, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, quien indi-

La sentencia consideró en efecto, que el derecho a la igualdad era podía considerarse violado porque el artículo 147 contenía una “interdicción electoral solo para el Presidente” lo cual consideró la Sala que “representa un trato desigual, cuando como queda claro hay igualdad de condiciones...”. Afirmó además la Sala Constitucional “que los principios constitucionales que informan nuestra Constitución Política en su Preámbulo y Parte Dogmática, prevalecen sobre el resto de Disposiciones Constitucionales que conforman nuestra Constitución Política...”. De seguidas, la Sala Constitucional además de referirse a los “principios constitucionales” que informan los derechos fundamentales hace mención a “la Soberanía, al igual que la Igualdad, la Unidad Centroamericana, la Independencia, la Autodeterminación, la Paz Social, el Bien común, la Libertad, la Justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, la cooperación internacional, el respeto a la li-

có que: “Se ha considerado que ésta no es una interpretación [de la Constitución] como se pretende sino más bien una derogación de la prohibición de la reelección antes señalada”. Véase Iván Escobar Fornos, “Relaciones y tensiones de la Justicia Constitucional con los poderes del Estado: crisis permanente (Democracia, gobernabilidad y el Tribunal Constitucional)” ob.cit, pp. 67-137; y en Ensayo presentado por el autor ante la Mesa Redonda Jurídica Internacional organizada por la Fundación Alexandre Guzmán y el Instituto de Pesquisa de Relaciones Internacionales (del ITAMARATI, Brasil), Septiembre, 2010, p. 33; citado en el documento de presentado por Renaldy J. Gutierrez, *Estado de Derecho, Mision de la Federacion Interamericana de Abogados (Las Experiencias de Nicaragua y El Salvador), ¿Justicia Constitucional o Activismo Judicial?*, presentado en el Seminario de derecho comparado sobre separación de poderes del Estado y la “Political Questions Doctrine” en los Estados Unidos de América, organizado por Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en cooperación con Duquesne University (Pittsburgh), San José, Costa Rica, 28 y 29 de marzo de 2012

bre autodeterminación de los pueblos,” para concluir afirmando sin mucha ilación, que los miembros del Consejo Supremo Electoral no podían “negarse a cumplir con la voluntad del Pueblo Soberano, de elegir y ser elegido de manera directa como sus representantes a los ciudadanos que crean conveniente, aplicando de manera inescrutable [sic] los Principios Fundamentales de Igualdad, Libertad y Soberanía, de no ser así ocurriría una muerte política para los recurrentes, violando también el Derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica... y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consignados en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos...”

De ello, la Sala concluyó afirmando que la decisión accionada en amparo del Consejo Supremo Electoral del 16 de octubre de 2009, transgredía “los ya referidos principios constitucionales de los ciudadanos nicaragüenses, por lo cual resulta falta de motivación y congruencia, violando el derecho de petición y a obtener una resolución fundada en derecho; en consecuencia debe ampararse a los recurrentes;” resultando de ello, la decisión de “declarar la inaplicabilidad... del Art. 147 CN., únicamente en la parte que transcribimos al inicio de esta Sección, por existir “una Antinomia constitucional con respecto a” los principios constitucionales antes referidos.” Es decir, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una norma constitucional, con lo cual mutó la Constitución, permitiendo así la reelección presidencial en Nicaragua lo que se materializó en las elecciones generales de noviembre de 2011.

II. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA USURPACIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN VENEZUELA

La Constitución, al establecer y regular la 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 (art. 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 sancionar leyes o reformarlas, y en ello se incluye al Tribunal Supremo y a la Jurisdicción Constitucional, las cuales están autorizadas sólo para efectuar interpretaciones y anulaciones de las mismas, pero sin poder sancionarlas ni modificarlas o reformarlas.

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 1988³⁷³, la cual sin embargo, continúa en vigencia.

Ello, sin embargo, no ha impedido que la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, en más de una ocasión haya usurpado las función de legislador 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 ejercerse control alguno sobre sus ilegítimas e inconstitucionales incursiones en materia legislativa.

1. *El caso de Venezuela: la reforma de la ley procesal civil por el juez constitucional en materia de lapsos procesales*

Los primeros pasos de esta tarea de legislador positivo con posterioridad a la entrada en vigencia

373 Véase 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, “Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales” en Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Colección Textos Legislativos N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 9-149; y 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,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano,))*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas, 2012, pp. 261-279.

de la Constitución de 1999, comenzaron a darse con la sentencia de la Sala Constitucional, N° 80 de 1° de febrero de 200³⁷⁴, 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, 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, resultando de ello 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 Vier-

374 Véase. en *Revista de Derecho Público*, N° 85-89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 90 y ss.

nes 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 2000, y al reformar, esta vez de oficio, un artículo de la Ley de Impuesto sobre la Renta en 2007.

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 Suprema de Justicia, en sentencia 4 de octubre de 1989³⁷⁵, 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 des-

375 Véanse 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.

de 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 los lapsos en materia penal el cual también se planteó ante la Sala Constitucional, a través de un juicio de amparo, la cual decidió mediante sentencia de 5 de agosto de 2005,³⁷⁶ 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

376 Véase en *Revista de Derecho Público* N° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 119 ss

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 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 que 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.

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 en víspera de los días de Semana Santa de 1987, declaró la inadmisibilidad de 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.

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 santos, 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, precedentes las denuncias de infracción de los artículos 289 y 197 CPC, declarando con lugar el recurso de casación interpuesto.

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 la 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 tér-

minos 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 contenido, 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 ese entonces, sólo la 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, 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 derecho 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 la consideración de 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 del Código de Procedimiento Civil 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 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”.³⁷⁷

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.

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 2-2001.³⁷⁸ Dicha

377 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

378 Véase en *Revista de Derecho Público* n° 85-89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 90 ss.

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 laborales 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.

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 laborales 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 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.

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 Procedi-

miento 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 (art. 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.

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."

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 artículo 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 tacha 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 decla-

rados 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.”

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 2001³⁷⁹, en la cual la Sala

379 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

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 se había basado en lo dispuesto en el artículo 46, ordinales 1 y 2 de la Constitución de 1961:

“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.”

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 de 1999, 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.”

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 hacer-

se 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.

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*)³⁸⁰, 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 no existía en los tribunales uniformidad de criterio en materia de los lapsos para interponer el recurso de apelación en la fase preparatoria del proceso penal, decidió sentar doctrina al respecto para garantizar a los recurrentes el derecho de defensa (apelación), enunciándola como “vinculante para la Sala Penal de este Tribunal Supremo y para todos los tribunales penales de la República”.

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

380 Véase. en *Revista de Derecho Público*, N° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp 119 ss.

una de las manifestaciones de este derecho, de manera que una de las formas de producirse su violación era impedir 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,”³⁸¹ 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:

381 Véase la última reforma en *Gaceta Oficial* N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

“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 dicho artículo 172 se estableciera que “en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”, no podía conllevar a que las partes tuvieran que computar como días para actuar aquellos en los cuales no tenían 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 esa fase, 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 (art. 13) a la del artículo 172 mencionado 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.

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 su 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 deci-

sión de fondo, si fuere el caso, será ejecutado dentro un término manifiestamente mayor que el que debió observarse, si se acatará 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- menoscará, 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”.

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 función, 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 “reformular” 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 limitarse en sus decisiones, 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 Salas del Tribunal Supremo actuando como jueces constitucionales, en aplicación tanto del método difuso como del método concentrado de control de constitucionalidad, en sus decisiones se extralimitaron en sus funciones, vulnerando en esa forma la propia Constitución, con sentencias 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 exclusividad, 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.

2. *Otro caso en Venezuela: la reforma de la Ley Orgánica de Amparo efectuada por el juez constitucional*

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 1994.³⁸²

382 Ponencia: Rafael Alfonso Guzmán, Consultada en original.

Primero, en cuanto al escrito de la acción de amparo, el mismo 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. 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.

Segundo, en cuanto a la admisibilidad 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.

Tercero, 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.

Cuarto, 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 agravante, 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".

Quinto, en cuanto a la audiencia pública y oral en el proceso, al vencerse al termino 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.

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).

Ahora bien, al sancionarse la Constitución de 1999, su artículo 27 siguió la orientación del artículo 49 de la constitución de 1961, al regular la institución del amparo, definitivamente como un derecho constitucional, el cual se puede ejercer a través de múltiples medios o recursos judiciales de protección, incluyendo la acción de amparo³⁸³, así:

383 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho y la Acción de Amparo*, Tomo V *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas - San Cristóbal, 1998, pp. 163 ss., y en "Introducción General al Régimen del Derecho de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (El proceso de Amparo)" en *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Colección Textos Legislativos N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Sexta edición corregida, aumentada y actualizada. Caracas, 2007, pp. 9-149. Véase además, 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*

“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

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*, (Coord. Alfredo Arismendí y Jesús Caballero Ortiz), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003, Tomo I, pp. 1219-1301.

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 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.

Esa 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* modificando y reformando, impropriamente, el regulado en la Ley Orgánica de Amparo de 1988.³⁸⁴

En efecto, en la sentencia N° 7 de 01-02-2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*)³⁸⁵, 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 formalida-

384 Véase en general 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.

385 Véase. en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ss.

des"; 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 Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, prodedió entonces a establecer 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:

En cuanto a los principios generales del procedimiento, la Sala señaló que:

Primero, que en virtud del mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no está sujeto a formalidades, los trámites como se deben desarrollar las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las debe dictar 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 intermediación del tribunal.

Segundo, 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.

Tercero, en cuanto a 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.

Cuarto, 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 agravante, dispuso la realización de la audiencia oral y pública, con el siguiente régimen:

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 instancia, y esta o este decidirá, si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agravante 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 agravante, 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 agravante, 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 agravante, sin lesionar el derecho a la defensa del agravante. En el procedimiento que estableció la Sala Constitucional, en cambio, se obliga al agraviado a conocer de los alegatos que exprese sólo oralmente el agravante 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.

En relación con las pruebas, la Sala señaló el siguiente régimen:

En cuanto a su admisión y evacuación, el órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, debe decreta cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y debe ordenar, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, debiéndose realizar en ese mismo día, con intermediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o diferir la evacuación de las pruebas para el día inmediato posterior.

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.”

Quinto, el régimen de la sentencia de amparo también se reformó con sentencia de la Sala Constitucio-

nal, 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 para decidir el caso o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.”

Tal como lo observó en su momento el Magistrado Héctor Peña Torrelles, quien Salvó su Voto (Voto negativo) en relación con la comentada sentencia N° 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 contra 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 ella, 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 Amparo.³⁸⁶

386 Véase 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.

3. *Un caso adicional de Venezuela: el juez constitucional actuando abiertamente como legislador positivo, sin límites, reformando leyes*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conoció y decidió sobre una acción de inconstitucionalidad que se ejerció contra el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, la cual fue resuelta mediante sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008,³⁸⁷ en la cual había declarado parcialmente con lugar la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se había interpuesto contra el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública. Dicha sentencia fue objeto de una petición de aclaratoria la cual fue decidida mediante sentencia N° 1683 de 4 de noviembre de 2008 (Caso: *Defensoría del Pueblo*).³⁸⁸ Dicha sentencia fue objeto de una solicitud de aclaratoria por parte de la Defensora del Pueblo, la cual fue declarada sin lugar, procediendo sin embargo a establecer las bases de lo que consideró, *primero*, el supuesto carácter de “conservador” del principio de la separación de poderes; y *segundo*, el rol de la sala, abiertamente como Legislador positivo no previsto en la Constitución.

En efecto, en la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional anuló parcialmente los ordinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, declarando que la Defensoría Pública estaría adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, a cuyo efecto la Sala procedió a establecer la forma como entonces quedaban redactados dichos artículos.

387 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm>

388 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 222 ss.

La Constitución de 1999 hace referencia a la Defensa Pública en tres normas: *Primero*, en el artículo 253 donde se la enumera dentro de los órganos e instituciones integrantes del "sistema de justicia;" *segundo*, en el artículo 267 en el cual se indica que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia "la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas;" y *tercero*, en el artículo 268, en el cual se indica que "la ley establecerá la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor o defensora."

Conforme a estas normas, supuestamente, el Sistema Autónomo de la Defensa Pública fue creado transitoriamente en 2000³⁸⁹ por la ahora (desde 2010) extinta Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como servicio adscrito a la misma, habiendo sido solo fue regulado por la Asamblea Nacional en 2007, mediante la Ley Orgánica de la Defensa Pública.³⁹⁰

Esta Ley Orgánica reconoció la autonomía del Servicio, pero en su artículo 3, sin embargo, lo adscribió a la Defensoría del Pueblo, que es un órgano perteneciente al Poder Ciudadano. Esta circunstancia originó que dicha norma fuese impugnada por ante la Sala Constitucional, por un grupo de funcionarios de la Defensoría Pública, por considerarse que violaba los mencionados artículos 253 y 267 constitucionales,

389 Véase Resolución N° 1.191 del 16 de junio de 2000, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.024 del 29 de agosto de 2000

390 Véase *Gaceta Oficial* N° 38.595 del 2 de enero de 2007

resultando la mencionada sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008 de la Sala Constitucional en la cual se consideró, que como la Defensoría del Pueblo no era parte del sistema judicial pues no está enumerada en el artículo 253, la adscripción de la Defensoría Pública, que si es parte integrante del sistema de justicia, a la misma, era inconstitucional. La Sala Constitucional, en definitiva, dado que la Defensa Pública está en la Constitución dentro del Poder Judicial, y sometida a la inspección y vigilancia del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que “no puede estar adscrita a ningún Poder o ente que no pertenezca a dicho sistema de justicia.”

De ello resultó la declaratoria de nulidad parcial del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, “pues al establecer la adscripción orgánica de la Defensa Pública a la Defensoría de Pueblo, órgano del Poder Ciudadano, desconoció la preeminencia –constitucionalmente conferida- al Tribunal Supremo de Justicia,” de lo cual procedió la Sala a indicar pura y simplemente a reformar la Ley, al indicar que como “efecto de la nulidad parcial decretada,” el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, quedaba redactado en otra forma, de manera que indicara que la Defensoría Pública está “adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, al cual le corresponde su inspección y vigilancia”.

En esta forma, la Sala Constitucional al anular la norma procedió a reformar el texto del artículo, dándole una nueva redacción, considerando igualmente inconstitucionales otras previsiones de la Ley “en virtud de la adscripción orgánica de la Defensa Pública al Tribunal Supremo de Justicia” que la propia Sala del

Tribunal había “decretado,” procediendo entonces a declarar “la nulidad parcial” de los artículos 11, 12, 13 y 15, numerales 5 y 7 de la Ley.

En cuanto a los artículos 11, 12 y 13 de la Ley, la Asamblea Nacional había establecido en ellos la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública que se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional;” el procedimiento para la designación y, además, que el mismo podía ser removido “por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo.” El texto de estas normas era el siguiente:

“Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. La Asamblea Nacional, sesenta días antes del vencimiento del período para el cual fue designado el Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones, el cual estará presidido por el Defensor del Pueblo e integrado además, por representantes de diversos sectores de la sociedad. El mecanismo de selección de estos últimos estará a cargo de la Asamblea Nacional.

Este Comité adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá el listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, para ser presentado

a la Asamblea Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes al inicio del respectivo proceso. La Asamblea Nacional, a partir de la fecha de recepción del listado de aspirantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

“Artículo 13. Remoción. *El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo”.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo entonces argumentó que:

“como quiera que el Servicio de la Defensa Pública depende orgánicamente del Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a éste, como máximo órgano rector del Poder Judicial, en Sala Plena, por ser su órgano directivo, la designación por elección y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública.”

Y en consecuencia procedió a “modificar el procedimiento establecido en los ya referidos artículos 11, 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública,” copiándolos íntegramente, cual Legislador, establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia” y, además, que el mismo podía ser removido “por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes.” Como lo dijo el Magistrado que emitió el Voto disidente en el fallo, la sentencia “no se limitó a la modificación de la referencia al órgano con competencia para la designación y remoción

del Director Ejecutivo de la Defensa Pública, sino que, además, modificó, sin mayor justificación, el modo en que ha de hacerse esa designación." El Magistrado disidente destacó que con la sentencia se:

"modificó el mecanismo que preceptuaba el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública para la selección de quien deba ser designado Director Ejecutivo de ese Servicio, mecanismo que tenía, como fundamento, el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos que recogió el artículo 62 de la Constitución."

Con esta violación al derecho a la participación política de los ciudadanos, el nuevo texto de las normas sancionado por la Sala es el siguiente:

***Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo.** El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia*

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

***Artículo 12. Designación por elección.** El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, previo listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, escogerá al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes.*

***Artículo 13. Remoción.** El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes".*

La Sala Constitucional, además, procedió a modificar -reformar- los numerales 5 y 7 del artículo 15 de la Ley en lo relativo a la obligación por parte del Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, de consignar el proyecto de presupuesto de la Defensa Pública y presentar el informe anual de su gestión ante la Defensoría del Pueblo; lo cual fue cambiado y en lugar de ante la Defensoría del Pueblo, la Sala dispuso que dicha presentación debe hacerse ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, copiando el texto íntegro del nuevo artículo 15 de la Ley.

Sin duda, la Sala Constitucional se excedió en su control de constitucionalidad, procediendo abiertamente a actuar como legislador, reformando varios artículos de la ley, dándoles una nueva redacción introduciendo modificaciones sustantivas sobre aspectos respecto de los cuales no había siquiera ningún cuestionamiento de constitucionalidad, y cercenando más bien un derecho ciudadano. La Sala Constitucional, por lo demás, no reformó la ley ni dictó las nuevas normas para garantizar derecho constitucional alguno.

Fue precisamente respecto de esta sentencia, la cual sin duda también entra en los anales de la patología de la justicia constitucional, que la Defensora del Pueblo solicitó de la Sala Constitucional la aclaratoria de la misma, argumentando extensamente para fundamentar su solicitud de aclaratoria, sobre *“un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación, procedió a modificar el contenido original de la norma,”* denunciando que la Sala había extendido su pronunciamiento *“a la*

modificación de otros dispositivos de ley que estimó estrechamente vinculados a la nulidad” y en un consecuente “ejercicio legislativo” modificó las normas relativas a “la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública, contenidas en los artículos 11, 12 y 13 que establecen, conforme a la decisión de la Asamblea Nacional en el ejercicio de la potestad delegada por el Pueblo.”

Después de proceder a realizar una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al lapso para solicitar aclaratorias de sentencias, la Sala se refirió a la aclaratoria solicitada en relación con las sentencias de efectos *erga omnes* como las relativas a las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos o las dictadas en juicios de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad, y a las decisiones dictadas con ocasión de una interpretación de una norma constitucional. En cuanto a las sentencias anulatorias, la Sala consideró que por sus efectos *erga omnes*, “no recaen únicamente a favor o en contra de los que realmente se constituyeron en partes en el proceso sino que pueden verse afectados ciudadanos que no actuaron en juicio y respecto de los cuales pudieran haber imprecisiones en el fallo objeto de aclaratoria en relación con su situación particular, debido a que sus argumentos no fueron debatidos en el proceso, justamente, por no ser partes.”

La Sala, sin embargo, frente a la solicitud de la Defensora del Pueblo, indicó que la aclaratoria de sentencias debe circunscribirse únicamente a la rectificación de los posibles errores materiales en que puede incurrir el juez previstos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (error o cálculo numérico, errores

de copia o referencias, omisión o puntos oscuros), y en modo alguno “puede afectar la seguridad jurídica ni constituirse en un medio de impugnación tendente a efectuar un nuevo análisis de los argumentos expuestos por las partes en el juicio,” considerando que en el caso concreto, la Defensora del Pueblo lo que pretendía era “obtener un nuevo pronunciamiento por no compartir los argumentos expuestos por esta Sala en el fallo objeto de aclaratoria;” particularmente por el alegato de que la sentencia había sido producto de un “*pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación.*”

Como consecuencia, la Sala declaró improcedente la aclaratoria solicitada, para lo cual, dado que la Defensora del Pueblo había “osado” cuestionar “la extralimitación -a su decir- en el ejercicio de la potestad normativa de esta Sala, ‘*contraviniendo el Texto Constitucional,*’” procedió a construir una doctrina sobre sus poderes “legislativos,” o de la legitimidad de su actuación en general, como “legislador positivo.”³⁹¹

Para ello, la Sala Constitucional comenzó rememorando el origen del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, afirmando que en Venezuela, la jurisdicción constitucional resultante, conforme al artículo 215 de la Constitución de 1961, era ejercida:

391 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Constitutional Courts as Positive Legislators” en Karen B. Brown y David V. Snyder (Editors), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law- Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, Springer. Heidelberg, 2012, pp. 549-569.

“por la otrora Corte Suprema de Justicia en pleno, la cual se limitaba al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad siguiendo el modelo de Kelsen, contenido por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Dicho modelo de control concentrado se caracterizaba principalmente, por constituir un sistema especializado, cuyas decisiones son de efectos *erga omnes*, *ex nunc* y tienen el valor de cosa juzgada.”

En efecto, el modelo de justicia constitucional austríaco se caracteriza por ser un sistema abstracto y principal, pues se realiza un examen genérico de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente. Otro rasgo característico de dicho sistema es la especialización respecto del órgano jurisdiccional -tribunal constitucional- que monopoliza el rechazo de la ley y su anulación por contravenir postulados constitucionales. Siendo ello así, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley en estos términos se convierte en un “legislador negativo.”

En contraste con ese rol, la Sala Constitucional pasó a argumentar que en la Constitución de 1999, en cambio, dado lo “novedoso” del órgano al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad “se ve en gran modo ampliada” colocando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “con las atribuciones que anteriormente poseía la Corte en Pleno para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad,” y además, otorgándole “novedosas competencias enmarcadas bajo

el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución” contenidas en los artículos 334 y 336 de la Constitución, que “ejerce de manera exclusiva como máxima y última intérprete del Texto Fundamental,” lo cual, por supuesto, no es cierto, ya que en sustancia, las potestades de control en la Constitución de 1999 son similares a las que existían en la Constitución de 1961.

En todo caso, a juicio de la Sala Constitucional, con la “ampliación” de sus competencias en la Constitución de 1999,

“la situación de ésta cambió radicalmente en lo que respecta a su competencia anulatoria como un simple legislador negativo, habida cuenta que no podría dicha Sala ejercer su rol como máxima garante del Texto Constitucional si se limita o circunscribe dicha labor únicamente a actuar como un legislador negativo; tampoco podría cumplir con el mandato constitucional de última intérprete de las normas fundamentales, bajo un esquema clásico de la absoluta separación de poderes, que no engrana, en modo alguno, con los valores superiores que propugna la Carta Magna de 1999.”

De esta afirmación, la Sala Constitucional pasó a constatar que el clásico principio de la separación de poderes ya aparecía matizado en la Constitución de 1961, resultando “más que una separación absoluta de poderes” una “colaboración” entre las distintas ramas del Poder Público, resultando ahora que dada la:

“existencia de una novedosa jurisdicción constitucional, la conservadora separación absoluta de poderes se plantea de una manera distinta, pues ante un Estado democrático, de Justicia y de Derecho, que propugna como valores superiores, entre otros, la li-

bertad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, no resulta acorde ni conveniente una concepción rígida y aislada respecto de la actividad ejercida por cada uno de los poderes públicos; antes por el contrario, no sólo se justifica sino que se hace necesaria la colaboración de los poderes entre sí, propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro, en aras de lograr la tutela efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables."

De lo anterior concluyó la Sala Constitucional afirmando que "con ocasión de las nuevas competencias" que le son atribuidas:

"en ejercicio de la jurisdicción constitucional, resulta evidente que la misma, más que un legislador negativo en los términos en que se concebía conforme al modelo clásico del control concentrado austríaco que tradicionalmente han ejercido los tribunales o cortes constitucionales, se erige como un legislador positivo, pues la declaratoria de nulidad de una norma por contravenir con la Constitución, ineluctablemente produce un vacío que lejos de garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales más bien haría nugatorio su ejercicio, habida cuenta que si bien se cumpliría con la obligación de los jueces de emitir respuesta a las pretensiones de los justiciables, sólo se aludiría a la eficacia de los órganos jurisdiccionales pero no a su efectividad, pues se consumiría una justicia formal mas no material."

Es evidente que los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo, en muchas ocasiones, han actuado como legisladores positivos, particularmente en materia control de constitucionalidad para suplir temporalmente las omisiones del legislador cuando afectan derechos fundamentales, y en particular en materia de protección del derecho a la igualdad y a la

no discriminación;³⁹² pero de allí a afirmar que en general, los Tribunales Constitucionales se erigen en legisladores positivos, porque supuestamente el principio de la separación de poderes haya que desconocerlo por sea ahora algo “conservador,” hay una distancia muy grande en medio de la cual está la Constitución.

Incluso, la “ilustración” que la Sala aporta para argumentar sobre la necesidad de su labor en ejercicio de la jurisdicción constitucional “no solo como un legislador negativo sino también positivo,” se refiere exclusivamente a su competencia

“para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (cardinal 7 del citado artículo 336).

Competencia que a decir de la Sala, la autoriza para, en caso de que en el plazo fijado el órgano legislativo no cumpla con sus obligaciones, poder “ejercer competencias políticas o legislativas,” las cuales sin embargo considera de carácter temporal, “hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional” como la Sala dijo haberlo resuelto en la sentencia N° 1043 del 31 de mayo de 2004 (caso: “*Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara*”).

392 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, 2011.

La Sala Constitucional luego pasó a razonar que los vacíos legislativos no sólo se derivaban de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sino también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una norma por inconstitucional, lo que igualmente resulta en “una ausencia de regulación de un postulado fundamental,” de lo que emana la necesidad de realizar una “labor integradora” para no dejar a la deriva “la efectividad de un derecho constitucional,” cubriendo entonces “la ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio;” “labor productora e integradora de Derecho” que la Sala misma calificó como “legítima,” derivada de su obligación de “hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.”

Todas esas competencias, a juicio de la Sala Constitucional, “la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional,” estimando en cambio “que su labor como legislador positivo”, queda “evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación,” lo cual a juicio de la Sala “también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.”

Todo lo anterior le sirvió a la Sala Constitucional para afirmar, pura y simplemente que:

“resulta innegable el replanteamiento del rol de la jurisdicción constitucional en el proceso de producción del derecho, habida cuenta de la legitimidad de

la Sala Constitucional en los términos antes referidos, no sólo para anular o rechazar una disposición por colidir con la Constitución sino también para determinar su interpretación vinculante y establecer los lineamientos para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma fundamental o para su aplicación inmediata.”

En esta forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desconoció el principio de la separación de poderes garantizado en el artículo 136 de la Constitución; violó el artículo 187.1 de la Constitución que asigna a la Asamblea Nacional la potestad de “legislar en las materias de la competencia nacional,” y el artículo 218 que reserva a la Asamblea la potestad de reformar las leyes, usurpando en esa forma dichas competencias. De ello resultó, sin duda, que su sentencia quedó como ineficaz y nula conforme al artículo 138 de la Constitución. Con esta sentencia, por otra parte, al autoproclamarse la Sala como legislador positivo, reformó (mutó) ilegítimamente la Constitución, y todo ello, sin que pueda ejercerse un control sobre la misma.

Con sentencias como esta, por supuesto, como sucede en cualquier régimen autoritario, la pregunta de siempre frente al poder incontrolado: *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*,³⁹³ queda sin respuesta.

393 Véase 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. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

CUARTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO Y EL SISTEMA DE GOBIERNO DEMOCRÁTICOS

Un reto importante que tiene el Juez Constitucional en el Estado Constitucional es asegurar no sólo que el acceso al poder se realice conforme a las previsiones establecidas en la Constitución, sino que el ejercicio del poder también se realice de acuerdo al texto de la misma.

En particular, en el sistema democrático establecido en la Constitución, el Juez Constitucional es el que tiene a su cargo el controlar que el acceso al poder se realice sólo mediante métodos democráticos, de manera que pueda tener competencia, por ejemplo, para controlar la constitucionalidad del comportamiento de los partidos políticos, pudiendo proscribir, por ejemplo, aquellos partidos con fines no democráticos cuyo objetivo es precisamente destruir la democracia.

Por otra parte, frente a violaciones constitucionales que signifiquen ruptura del hilo constitucional en

el acceso y ejercicio del poder, por ejemplo, cuando mediante un golpe de Estado o un golpe a la Constitución se deponga al Presidente de la República, el Juez Constitucional tiene que asumir el reto de restablecer el orden constitucional violado.

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL, ASUMIENDO DE OFICIO, LA DEFENSA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO FRENTE A UN GOLPE DE ESTADO PRESIDENCIAL: EL CASO DE GUATEMALA EN 1993

El 25 de mayo de 1993, el Presidente de Guatemala, Jorge A. Serrano Elías, adoptó un Decreto que denominó como "Normas Temporales de Gobierno," mediante el cual, materialmente daba un "autogolpe" de Estado, conforme al cual primero, dejaba sin efecto más de cuarenta artículos de la Constitución, veinte artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que regula la Jurisdicción Constitucional atribuida a la Corte de Constitucionalidad, y varios artículos de la Ley Electoral y de la Ley de Partidos Políticos; y segundo, disolvía todos los poderes del Estado, es decir, al Congreso, a la Corte Suprema y a la Corte Constitucional misma. Todo ello, además, fue anunciado públicamente por radio y televisión.

La Corte de Constitucionalidad, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales para actuar y conocer del control de constitucionalidad, ese mismo día 25 de mayo de 1999 decidió conocer de oficio sobre la constitucionalidad del mencionado Decreto de Normas Temporales de Gobierno, declarando su inconstitucionalidad por romper con el orden constitucional, y por tanto, anulándolo, y considerándolo sin efectos.

Para ejecutar su fallo, la Corte ordenó la publicación de la sentencia en el diario oficial.

La sentencia, en definitiva, no se llegó a publicar, y el Presidente de la República pretendió ejecutar el decreto. Frente a ello, y en virtud del carácter obligatorio que tienen las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, la misma reunida clandestinamente el 31 de mayo de 1993 (dada que su sede estaba ocupada por la Policía), dictó un auto de seguimiento de su sentencia de 25 de mayo, ordenando su ejecución, requiriendo el auxilio de los Ministros de Gobierno y de la Defensa para que se publicara su fallo, y requiriendo que fuera cumplido por el Poder Ejecutivo.

En buena parte, por el rol asumido por la Corte de Constitucionalidad, fue requerida el 1 de junio de 1993 para tener una reunión con la cúpula del Ejército, donde el Ministro de la Defensa notificó a los Magistrados que el Ejército había decidido acatar lo decidido por la Corte, y que además, que el Presidente había decidido abandonar su cargo. En esa forma, la sentencia de la Corte se ejecutó, habiéndose reinstalado tanto la Corte Suprema de Justicia como el Congreso.

Sin embargo, la crisis política no concluyó, pues el Vicepresidente de la República, quien había participado en el golpe de Estado, pretendió asumir la Presidencia requiriendo que el Congreso legalizara su investidura.

Frente a ello, la Corte de Constitucionalidad dictó una nueva decisión el 4 de mayo de 1993 considerando que el golpe de Estado que se había dado había alterado también al órgano ejecutivo, y dada la corresponsabilidad que tenía el Vicepresidente de la República en

el mismo, resolvió que estaba inhabilitado para ejercer el cargo. Dada la acefalía que resultaba en el Poder Ejecutivo, conforme a la Constitución (art. 186), correspondía entonces al Congreso designar los sustitutos del Presidente y Vicepresidente, lo que efectivamente así ocurrió.

En esta forma, el restablecimiento del orden constitucional y democrático lo asumió el supremo guardián de la Constitución, que era la Corte Constitucional, la cual para ello actuó de oficio.³⁹⁴

II EL JUEZ CONSTITUCIONAL ABSTENIÉNDOSE DE DEFENDER EL ORDEN DEMOCRÁTICO, A RAÍZ DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL PROVOCADA POR LA ANUNCIADA RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA AUSENCIA DEL VICEPRESIDENTE: CASO DE VENEZUELA EN 2002

En contraste con lo acaecido en Guatemala en 1993, en Venezuela, en una situación similar de crisis de gobierno por la anunciada renuncia del Presidente de la República y la acefalía del Ejecutivo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en cambio ni antes ni después de que se produjera un golpe de Estado el 12 de abril de 2002, asumió su rol de supremo guardián y garante de la constitucionalidad que tiene conforme

394 Sobre esa experiencia en Guatemala, véase Jorge Mario García Laguardia, "Justicia constitucional y defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala en 1993," en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 2, México 2000, pp. 4-20. Véase en *Revista Jurídica Virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art1.htm>

a la Constitución, habiéndose abstenido, totalmente, de intervenir para resolver constitucionalmente en la crisis política.

En efecto, en la madrugada del 12 de abril de 2002, después de una masiva manifestación pública que se apoderó de las calles de Caracas de rechazo a la gestión gubernamental del Presidente Hugo Chávez, que le exigía la renuncia al cargo, y luego de sucesivas manifestaciones públicas de desobediencia por parte de los altos Oficiales jefes de los diversos componentes militares por las muertes ocurridas de manifestantes indefensos y en rechazo a la ejecución de un plan de guerra represivo de los mismos que había sido ordenado por el gobierno, el Alto Mando Militar del Presidente de la República anunció públicamente al país que se le había pedido al Presidente su renuncia, pues se lo consideraba responsable de esos hechos,³⁹⁵ y que éste la había aceptado.³⁹⁶

395 Quien había sido Vicepresidente de la República y Coordinador del partido de Gobierno hasta poco tiempo antes, y antes había sido Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, Luis Miquilena, diría el mismo día 11 de abril en la noche que: "El Presidente es el principal responsable de lo que ha ocurrido en la tarde de hoy. De esa responsabilidad no lo salvará nadie. Ahora las instituciones tienen que funcionar. La Fiscalía, el Poder Judicial y creo que hay posibilidad de que la Asamblea Nacional empiece a funcionar." Véase en *El Universal*, Caracas 12-04-02, p. 1-6

396 El General en Jefe, Jefe del Alto Mando Militar Lucas Rincón anunció al país lo siguiente: "Pueblo venezolano, muy buenos días, los miembros del Alto Mando Militar deploran los lamentables acontecimientos sucedidos en la ciudad capital el día de ayer. Ante tales hechos se le solicitó al señor Presidente de la República la renuncia a su cargo, la cual aceptó. Los miembros del Alto Mando Militar ponemos, a partir de este momento, nuestros cargos a la orden, los cuales entregaremos a los oficiales que sean designados por las nuevas autoridades." Véase en Albor Rodríguez, (ed), *Verdades, Mentiras y Video. Lo más relevante de las interpelaciones en la Asamblea Nacional sobre los sucesos de abril*, Libros El Nacional, Caracas 2002, pp. 13 y 14

Como lo diría el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de su Sala Plena Accidental de 14 de agosto de 2002 (Caso: *Antejuicio de mérito respecto de oficiales militares*), “una vez que se anunció por el General en Jefe la renuncia del Presidente y del Alto Mando Militar, todo el país tenía el derecho y la obligación de creer, tal como sucedió con la OEA, que en Venezuela existía crisis en el poder ejecutivo por carencia de titular de la Presidencia.”³⁹⁷ Ese anuncio sobre la renuncia del Presidente de la República produjo, sin duda, consecuencias jurídicas y políticas graves,³⁹⁸ pues del anuncio oficial militar lo que resultaba era que en Venezuela no había gobierno civil en ejercicio, es decir, no había titulares en ejercicio del Poder Ejecutivo, y que, incluso, habría unas “nuevas autoridades.”³⁹⁹

En efecto, la renuncia de un Presidente de la República constituye una falta absoluta, y la misma, conforme al artículo 233 de la Constitución, la suple el Vicepresidente Ejecutivo. En el caso del anuncio público oficial de la renuncia del Presidente Chávez el 12

397 Véase en la sentencia N° 38 de la Sala Plena Accidental de 14 de agosto de 2002 (Caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz, antejuicio de mérito de oficiales militares superiores*) publicada el 19 de septiembre de 2002, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Septiembre/SENTENCIA%20DE%20LOS%20MILITARES.htm>

398 Véase lo que expusimos sobre la crisis de gobierno que se originó en *El Universal*, Caracas 18-05-02, p. D-4

399 Incluso, el Ministro de la Defensa, José Vicente Rangel comentó el mismo día 12-04-02, sobre el tema de la ruptura del hilo constitucional, que habría “un nuevo gobierno”; dijo no saber donde estaba el Vicepresidente Ejecutivo e indicó que “no hemos presentado renuncia puesto que a nosotros nos reemplazan”, *El Nacional*, Caracas 13-04-02, p. D-9. El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena Accidental en sentencia de 14-08-02, sobre esta afirmación del Ministro de Defensa dijo que “Llama la atención a la Sala que el entonces Ministro de la Defensa no haya sido tajante al calificar los acontecimientos que se acababan de producir.” Cit. Idem.

de abril de 2002 por el Jefe del Alto Mando Militar, el mismo no le indicó al país como lo mandaba la Constitución, que en consecuencia de la referida renuncia, el Vicepresidente de la República del momento, Diosdado Cabello, había asumido la Presidencia y estaba en ejercicio del Poder Ejecutivo, lo que hubiera implicado que el Alto Mando Militar habría permanecido inalterado. Al contrario, el Jefe del Alto Mando Militar afirmó que sus integrantes ponían sus cargos a la orden de las “nuevas autoridades,” lo que implicaba, jurídicamente, también, el anuncio de que en Venezuela no había nadie en ejercicio del Poder Ejecutivo, y que supuestamente habría “nuevas autoridades.”⁴⁰⁰

La Constitución de 1999 no regula una solución jurídica en los casos en los cuales se produce falta absoluta del Presidente y del Vicepresidente, en el sentido de que no establece quién asume en ese caso el Poder Ejecutivo; lo que al contrario, si regulaba la Constitución de 1961 al establecer los supuestos de sucesión presidencial transitoria, y disponer que en caso de falta absoluta del Presidente, mientras el Congreso elegía un nuevo Presidente, se encargaba de la Presidencia el Presidente del Congreso, a falta de éste, el Vicepresidente del mismo (Presidente de la Cámara de Diputados) y, en su defecto, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (art. 187). Nada de eso se establece en la Constitución de 1999.

Por tanto, con el anuncio oficial al país de la renuncia del Presidente, y ante la ausencia del Vicepresidente, se produjo una crisis de gobierno que la Consti-

400 Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia en Venezuela. La Carta democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros de El Nacional, Caracas 2002, p. 83 ss

tución no resolvía.⁴⁰¹ Además, no había ninguna razón para que alguien pudiera poner en duda el anuncio de la renuncia del Presidente y de la propia renuncia del Alto Mando Militar, y de que habría “nuevas autoridades”. El anuncio, en efecto no lo había hecho cualquier ciudadano ni cualquier funcionario; lo había hecho el más alto General de la República con el más alto rango en la jerarquía militar, que había sido designado, además, por el propio Presidente de la República cuya renuncia anunciaba. Dada la seriedad de la situación, no había motivos para dudar de la certeza del anuncio ni para considerar que el anuncio público era una burla al país y al mundo.

Pero por supuesto, por las graves consecuencias de orden constitucional y política que provocaba el anuncio, el mismo debió haber requerido atención y pronunciamiento inmediato por parte de los otros órganos del Estado, y particularmente del Tribunal Supremo de Justicia o de su Sala Constitucional, como garante último de la supremacía y efectividad de las

401 La ex Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Hildegard Rondón de Sansó expresó, sobre la crisis de gobierno que se produjo el 12-04-2002, que la ruptura del hilo constitucional se produjo “no por razones de fuerza, sino por las imprecisiones de la Carta Magna frente a la forma de suplir la falta absoluta derivada de la renuncia tanto del Presidente como del Vicepresidente Ejecutivo de la República. El vacío de la Constitución se cubriría a través de decretos leyes de facto, de modo que el nuevo régimen busque y encuentre su propia juridicidad”, *El Nacional*, 13-04-2002, p. D-10. El Dr. René Buroz Arismendi, abogado de los oficiales generales y almirantes a quienes se le siguió un antejuicio de mérito en el Tribunal Supremo, expresó su criterio sobre los efectos del anuncio del General Rincón: “El vacío de poder se generó cuando el General Lucas Rincón en presencia del Alto Mando militar afirmó que el Presidente había renunciado junto a su gabinete. En ese momento no había visiblemente ninguna autoridad que asumiera el cargo de Presidente”, *El Universal*, 11-07-2002, p. 1-8

normas y principios constitucionales, entre los cuales está el principio democrático. Ello hacía que la Sala Constitucional, en medio de la crisis, en definitiva era la única que podía dar una interpretación constitucional auténtica y vinculante que pudiera llenar el vacío normativo de la Constitución y contribuir a resolver la crisis política.

El Tribunal Supremo de Justicia, en efecto, conforme al artículo 335 de la Constitución es el órgano llamado a garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” y es “el máximo y último intérprete de esta Constitución” el cual debe velar “por su uniforme interpretación y aplicación,” siendo “las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales” de carácter “vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.” Conforme a esta previsión, incluso la Sala Constitucional ya había venido desarrollando amplias potestades de actuación de oficio en materias constitucionales,⁴⁰² por lo que lo menos que debió esperarse de la misma en ese momento de crisis constitucional era que asumiera su rol de garante supremo de la Constitución en situaciones de emergencia constitucional.

Sin embargo, en abril de 2002, en Venezuela no ocurrió nada parecido, y lo que se produjo fue la abstención del Tribunal Supremo de Justicia en pronunciarse sobre la crisis política y constitucional, lo que

402 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250

provocó que la misma se desarrollara al punto de llegar a formarse un gobierno de transición que luego de adoptar decisiones inconstitucionales, sólo duraría horas, no habiendo llegando nunca a asumir efectivamente el poder.⁴⁰³ Los Magistrados del Tribunal Supremo, en realidad, el mismo día 12 de abril de 2002, limitaron su actuación a pronunciarse generalmente, condenando los graves acontecimientos ocurridos en el país que motivaron los pronunciamientos militares, y el Presidente de dicho Tribunal, en lugar de convocar a los Magistrados para enfrentar y resolver constitucionalmente la crisis, lo que hizo fue, por su parte, “renunciar a su cargo para facilitar la labor del nuevo gobierno.”⁴⁰⁴ Como lo señalamos en otro lugar, la renuncia del Presidente y la ausencia del Vicepresidente:

“planteaba el grave problema constitucional derivado del vacío normativo de la Constitución que no resuelve expresamente la sucesión presidencial en caso de ausencia del Presidente y del Vicepresidente. Quien podía resolverlo era el Tribunal Supremo de Justicia, el cual se reunió el día 12 de abril en horas

403 Véase sobre el acto de instalación del llamado gobierno de transición el 12 de abril de 2002 y su contrariedad a la Constitución y a la Carta Democrática Interamericana lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia en Venezuela. La Carta democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros de El Nacional, Caracas 2002, p. 120

404 El periodista Edgar López reseñó la renuncia del magistrado Iván Rincón a su cargo de Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de la reunión del Tribunal el día 12-04-02 en horas del mediodía, antes de la instalación del llamado gobierno de transición. Señaló que Iván Rincón renunció en estos términos: “A objeto de facilitar la transitoriedad, la continuidad de las instituciones y el respeto al Estado de derecho y la seguridad jurídica, pongo a la orden el cargo de Magistrado de la Sala Constitucional y Presidente del Tribunal Supremo de Justicia”, *El Nacional*, Caracas, 13-4-2002, p. D-6.

de mediodía, pero lejos de pronunciarse sobre los acontecimientos, lo único que se supo es que su Presidente renunció para facilitar la labor de las nuevas autoridades, es decir, en definitiva también reconocía que habría nuevas autoridades.”⁴⁰⁵

Por ello, con razón, la ex Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa, señaló en mayo de 2002 que con la renuncia del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia lo que sucedió en Venezuela fue que el Tribunal “en pleno, mantuviera un silencio cómplice con respecto a los hechos del 11 de abril de 2002”, agregando, que el Presidente del Tribunal Supremo:

“era el garante, el que debía evitar que nadie violara la Constitución, pero no lo hizo. El debía alertar a todos los venezolanos sobre la ruptura del hilo democrático, pero no lo hizo. Tenemos a la cabeza del Poder Judicial a un hombre que violó su juramento de cumplir y hacer cumplir las leyes. Tenemos al frente del TSJ a un presidente indigno de su cargo. No tiene condiciones morales ni éticas. Ese señor no puede dictar más sentencias en este tribunal y mucho menos puede juzgar a los generales y almirantes que estarían implicados en la transitoriedad a la que él se plegó.”⁴⁰⁶

Es decir, ni el Tribunal Supremo ni su Presidente se pronunciaron en forma alguna sobre la crisis de gobierno que existía y que fue originada por el anun-

405 Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia en Venezuela. La Carta democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros de *El Nacional*, Caracas 2002, p. 94

406 Véase en *El Universal*, 03-05-02, p. 1-9. Por ello, la misma ex-Magistrada Cecilia Sosa acudió al Tribunal Supremo de Justicia a requerir se le “acceptara” la renuncia al Presidente del mismo, y cuando fue consultada sobre por qué sólo requirió la renuncia a Rincón, respondió: “El fue el único que nos puso la renuncia por escrito, así que yo espero que los demás magistrados también le acepten esa renuncia (*El Universal*, 03-05-02, p. 1-9).

cio de la renuncia del Presidente de la República. La Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, de la Sala de Casación Penal, en cambio, “denunció la posición genuflexa del máximo Tribunal ante el entonces Presidente H. Chávez. Lamentó que el Tribunal Supremo de Justicia no hubiera condenado de manera específica los delitos cometidos en los alrededores de Miraflores.”⁴⁰⁷

En todo caso, luego de haberse abstenido en pronunciarse para solucionar la crisis constitucional que se había originado por la anunciada renuncia del Presidente de la República, al decidir sobre la solicitud del Fiscal General de la República formulada ante el Tribunal Supremo para proceder al antejuicio de merito por el delito de rebelión militar respecto de varios de los altos oficiales involucrados en los sucesos del 12 de abril de 2002, el Tribunal Supremo en Sala Plena Accidental mediante sentencia N° 38 de 14 de agosto de 2002, publicada el 19 de septiembre de 2002, bajo la Ponencia de su Vicepresidente, Francklin Arrieche, se pronunció sobre el anuncio de la constitución de un gobierno provisorio por los militares imputados, dejando sentada su apreciación de que si bien ello había

407 Véase la reseña del periodista Edgar López. *El Nacional*, 13-4-2002, p. D-6. En otra reseña periodística de Edgar López, se ponen en evidencia las mutuas acusaciones y recusaciones entre sí, de los Magistrados del Tribunal Supremo, particularmente entre su Presidente Rincón y el Vicepresidente Arriechi, en relación con la actitud asumida por los Magistrados el 12 de abril de 2002. Se menciona el acta de la reunión del Tribunal Supremo del 12 de abril y la decisión de “los Magistrados de continuar en sus cargos”. Véase además, *El Nacional*, 15-06-02, p. D-1; *El Universal*, 04-07-02, p. 1-8. Confróntese con la información contenida en los reportajes de los periodistas Irma Álvarez, *El Universal*, Caracas, 23-06-02, p. 1-9; y 08-07-02, p. 1-8; y Alejandra Hernández, *El Universal*, 14-06-02, p. 1-4. Véase además las informaciones en *El Nacional*, 19-06-02, p. D-1; 27-06-02, p. D-1; *El Universal*, 19-06-02, p. 1-10; 04-07-02, p. 1-8; 05-07-02, p. 1-7

sido provocado por “el anuncio del General en Jefe sobre la renuncia del Presidente y del Alto Mando Militar,” y de que los militares “carecían de competencia” para ello, la situación era que “si no existía Presidente en ejercicio y antes se habían producido los graves acontecimientos que los militares tuvieron como móvil de sus pronunciamientos ... no puede decirse que con ello se pretendía impedir u obstaculizar el ejercicio de un poder ejecutivo sin titular, ni alterar el orden y la paz interior de la Nación que ya se había roto por elementos exógenos a los imputados.”⁴⁰⁸

Con esta decisión en la cual el Tribunal Supremo de Justicia declaró que no había méritos para enjuiciar por el delito de rebelión a los oficiales generales que se habían insubordinado contra el Presidente, considerando que al éste renunciar y no haber el Vicepresidente asumido el ejercicio del cargo, había “un poder

408 De ello concluyó la Sala Plena que “a pesar de que la Sala considere inaceptable el que alguien se arrogue la facultad de designar a un Presidente, tampoco puede concluir en que ese nombramiento encaje dentro de la descripción hecha en el artículo 476, ordinal 1, del Código Orgánico de Justicia Militar que, se ratifica una vez más, constituyó la única imputación fiscal formulada en la querrela;” y que “para que pueda imputarse un hecho criminoso a una persona no basta con que ella se encuentre presente en el momento y lugar cuando y donde tal conducta se produzca sino que esa acción censurable debe emanar de ella.” El Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, cuya Ponencia en el caso fue rechazada por la mayoría, sin embargo, dijo entre otras cosas que “La sentencia es un *“Monstrum horrendum”* del Derecho y constituye un golpe al Estado de Derecho y un ludibrio internacional. La sentencia tajó la Constitución y ha institucionalizado la injusticia y la impunidad e hizo tabla rasa del Derecho Penal, desnaturalizando todas sus finas esencias y el abecé de tan noble ciencia jurídica.” Véase en la sentencia N° 38 de la Sala Plena Accidental de 14 de agosto de 2002 (Caso: Julián Isafas Rodríguez Díaz, antejuicio de mérito de oficiales militares superiores) publicada el 19 de septiembre de 2002, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Septiembre/SENTENCIA%20DE%20LOS%20MILITARES.htm>

ejecutivo sin titular;" en todo caso, se inició la escalada final para la depuración de Magistrados del Tribunal Supremo que no eran afectos al gobierno, comenzando por el Magistrado Vicepresidente Franklin Arriechi quién había sido precisamente el Ponente de dicha decisión. El Magistrado fue sometido de inmediato a investigación por la Asamblea Nacional, la cual adoptó una decisión en su contra el 3 de diciembre de 2002,⁴⁰⁹ que sin embargo fue suspendida temporalmente en sus efectos mediante el ejercicio de una acción de amparo. Y como en ese momento el gobierno no contaba con la mayoría calificada de los 2/3 para removerlo de su cargo conforme al artículo 265 de la Constitución, así continuó en forma precaria en ejercicio de sus funciones hasta el 15 de junio de 2004, cuando luego de promulgarse, al fin, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia el 20 de mayo de 2004,⁴¹⁰ la Asamblea Nacional procedió, no a "removerlo" de su cargo conforme a las previsiones constitucionales, sino a "revocar el acto administrativo de nombramiento" del Magistrado con mayoría simple conforme a la nueva fórmula de remoción que había inventado la Asamblea Nacional en dicha Ley Orgánica, violando la Constitución.

En efecto, para obviar la exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes (art. 265) para remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional, en un evidente fraude a la Cons-

409 Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 18-06-2004, p. A-4

410 *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 20 de mayo de 2004. Para los comentarios sobre esta ley, véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos*, Caracas, 2004

titución, al sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo en 2004, "inventó" una forma distinta de remoción de los Magistrados, que denominó como "anulación del nombramiento de los Magistrados," que se podía adoptar con mayoría absoluta de votos de los diputados (art. 23), en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución. En consecuencia, una vez publicada a finales de mayo de 2004 la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, esta inconstitucional potestad fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional el 15 de junio de 2004 para decidir la remoción, anulando el acto del nombramiento, del mencionado Magistrado Franklin Arrieché, Vicepresidente del Tribunal Supremo, "en razón de haber suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su postulación para ser ratificado en ese cargo."⁴¹¹

Por otra parte, luego de la sanción de la Ley Orgánica, una vez que la Asamblea procedió a realizar los nombramientos de los nuevos Magistrados asegurándole al Gobierno la mayoría en las votaciones del Tribunal Supremo, la sentencia de la Sala Plena del Tribunal de 14 de agosto de 2002, que había declarado la ausencia de méritos para juzgar por el delito de rebelión a los oficiales militares superiores que participaron en los hechos de abril de 2002, fue objeto de una petición de revisión judicial introducida por el Fiscal General de la República ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo alegando que, al dictársela, se había violado el derecho al debido proceso en el caso (derecho al juez natural) porque en el procedimiento

411 Según la investigación parlamentaria, el Magistrado no habría tenido 15 años como profesor universitario titular, ni tampoco estudios de postgrado. Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 16-06-2004, p. A-5.

respectivo previo a su emisión, un Magistrado había decidido una recusación respecto de otros Magistrados, sin tener competencia para ello.

La Sala Constitucional mediante sentencia N° 23 de 11 de marzo de 2005 terminó así declarando con lugar la solicitud de revisión constitucional de la sentencia N° 38 publicada el 19 de septiembre de 2002, de la Sala Plena, tal como lo había pedido el Fiscal General de la República, anulándola, y disponiendo que como los oficiales objeto del procedimiento ya estaban en situación de retiro, no había caso a que se decidiera de nuevo antejuicio de mérito alguno ante el Tribunal Supremo, pudiendo aquél acusarlos directamente ante la jurisdicción ordinaria.⁴¹²

III. EL JUEZ CONSTITUCIONAL CONTROLANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO PARLAMENTARIO DE REMOCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: CASO DE PARAGUAY EN 2012

En el artículo 225 de la Constitución del Paraguay, en la Sección VI del Capítulo relativo al Poder Legislativo, se regula lo que en ella se denomina como "Juicio Político" al cual se puede someter al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los ministros del Poder Ejecutivo, a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, al Fiscal General del Estado, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República, al Subcontralor y a los integrantes del Tribunal Superior de

412 Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 233 de fecha 11 de marzo de 2005 (Caso: Julián Isaías Rodríguez Díaz, antejuicio de mérito a oficiales militares superiores), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/233-110305-04-3227.htm>

Justicia Electoral, exclusivamente “por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.”

En tal juicio político, la acusación correspondiente la debe formular la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios, y corresponde a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, “juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos,” pues si en los casos resulta la “supuesta comisión de delitos,” se deben pasar los antecedentes a la justicia ordinaria. La decisión que resulte del “juicio” desarrollado ante el Poder Legislativo, por tanto, es esencialmente política y consiste en declarar culpables a los funcionarios sólo a los efectos de separarlos de sus cargos, básicamente por mal desempeño de sus funciones, sin que las Cámaras legislativas puedan “juzgar” ni declarar culpables a los funcionarios de haber cometido delitos, lo que sólo compete a la justicia ordinaria.

Por tanto, el procedimiento constitucional tendiente a separar de sus cargos a los funcionarios del Estado por mal desempeño de sus funciones, a pesar de su denominación de “juicio político,” sin embargo, no es un tal “juicio” que se desarrolle en función jurisdiccional por el Poder legislativo en el cual se declare formalmente la “responsabilidad” del funcionario, sino que se trata de un procedimiento de orden político, con una finalidad estrictamente política, tendiente a juzgar políticamente el desempeño en sus cargos de los altos funcionarios del Estado, para lo cual se le confiere al Poder legislativo la potestad de decidir separarlos de los mismos cuando las Cámaras legislativas juzguen que han desempeñado mal sus funciones.

Se trata, en mi criterio, a pesar de cierta similitud formal con el *impeachment* norteamericano,⁴¹³ de uno de los tantos injertos del parlamentarismo que se han venido incorporando desde hace décadas en los sistemas presidenciales de América Latina, mediante la asignación al órgano legislativo de poderes de control político en relación con el gobierno, alejados de la ortodoxia de los sistemas presidenciales clásicos. En cuanto a la forma del procedimiento, sin embargo, de acuerdo con el modelo norteamericano, en el caso de la Constitución del Paraguay, tratándose también de una legislatura bicameral, se regula el procedimiento para la separación de sus cargos a los funcionarios mencionados, garantizándose, la participación política de ambas Cámaras, las cuales con determinadas mayorías deben, primero, la de Diputados, decidir formular la "acusación" política contra el funcionario ante el Senado; y segundo, la del Senado, "juzgar" con base en dicha acusación, sobre el mal desempeño en sus funciones del funcionario respectivo, y sobre los delitos que pueda haber cometido.

413 El "juicio político" en relación con el Presidente de la República en el Paraguay, en su regulación formal, podría decirse que tiene su antecedente en el *impeachment* previsto en la Constitución de los Estados Unidos de América (arts. I.2 y I.3), particularmente por la participación en el procedimiento parlamentario tanto de la Cámara de Diputados como de la Cámara de Senadores. Sin embargo, en cuanto a la sustancia del procedimiento, debe recordarse que en los Estados Unidos, en los casos de *impeachment* del Presidente de la Unión, ante la Cámara de Representantes y con la participación de su poderoso Comité de Asuntos Judiciales se desarrolla una intensa labor de investigación para la preparación de una verdadera "acusación," y ante el Senado se desarrolla un verdadero "proceso" con la peculiaridad única de que quien preside las sesiones en el Senado y conduce el "proceso" es el Presidente de la Suprema Corte. He allí la diferencia fundamental con la figura regulada en la Constitución del Paraguay.

Sin embargo, en su sustancia, el “juicio político” y la decisión que pueda adoptar el Congreso en el Paraguay, en nuestro criterio, *mutatis mutandi*, es más bien equivalente al voto de confianza que pueda presentarse ante un Parlamento en un sistema parlamentario, y que resulta en la pérdida para el gobierno de la confianza parlamentaria, y en la sustitución del jefe del gobierno, al perder la mayoría parlamentaria, con la posibilidad de convocatoria de inmediato a elecciones generales.

La Constitución del Paraguay, en todo caso, a pesar de que califica el procedimiento como un “juicio político” nada más establece sobre el mismo, y más bien precisa que para los casos en los cuales en la acusación del “juicio político” se haga referencia a supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o a delitos comunes, se deben entonces necesariamente pasar los antecedentes a la justicia ordinaria. Por tanto, como lo afirma el profesor Luis Enrique Chase Plate, este procedimiento:

“No es un juicio judicial, sino uno de los controles esenciales del Parlamento sobre los actos de los miembros del Poder Ejecutivo y de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Es uno de los pilares de una república para dilucidar la responsabilidad política de los gobernantes, como bien lo enseña Karl Loewenstein.

En este juicio, según la doctrina más ponderada, el Congreso tiene un alto grado de discrecionalidad para calificar cuando existe violación de la Constitución y mal desempeño de las funciones. La constitucionalista Gelli dice que “el juicio de destitución o remoción de los funcionarios y magistrados sometidos a ese control es político, con propósitos políticos,

promovido por culpas políticas, cuya consideración incumbe a un cuerpo político y con efectos políticos. Aún en los casos de traición y soborno el juzgamiento es político y nada más."⁴¹⁴

Con fundamento en el referido procedimiento constitucional, en el Paraguay, el 21 de junio de 2012, el Congreso decidió iniciar un juicio político contra el Presidente de la República Fernando Lugo, particularmente después de la ocurrencia de una masacre de cerca de 20 personas, entre policías e invasores de tierras. La acusación fue presentada por la Cámara de Diputados ante el Senado, en la cual, en sesión pública, el Presidente fue representado y defendido por cinco abogados de los cuales tres intervinieron ampliamente ante dicha Cámara. El Presidente Lugo había manifestado el mismo día 21 de junio que iba a acudir personalmente para ser oído ante la Cámara de Senadores. Sin embargo, el día siguiente, 22 de junio, no acudió al Senado permaneciendo en el Palacio de Gobierno con una Comisión de Cancilleres y el Secretario de UNASUR.

Ese mismo día 22 de junio de 2012, después de oír la defensa del Presidente expresada por tres de los abogados que designó (además de un profesional del derecho, abogado en ejercicio, el Asesor Jurídico de la Presidencia de la República y el Procurador General de la República), la Cámara de Senadores procedió al voto nominal decidiendo separar de su cargo al Presidente de la República. De 80 Diputados, 77 diputados votaron por la acusación del Presidente con un solo

414 Véase Luis Enrique Chase Plate, "Inaceptable intervención de Unasur y del Mercosur," en el diario *abc*, La Asunción, 26 de junio de 2012, en www.abc.com.py/edicion-impres/ opinion/inaceptable-intervencion-de-unasur-y-del-mercosur-418706.html

voto en contra; y de los 45 Senadores, con tres ausencias, 39 votaron por la condena y separación del cargo del Presidente por mal desempeño de sus funciones. El Presidente separado de su cargo, en un discurso público de despedida en el Palacio de Gobierno acató públicamente la decisión, el cual fue transmitido por televisión. La consecuencia fue que al final de la tarde de ese mismo día 22 de junio de 2012, en sesión extraordinaria del Congreso (Diputados y Senadores reunidos) juró inmediatamente el Vicepresidente de la República Federico Franco como Presidente de la República del Paraguay.

Frente a la decisión, aparte de las reacciones políticas de organismos internacionales como de la propia UNASUR y de MERCOSUR, que llegaron a calificar incorrectamente la situación como un golpe de Estado,⁴¹⁵ sin duda hubo premura política en su adopción, quizás provocada por la necesidad de preservar el orden democrático frente a presiones indebidas de funcionarios de otros gobiernos latinoamericanos en el ámbito militar interno de Paraguay.⁴¹⁶ En el procedimiento del

415 Al contrario, Jorge Reinaldo Vanossi, calificó el hecho en un artículo expresando que “Fue una crisis institucional, no una asonada,” en Infobae.com, América, 26-6-2012, en <http://america.infobae.com/notas/53118-Paraguay-fue-una-crisis-institucional>

416 En el diario *La Nación*, *La Asunción* 29 de junio de 2012, bajo el título “Acusan a Venezuela de instigar una sublevación. Denuncian gestiones con los militares,” se reseña lo siguiente, “La nueva ministra de Defensa paraguaya, María Liz García de Arnold, añadió más dramatismo a los hechos que precedieron a la destitución de Fernando Lugo, al declarar que el canciller venezolano, Nicolás Maduro, instigó una “sublevación” militar para salvar al ex presidente. / “El canciller [Maduro] arengó [a los militares paraguayos] a que respondieran a una situación que se estaba dando y que afectaba al ex presidente, y les pidió que respondieran conforme a lo que le ocurriera”, fue la grave acusación de la ministra paraguaya. / Maduro se encontraba en Asunción porque integró la delegación

“juicio político,” en todo caso, el derecho a la defensa se le garantizó al Presidente, a pesar incluso de que se trató de una apreciación política sobre mal desempeño del Presidente en sus funciones, y el propio Presidente separado de su cargo aceptó la decisión, a pesar de que se pueda argumentar sobre si las sesiones parlamentarias correspondientes debían haber durado más tiempo. Tratándose de un procedimiento político, llevado a cabo ante un órgano político, cuya motivación es política, para “juzgar” conductas políticas, y cuya decisión es política, sin duda, el tiempo de duración del procedimiento para garantizar el derecho a la defensa no se puede establecer con los mismos criterios que se deben aplicar en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo.

En todo caso, el Presidente Lugo, desde cuando se inició el procedimiento del “juicio político” comenzó a ejercer su derecho a la defensa y ejerció una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia contra la Resolución del Senado N° 878 de 21 de junio de 2012 mediante la cual se había establecido “el procedimiento para la tramitación del juicio político previsto en el artículo 225 de la Constitución”; acción que fue decidida por sentencia A.I. N° 1553 de 25 de junio de 2012, en la cual la Sala desestimó sin más trámites la acción, considerando entre otros aspectos, que “la institución que se denomina ‘juicio político’ es un procedimiento parlamentario administrativo que la Constitución ha encargado, como

de cancilleres de la Unasur que estuvo en la capital paraguaya durante el juicio político a Lugo, para vigilar el proceso. Para eso se reunió con autoridades, políticos y legisladores. “No fuimos escuchados”, dijo el propio canciller venezolano.” Véase en <http://www.lanacion.com.ar/1486187-acusan-a-venezuela-de-instigar-una-sublevacion>

competencia exclusiva, al Congreso Nacional." Sobre dicho procedimiento, la Sala además puntualizó:

"Que se trata de un procedimiento en que se juzgan conductas políticas -causas de responsabilidad-. No es un juicio ordinario de carácter jurisdiccional como el que se realiza en el ámbito judicial y, aunque existen analogías con el proceso ordinario, estas son solo parciales, teniendo en cuenta las características del juicio político que se rige exclusivamente por el artículo 225 de la Constitución (principio de legalidad) en ese sentido, el Dr. Emilio Camacho expresa: Pretender equipararlo a un proceso judicial es desconocer la naturaleza del juicio político, además de constituir una perversión inadmisibles del principio de responsabilidad política, esencial e inherente a la democracia misma. Lo que debe garantizarse a una persona sometida a juicio político es que pueda ejercer su defensa dentro de un juicio político y no dentro de un proceso judicial, que se rige por otras normas muy diferentes (CAMACHO, Emilio, *Derecho Constitucional*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2007, T. II, Pág. 141.).

Que, por el sistema establecido en la Constitución nacional el llamado juicio político es un mecanismo de control del Congreso sobre la gestión de algunos altos funcionarios con el objeto de que estos, en caso de incurrir en mal desempeño puedan ser removidos del cargo. Lo que el Senado toma en consideración es el mal desempeño en el cargo y la comisión de delitos, pero no juzga en sentido estricto, sino lo que realiza es un juicio de responsabilidad como funcionario público. Por ello, la declaración de culpabilidad solo implica la separación del cargo, pues en el caso de la supuesta comisión de delitos los antecedentes deben pasar a la justicia ordinario, según en artículo 225 de la Constitución."

En este caso del "juicio político" seguido al Presidente del Paraguay Sr. Fernando Lugo, el juez consti-

tucional intervino oportuna y adecuadamente, "controlando la constitucionalidad del procedimiento seguido a solicitud del propio Lugo, concluyendo en definitiva que el procedimiento pautado en la Constitución "técnicamente no es jurisdiccional," por lo cual "las garantías propias del proceso judicial, aunque puedan ser aplicadas, no lo son de manera absoluta sino parcial con el objeto de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del acusado;" las cuales en el caso fueron debidamente garantizadas.

QUINTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LOS AVANCES Y CARENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y PROGRESIVIDAD

Otro de los grandes retos del juez constitucional como garante de la Constitución es el de asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos fundamentales, particularmente sobre la base del principio de la progresividad y universalidad.

Ello implica, particularmente, que el juez constitucional debe asumir su rol protector de los derechos constitucionales, mediante el conocimiento y decisión de las acciones de amparo, de tutela o de protección constitucional, denominadas en Brasil como *mandado de segurança* y *mandado de injuncao* (Brasil).⁴¹⁷ La ins-

417 En relación con nuestros trabajos comparativos sobre el tema véase Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp; también publicado en

titución del amparo, sin duda, desde el inicio de su regulación en México, se ha convertido en una institución latinoamericana,⁴¹⁸ que además encuentra ahora su paradigma en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El reto, en una forma u otra del Juez Constitucional en los países de América Latina, es asegurar la protección de los derechos de toda persona, conforme lo indica el artículo 25 de la Convención, mediante un recurso sencillo y rápido o mediante cualquier otro recurso efectivo, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esta consagración del derecho de amparo en la Convención Americana, la cual constituye derecho aplicable en todos nuestros países -incluso en muchos de ellos con rango constitucional-, implica el establecimiento de una obligación internacional impuesta a los

el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp. y en el libro *La protección jurídica del ciudadano*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.740; Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2005; y Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*. Cambridge University Press, New York 2009. Véase además, y *Leyes de Amparo de América Latina*, (Compilación y Estudio Preliminar), Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Instituto de Administración Pública del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México, Academia de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, 2 vols. Jalisco 2009.

418 Véase en general, Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Ed. Porrúa, México 2006

Estados Miembros de asegurar a las personas ese recurso efectivo de protección de sus derechos. Por ello, la propia Convención dispone que los Estados Partes se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (art. 25,2,a). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, incluso ha señalado en una Opinión Consultiva (OC-9/87, sec. 24) que para que el recurso exista: “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y prever lo necesario para remediarla”; al punto de que su falta de consagración en el derecho interno podría considerarse como una trasgresión de la Convención.

En la actualidad, por tanto, puede considerarse que la regulación contenida en la Convención Americana sobre el derecho de amparo, constituye el parámetro más adecuado e importante en América Latina sobre este mecanismo efectivo de protección de los derechos humanos, que debe servir de marco para que el Juez Constitucional proceda a asegurar la protección constitucional, superándose las posibles restricciones nacionales a la institución del amparo que todavía subsisten en muchos países.

Conforme al antes mencionado artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje sigue los del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribu-

nales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la respectiva Constitución y en las leyes, y en la propia Convención Americana.

De esta norma internacional puede decirse que se derivan los contornos fundamentales que debería tener la institución del amparo, de tutela o de protección de los derechos fundamentales en los derechos internos, cuyo sentido⁴¹⁹ se puede conformar por los siguientes elementos:

En *primer* lugar, la Convención Americana concibe al amparo como un derecho fundamental⁴²⁰ en si mismo y no sólo como una garantía adjetiva, en una concepción que, sin embargo, no se ha seguido generalmente en América Latina. En realidad sólo en Venezuela el amparo se ha concebido en la Constitución como un derecho más que como una sola garantía adjetiva.⁴²¹

Se indica en la Convención, que toda persona “tiene derecho” a un recurso, lo que no significa que solamente tenga derecho a una específica garantía adjetiva que se concretiza en un solo recurso o en una acción de

419 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo en América Latina: La universalización del Régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales”, en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos “Cristóbal Mendoza”, Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34

420 Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, Ensayos sobre el derecho de amparo, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), El derecho de amparo en el mundo, Porrúa, México 2006

421 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol V, Derecho y Acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998

amparo, tutela o protección. El derecho, se ha concebido más amplio como derecho a la protección constitucional de los derechos o al amparo de los mismos. Por eso, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional de las personas, a tener a su disposición medios judiciales efectivos, rápidos y eficaces de protección.

Por ello, en *segundo* lugar, los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos a los que se refiere la Convención Americana pueden ser variados. Lo que deben ser es efectivos, rápidos y sencillos y los mismos puede ser de cualquier clase, de cualquier medio judicial y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Es decir, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios.

En *tercer* lugar, debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar a "toda persona" sin distingo de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *cuarto* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o la acción de amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente es del Poder Judicial.

En *quinto* lugar, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos constitucionales que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana, por lo que también son protegibles aquellos establecidos en los instrumentos internacionales. Por ello, aquí adquieren todo su valor las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aún cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional.

Además, en *sexto* lugar, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención es también contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de los particulares, individuos o empresas de cualquier naturaleza, que violen o amenacen violar los derechos fundamentales.

Este es, en realidad, el parámetro que establece la Convención Americana sobre el amparo, y es ese el que debería prevalecer en los derechos internos, donde hay que realizar un importante esfuerzo de adaptación para superar el cuadro de restricciones constitucionales o legislativas que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo; que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringida.

Por lo demás, no hay que olvidar que en la mayoría de los países latinoamericanos la Convención tiene rango constitucional o rango supra legal, e incluso, en algunos tiene rango supra constitucional⁴²², lo que implica la necesidad jurídica de que la legislación interna se adapte a la misma. Además, la amplitud de la regulación de la Convención Americana sobre Derechos humanos, así como el proceso de constitucionalización de sus regulaciones que ha ocurrido en América Latina, plantean al juez constitucional, en ausencia de reformas legales, el reto de adaptar las previsiones de la

422 En relación a la clasificación de los sistemas constitucionales de acuerdo con el rango de los tratados internacionales, véase Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; 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; Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Cámara de Diputados, México 2004, pp. 26 ss; y 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. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 ss.

legislación interna a las exigencias de la Convención, cuyo contenido constituye, en definitiva, un estándar mínimo común para todos los Estados.

Ello implica, si nos adentramos en las regulaciones de derecho interno de muchos de nuestros países, la necesidad, por ejemplo, de que se amplíe la protección constitucional de manera que la pueda acordar cualquier juez o tribunal y no sólo un Tribunal como ocurre en Costa Rica, El Salvador o Nicaragua; mediante el ejercicio de todas las vías judiciales y no sólo a través de un sólo recurso o acción de amparo como sucede en la gran mayoría de los países; en relación con todas las personas y para la protección de absolutamente todos los derechos constitucionales, y no sólo algunos, como sucede en Chile o Colombia; y contra todo acto u omisión provenga de quién provenga, incluyendo de particulares, superando las restricciones que en este aspecto existen en muchos de nuestros países.

I. LA NECESARIA PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES

Uno de los propósitos esenciales de los sistemas de justicia constitucional, establecidos precisamente para garantizar la Constitución, es la protección de la parte dogmática del texto fundamental, es decir, la protección de los derechos declarados en la misma o que por virtud de sus normas, han adquirido rango y valor constitucional, estando fuera del alcance del legislador en el sentido que no pueden ser eliminados o disminuidos mediante leyes.

Por ello es que tienen tanta importancia las declaraciones constitucionales de derechos, pues le permi-

ten al juez constitucional proceder de inmediato a asegurar su protección. Ello contrasta con otros sistemas, como el estadounidense, donde la escueta declaración constitucional de derechos hace a veces más laborioso procurar su protección constitucional, como ha ocurrido por ejemplo, con los derechos sociales, como los relativos a la educación o a la vivienda. En relación con el derecho de educación, por ejemplo, no es considerado en los Estados Unidos como un derecho fundamental, razón por la cual la Corte Suprema en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodriguez et al.*, 411 U.S. 1; 93 S. Ct. 1278; 36 L. Ed. 2d 16; (1973), del 21 de marzo de 1973, haya decidido que aunque la educación "es uno de los más importantes servicios prestados por el estado (como se declaró en *Brown v. Board of Education*), no está dentro de la limitada categoría de derechos reconocida por esta Corte como garantizada por la Constitución." En este caso, la Corte Suprema negó a dicho derecho la cualidad de "derecho fundamental", insistiendo que "la educación, no obstante su indiscutida importancia, no es un derecho al que se reconoce, explícita o implícitamente, protección por la constitución."

Al resolver el caso, la Corte Suprema se refirió a otra decisión emitida en el caso *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), donde tratando otras materias de asistencia social pública, la Corte sentenció que:

"No es terreno de esta Corte el crear derechos constitucionales sustanciales a título de garantizar la igualdad de las leyes. De allí que la clave para descubrir si la educación es "fundamental" no se encontrará en comparaciones sobre la significación social relativa de la educación, con la subsistencia o la vivienda. Ni tampoco se encontrará al sopesar si la educación es

tan importante como el derecho a movilizarse. Más bien, la respuesta yace en determinar si existe un derecho a la educación, explícita o implícitamente, garantizado por la Constitución. ”

En apoyo del antes mencionado caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodriguez et al.*, la Corte también se refirió a otro caso -*Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972)- dictado solo un año antes y en el cual reiteró firmemente “que la importancia social no es el determinante crítico para sujetar la legislación estatal a examen estricto,” negando rango constitucional al derecho a tener una vivienda, disponiendo que sin denigrar de “la importancia de una vivienda decente, segura e higiénica,” el hecho es que “la Constitución no dispone de medios judiciales para cada anomalía social o económica,” siendo la materia de atribución legislativa y no judicial.

Por consiguiente, el elemento clave para que los derechos humanos sean materia de protección constitucional -también en los Estados Unidos- es su rango o reconocimiento constitucional que tengan como derechos, independientemente de la posibilidad que sean además regulados por las leyes. Esta es la situación general en América Latina, donde como se dijo, la acción de amparo se dispone para la protección de los derechos consagrados en las Constituciones, independientemente de si además están regulados en las leyes.

El tema central, por tanto, en esta materia de la protección constitucional de los derechos es el relativo a cuáles son los susceptibles de tal protección, siendo la regla general, que todos los derechos constitucionales deben y pueden ser protegidos sin excepción. Aún

así, esta regla tiene su excepción en los casos de Chile y Colombia donde el alcance de la protección del amparo ha sido reducida a solo ciertos derechos constitucionales.

1. *El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales*

De acuerdo con la regla general, los derechos protegidos por la acción de amparo son los "derechos constitucionales", expresión que comprende, *primero*, los derechos expresamente declarados en la Constitución, cualquiera que sea la fórmula que se utilice; *segundo*, aquellos derechos que aun no siendo enumerados en las Constituciones son inherentes a los seres humanos; y *tercero*, aquellos derechos enumerados en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. En palabras de las leyes de amparo argentina (art. 1) y uruguayo de 1.988 (art. 72), la protección constitucional se refiere a los derechos y libertades "explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional."

De manera que, por ejemplo, en el caso de Venezuela todos los derechos enumerados en el Título III de la constitución -referido a los derechos humanos, garantías y deberes- son protegidos mediante la acción de amparo. Tales derechos son los derechos de ciudadanía, derechos civiles (o individuales), los derechos políticos, los derechos sociales y de las familias, los derechos culturales y educativos, los derechos económicos, los derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas enumerados en los artículos 19 al 129. Adicionalmente, todo otro derecho y garantía constitucional derivado de otras disposiciones consti-

tucionales también puede ser protegido aun cuando no esté incluido en el Título III como, por ejemplo, la garantía constitucional de independencia del poder judicial o la garantía constitucional de la legalidad del impuesto (los impuestos solo pueden ser fijados por ley).⁴²³

Respecto de los derechos protegidos y a través de las cláusulas abiertas de los derechos constitucionales, casi todos los países latinoamericanos han admitido la protección constitucional respecto de los derechos y garantías constitucionales no expresamente enumerados en la Constitución pero que pueden ser considerados inherentes a los seres humanos. Estas cláusulas abiertas, que han sido ampliamente aplicadas por los tribunales latinoamericanos, no quedando duda en relación con la posibilidad de que un derecho o garantía sea protegido constitucionalmente, tiene su directo antecedente en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual, sin embargo, allí solo se ha aplicado en pocas ocasiones.

Por ejemplo, en el caso *Griswold v. Connecticut*, de 7 de junio de 1965 (1965, 381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678; 14 L. Ed. 2d 510), la Suprema Corte declaró que, aunque no estuviese expresamente mencionado en la Constitución, el derecho de privacidad marital debía ser considerado como un derecho constitucional, comprendido en el concepto de libertad y protegido

423 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, Derecho y Acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998, pp. 209 ss. Véase decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, caso *Fecadove*, en Rafael Chavero G., *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas, 2001, p. 157.

constitucionalmente. En contraste, sin embargo, como se dijo, casi todas las constituciones latinoamericanas, con excepción de Cuba, Chile, México y Panamá, contienen cláusulas abiertas de este tipo, enfatizando que la declaración o enunciación de derechos establecida en la Constitución no se entenderá como la negación de otros no establecidos ahí y que son inherentes al individuo o a su dignidad humana. Cláusulas de este tipo se encuentran en las constituciones de Argentina (art. 33), Bolivia (art. 33), Colombia (art. 94), Costa Rica (art. 74), Ecuador (art. 19), Guatemala (art. 44), Honduras (art. 63), Nicaragua (art. 46), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72) y Venezuela (art. 22).

La Constitución de la República Dominicana es menos expresiva, indicando solamente que la enumeración constitucional de los derechos "no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza " (art. 74.1). La constitución de Ecuador, por ejemplo, se refiere a que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, "no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. (art. 11.7).

En otros casos, como la Constitución de Brasil, la cláusula abierta, sin referirse a los derechos inherentes de las personas humanas, indica que la enumeración de derechos y garantías en la Constitución, no excluye otros derechos derivados del régimen y principios establecidos por la Constitución o por los tratados internacionales en los cuales la República Federati-

va de Brasil sea parte." (art. 5.2). La Constitución de Costa Rica se refiere a esos derechos "que se deriven del principio cristiano de justicia social" (art. 74), una expresión que puede interpretarse en el sentido de la dignidad humana y justicia social.

En otras constituciones, en vez de referirse a derechos inherente a los seres humanos, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno y, por consiguiente, más énfasis se hace respecto de los derechos políticos que a los derechos inherentes de las personas humanas. Este es el caso de Argentina, donde el artículo 33 de la Constitución establece que "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno." Disposiciones similares están contenidas en las constituciones de Bolivia (art. 55) y Uruguay (art. 72). En Perú (art. 3) y Honduras (art. 63) las constituciones se refieren a otros derechos de naturaleza análoga o que están fundamentados en la "dignidad del hombre o en la soberanía del pueblo, el imperio democrático de la ley y la forma republicana de gobierno."

En todos estos casos, la incorporación de cláusulas abiertas en la constitución respecto de los derechos humanos implica que la ausencia de regulaciones legales de dichos derechos no puede ser invocada para negar o menoscabar su ejercicio por el pueblo, como está expresado en muchas constituciones (Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela y Ecuador).

Pero además de los derechos declarados en la Constitución y aquellos derivados de las cláusulas abiertas como inherentes a la persona humana, los derechos declarados en los tratados internacionales pueden también ser protegidos mediante la acción de amparo. Esto está también expresamente previsto en muchos países donde los derechos declarados en tratados internacionales se les ha conferido rango constitucional, como es el caso de Venezuela (Constitución, art. 23). Asimismo en Costa Rica, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución es absolutamente claro cuando garantiza el derecho de toda persona a intentar acciones de amparo para mantener o restablecer el goce de todo otro derecho otorgado por esta Constitución así como de aquellos de naturaleza fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la república. En el mismo sentido está regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2.009 de Ecuador que establece en su artículo 1 que "esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional."

Por consiguiente, el alcance de la protección constitucional del amparo en América Latina en general es muy amplio. Esto ha provocado que en algunos países -a fin de determinar el alcance de la protección constitucional del amparo y habeas corpus- las leyes especiales que regulan el amparo tiendan a ser exhaustivas al enumerar los derechos a ser protegidos, como es el

caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237 de 2.004) expresamente enumera e identifica cuales son los derechos a ser protegidos mediante el amparo y el habeas corpus. Respecto de éste último, una lista extensa está dispuesta en el artículo 25 de la ley, añadiendo que "también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio." Asimismo y respecto de la acción de amparo, el mismo código peruano de procedimiento constitucional incluye una larga lista de derechos (art. 37) a ser protegidos, incluyendo al final una referencia a todos "los demás que la Constitución reconoce", resolviendo los problemas que normalmente tiene la práctica de enumerar situaciones específicas en las leyes con el riesgo general de dejar asuntos por fuera.

La ley guatemalteca de amparo también tiende a agotar la enumeración de casos en que la acción de amparo puede intentarse⁴²⁴, añadiendo asimismo que su admisión se extiende a cualquier situación que presente un riesgo, amenaza, restricción o violación de los derechos reconocidos por "la Constitución y las leyes de la República de Guatemala", sea que la situación sea causada por entidades o personas de derecho público o privado.

En todos estos casos, cuando se enumeran sin limitación los derechos constitucionales a ser protegidos mediante las acciones de amparo y habeas corpus y si

424 Véase. Jorge Mario García La Guardia, "La Constitución y su defensa en Guatemala," en *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 717-719; y *La Constitución Guatemalteca de 1985*, México, 1992.

no hay riesgo de dejar fuera derechos constitucionales a ser considerados como protegidos, indudablemente estas leyes son importantes instrumentos para la ejecución judicial de los derechos y para la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de los derechos a ser protegidos.

2. El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales

Aun cuando es verdad que el principio general es que solo los derechos constitucionales han de ser protegidos mediante el amparo y hábeas corpus, el hecho es que no todas las constituciones latinoamericanas garantizan esa protección constitucional para todos los derechos constitucionales.

Como ya se mencionó y en contraste con el general sentido protector latinoamericano, en el caso de Chile y Colombia, la acción específica de tutela y de protección de los derechos y libertades constitucionales está solamente establecida en la constitución para proteger ciertos derechos y garantías. En estos casos, el alcance de la acción de amparo es uno restringido, el cual ha caracterizado, asimismo, los sistemas restrictivos seguidos en las constituciones alemana y española en relación con los recursos de amparo que están establecidos únicamente para la protección de los así llamados "derechos fundamentales".

A. La acción de protección chilena para determinados derechos

En Chile, aparte de la acción de hábeas corpus establecida para proteger a cualquier individuo contra arrestos inconstitucionales, detenciones y encarcela-

miento; el recurso de protección está establecido sólo para garantizar algunos derechos constitucionales enumerados en el artículo 19, numerales 1, 2, 3 (párrafo 4o.), 4, 5, 6, 9 (párrafo final), 11, 12, 13, 15, 16 de la constitución y en el cuarto párrafo y numerales 19, 21, 22, 23, 24 y 25 de la misma constitución.

La lista asimismo se refiere principalmente a derechos civiles o individuales, también incluyendo algunos derechos sociales, como el derecho a elegir un sistema de salud pública, la libertad para enseñar y trabajar y de afiliarse a sindicatos laborales; algunos derechos a la libertad económica y de propiedad; y el derecho a tener un ambiente descontaminado.

Aparte de todos estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos consagrados en la constitución no tienen un medio específico de protección, estando su protección a cargo de los tribunales ordinarios a través de los procedimientos judiciales ordinarios.

B. La acción de 'tutela' colombiana para la protección de derechos fundamentales

En el caso de Colombia, además del hábeas corpus, la constitución también establece la acción de *tutela*, en el art. 86, para la protección inmediata de lo que se llaman "derechos constitucionales fundamentales".

En efecto, el Título II de la constitución se dedica a establecer "los derechos, garantías y deberes", enumerándolos en tres capítulos: el Capítulo 1 contiene la lista de "derechos fundamentales"; el Capítulo 2 enumera los derechos sociales, económicos y culturales; y el Capítulo 3 se refiere a los derechos colectivos y al ambiente sano.

De esta declaración constitucional de derechos resulta que solamente los tal llamados “derechos fundamentales” enumerados en el Capítulo 1 (art. 11 a 41) son los derechos constitucionales que se pueden proteger por medio de la *acción de tutela*, y los demás quedan excluidos de ella, y protegidos sólo por los medios judiciales ordinarios.

Por otro lado, el art. 85 de la constitución también indica que entre estos “derechos fundamentales”, los de “inmediata aplicación” son los protegidos por la acción de *tutela*. La lista también se refiere a los derechos civiles y políticos, y entre los derechos sociales, incluye la libertad de enseñanza. Otros derechos consagrados en otros artículos de la Constitución también se califican como derechos fundamentales, como los “derechos fundamentales” de los niños, enumerados en el art. 44 sobre la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

Aparte de estos derechos constitucionales expresamente declarados como “derechos fundamentales”, los demás derechos constitucionales no tienen protección constitucional por medio de la acción de *tutela* y serán protegidos por medio del proceso judicial ordinario.

No obstante esta norma limitante, incluso si un derecho no está expresamente señalado en la Constitución como “fundamental”, la Corte Constitucional de Colombia, como supremo intérprete de la constitución, ha reconocido tal carácter a otros derechos, extendiendo la protección de la *tutela* a derechos no definidos como “fundamentales”, pero considerados interdependientes con otros que tienen tal naturaleza, como el derecho a la vida.

Con respecto a esto, en una de sus primeras sentencias (N° T-02 del 8 de mayo de 1992) emitida en un caso sobre derechos educativos, la Corte Constitucional sentenció que el criterio principal para identificar “derechos fundamentales” es “determinar si son o no derechos esenciales de los seres humanos”, tarea que siempre debe realizar el juez de *tutela*, quien debe comenzar su sentencia analizando los primeros noventa y cuatro artículos de la constitución, y si es necesario, aplicando la cláusula abierta sobre derechos humanos inherentes a las personas humanas.

Estos artículos, interpretados por la Corte Constitucional a la luz de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, permiten a la Corte inferir lo que se pueden considerar derechos inalienables, inherentes y esenciales de los seres humanos, lo que hace que, de hecho, la lista de “derechos fundamentales” del Capítulo 1 del Título II de la constitución no sea exhaustiva de los “derechos fundamentales” y no excluya otros derechos de la posibilidad de ser considerados fundamentales y objetos de litigio por medio de la acción de *tutela*.⁴²⁵

Con la finalidad de identificar esos derechos fundamentales, la Corte Constitucional también ha aplicado el principio de “conexión” entre los derechos constitucionales, en particular sobre los derechos económicos, culturales y sociales, sentenciando que es posible aceptar la acción de *tutela* con respecto a esos derechos en casos en los que también haya ocurrido la violación de un derecho fundamental.

425 Véase sentencia N° T-02 del 8 de mayo de 1992, en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, pp. 49-54.

Por ejemplo, en la sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1992, la Corte admitió una acción de *tutela* presentada en el caso de una inundación de un drenaje público, por la que el accionante reclamó la reivindicación del derecho a la salud pública, el derecho a un ambiente sano y a la salud de la población en general. Aunque la acción fue rechazada por el tribunal inferior al considerar que no estaban involucrados los derechos fundamentales, la Corte Constitucional la admitió al considerar que el derecho a un sistema de drenaje, en circunstancias en las que evidentemente quedaban afectados los derechos constitucionales fundamentales, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, o los derechos de los discapacitados, debía considerarse objeto de litigio por medio de la *tutela*.⁴²⁶

A través de este principio interpretativo de la conexión con los derechos fundamentales, de hecho los tribunales colombianos protegen casi todos los derechos constitucionales, incluso aquellos no enumerados como derechos fundamentales.

3. *La cuestión de la protección de los derechos en situaciones de emergencia*

Otra cuestión que debe mencionarse sobre la situación de los derechos constitucionales como objeto de litigio por medio de la acción de amparo es el alcance y extensión de tal protección constitucional y la admisibilidad de las acciones de amparo en situaciones de emergencia.

Por ejemplo, la cuestión se discutió y además quedó regulada en el artículo 6.7 de la Ley Orgánica de

426 Véase sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1992, en *Idem*, pp. 55-63.

Amparo de Venezuela de 1988, al establecer que la acción de amparo era inadmisibile "en caso de suspensión de los derechos y garantías" cuando, en casos de conflicto interno o externo, se declarase una situación de emergencia. Esta disposición fue, por supuesto, tácitamente derogada debido al rango prevalente de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, respecto de las leyes internas (art. 23 de la Constitución de 1.999) que, al contrario, dispone que, incluso en casos de emergencia, las garantías judiciales de los derechos constitucionales no se pueden suspender.

En este sentido, la normativa prevalente en América Latina es que las acciones de amparo y habeas corpus siempre se pueden presentar, incluso en situaciones de excepción, como por ejemplo se declara expresamente en el artículo 1 del decreto que regula la acción de *tutela* en Colombia. Con respecto al habeas corpus, de modo similar, el artículo 62 de la Ley de Amparo nicaragüense establece que en caso de suspensión de las garantías constitucionales de libertad personal, el recurso de exhibición personal se mantendrá en vigor. El Código Procesal Constitucional peruano también establece el principio que durante los regímenes de emergencia, no se suspenderán los procesos de amparo y habeas corpus, así como los demás procesos constitucionales.⁴²⁷

427 Según el artículo 23 del Código, cuando los recursos se presentan con respecto a los derechos suspendidos, el tribunal debe examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, siguiendo estos criterios: 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales no suspendidos; 2) Si se refiere a los derechos suspendidos, no teniendo el fundamento del acto restrictivo del derecho una relación directa con los motivos que justifican la declaración del estado de emergencia; 3) Si se refiere a los derechos suspendidos, y el acto restrictivo del derecho es evidentemente innecesario o injustificado teniendo en cuenta la conducta del agraviado o la situación de hecho evaluada brevemente por el juez.

En el caso de Argentina, con respecto a la garantía de habeas corpus, la Ley de Habeas Corpus establece que en el caso de un estado de sitio cuando se restringe la libertad personal, es admisible el proceso de habeas corpus cuando se dirige a probar, en un caso particular: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la relación entre la orden de privación de libertad y la situación que origina la declaración del estado de sitio; y 3) el ilegítimo empeoramiento de las condiciones de detención.

El asunto lo resolvió definitivamente en octubre de 1986 la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de una Opinión Consultiva que requirió la Comisión Inter-Americana para la interpretación de los artículos 25, 1 y 7, 6 de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, con el fin de determinar si el decreto de habeas corpus era una de las garantías judiciales que, según la última cláusula del artículo 27, 2 de esa Convención, no podía ser suspendida por un estado parte de la convención.⁴²⁸

En su Opinión Consultiva *OC-8/87* del 30 de enero de 1987 (*Habeas Corpus en Situaciones de Emergencia*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos

428 El artículo 27 de la convención autoriza a los estados, en tiempo de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un estado-parte, a tomar medidas que deroguen sus obligaciones según la convención, pero con la declaración expresa que eso no autoriza ninguna suspensión de los siguientes artículos: art. 3 (Derecho a la Personalidad Jurídica), art. 4 (Derecho a la Vida), art. 5 (Derecho al Trato Humanitario), art. 6 (Libertad de la Esclavitud), art. 9 (Irretroactividad de las Leyes), art. 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), art. 17 (Derechos de la Familia), art. 18 (Derecho al Nombre), art. 19 (Derechos del Niño), art. 20 (Derecho a la Nacionalidad), y art. 23 (Derecho a Participar en el Gobierno) o de las garantías jurídicas esenciales para la protección de esos derechos.

declaró que si bien es cierto que “en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado ...” es imperativo que “las garantías judiciales esenciales para (su) protección permanezcan vigentes (art. 27, 2)”;⁴²⁹ añadiendo que estos medios judiciales que “deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, [son] aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud” (Parr. 29).

También en 1.986, el Gobierno de Uruguay solicitó una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance de la prohibición de suspensión de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27, 2 de la Convención Inter-Americana; esto resultó en la *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987 (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia), en la que la Corte, siguiendo su ya citada *Opinión Consultiva OC-8/97*, acordaba que “la declaración de un estado de emergencia... no puede conllevar la supresión o ineffectividad de las garantías judiciales que la Convención requiere de los Estados Miembros para establecer la protección de los derechos no sujetos a derogación o suspensión por el estado de emer-

429 Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Habeas corpus en situaciones de emergencia, Parágrafo 27. v. en Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 1.008 ss.

gencia", concluyendo que "es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías."⁴³⁰

La Corte Interamericana también indicó que las garantías judiciales "indispensables" que no están sujetas a suspensión, incluyen "aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos", y que "las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención" (Párr. 41, 2 y 41, 3).

4. *El tema de la protección constitucional de los derechos sociales*

La cuestión más importante en materia de control judicial de los derechos constitucionales en América Latina, mediante el ejercicio de las acciones de amparo, es la relativa a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos países, muchos

430 Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Parágrafos 25, 26. La conclusión de la corte fue entonces que deben considerarse como las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. (parágrafo 41, 1). *Idem*, pp. 1.019 ss.

de esos derechos no están declarados en las Constituciones, careciendo, por consiguiente, de protección judicial constitucional al no tener rango constitucional. En otros países, como es el caso de Colombia y Chile, muchos de esos derechos sociales no se consideran "derechos fundamentales", los cuales son, en general, los únicos que se pueden proteger mediante las acciones de *tutela* y de protección.

No obstante, incluso en países que no establecen distinción alguna respecto de los derechos protegidos, la cuestión del control jurisdiccional de esos derechos económicos, sociales y culturales sigue siendo un punto importante, particularmente porque en algunos casos se requiere algún tipo de legislación adicional para su plena viabilidad.

Estos derechos, en particular los sociales, generalmente implican la obligación del estado de proveer o prestar servicios o cumplir actividades, para lo cual el gasto público debe disponerse respecto de cada servicio, dependiendo de las decisiones políticas del gobierno. Por tanto, se ha planteado que las disposiciones que establecen tales derechos solo se pueden aplicar después que el Congreso sancione la legislación que disponga el alcance de su disfrute (así como también las obligaciones del Estado) y después que el Poder Ejecutivo adopte políticas públicas específicas. Sin embargo, tal método ha sido cuestionado, en particular con base en el principio de la conexión que existe entre los derechos sociales y los civiles, que implican la necesidad de considerar nuevos principios derivados del concepto de Estado Social y del funcionamiento del Estado de Interés Social.

Por ejemplo, a este respecto, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1.992, estableció el principio que esos derechos tienen su razón de ser en el hecho que su satisfacción mínima es una condición indispensable para el disfrute de los derechos civiles y políticos que “sin el respeto de la dignidad humana en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo”. Por eso, la Corte Constitucional consideró que “la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental”. En consecuencia, según la Corte Constitucional, el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales no se puede limitar a la relación política entre el constituyente y el legislador, en el sentido que la eficacia de la Constitución no puede estar sólo en manos del legislador. Al contrario, “la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.”⁴³¹

Sin embargo, basándose en estos argumentos, la Corte Constitucional de Colombia concluyó su sentencia diciendo que debido al hecho que “la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema no de generación de recursos sino de asignación de recursos y por lo tanto se trata de un problema político [...] la aceptación de la tute-

431 Véase Sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1.992 en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, p. 61.

la para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental."⁴³²

A partir de esta sentencia, el principio de la "conexión" entre los derechos sociales y los derechos fundamentales con respecto a su control jurisdiccional, desarrollado en otros países como México (derecho a la vida) y los Estados Unidos (no discriminación), también se ha aplicado en Colombia.

En consecuencia, cuando no exista tal conexión entre un derecho fundamental y uno social, éste último no puede ser protegido, por sí mismo, mediante una acción de *tutela* como, por ejemplo, fue el caso del derecho constitucional a tener una vivienda o habitación digna, con respecto al cual, la misma Corte Constitucional colombiana decidió que, en tal caso, "al igual que otros derechos de contenido social, económico o cultural, no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en una forma directa e inmediata su plena satisfacción."⁴³³

Estos problemas relativos a las condiciones políticas necesarias para la efectividad de algunos derechos sociales, económicos y culturales ha sido la base de la discusión, en derecho constitucional contemporáneo, no acerca de si esos derechos (como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda) tienen o no rango constitucional sino acerca de si pueden ser objeto de protección judicial constitucional, es decir, acerca de la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante acciones judiciales contra el estado.

432 *Idem*, p. 61.

433 Véase sentencia N° T-251 del 5 de junio de 1995, *Idem*, p. 486.

5. *Los avances en materia de protección del derecho constitucional a la salud*

La discusión en torno a la protección de los derechos sociales se ha presentado particularmente en relación con el derecho de la colectividad a la salud, el cual está consagrado en la totalidad de las Constituciones, aún cuando enunciado en forma diferente.

En efecto, algunas Constituciones se refieren a la salud como un bien público, como es el caso de El Salvador (art. 65) y Guatemala (art. 95), donde se dispone que el Estado y las personas individuales tienen el deber de atender a su cuidado y recuperación. En contraste, en otras Constituciones como las de Bolivia (art. 7, a), Brasil (arts. 6 y 196), Ecuador (art. 46), Nicaragua (art. 59) y Venezuela (art. 84), se dispone del "derecho a la salud" como un derecho constitucional e incluso como derecho constitucional "fundamental" (Venezuela, art. 83), que corresponde por igual a todos, como también se expresa en la Constitución de Nicaragua (art. 59). Este principio de igualdad se reafirma en la Constitución de Guatemala al disponer que "El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna." (art. 93). En otras Constituciones, el derecho a la salud deriva del reconocimiento del rango constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como es el caso de Argentina (art. 75).

Ahora bien, con esta fórmula constitucional del "derecho a la salud", lo que las constituciones han establecido es un derecho constitucional a que todos reciban protección a su salud por parte del Estado, el cual a su vez tiene la obligación, junto con toda la so-

ciudad, de procurar el mantenimiento y la recuperación de la salud de las personas.

Es por eso que otras constituciones latinoamericanas, en lugar de disponer el "derecho a la salud", establecen de modo más preciso el derecho de las personas a "la protección de la salud", como se establece en Honduras (art. 145), Chile (art. 19, 9), México (art. 4), Perú (art. 7), y Colombia (art. 49). Esto implica, en términos generales, como se dispone en la Constitución de Panamá, que es un "derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social" (art. 109). Este derecho, también declarado en la Constitución de Paraguay, implica la obligación del Estado que "protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad." (art. 68).

En consecuencia, este derecho a la salud, en el sentido de un derecho a ser protegido por el Estado, eventualmente implica el derecho de todos a tener igual acceso a los servicios públicos establecidos para cuidar de la salud del pueblo, como lo establece la Constitución de Chile, que dispone que "El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo." (art. 19, 9).

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, las Constituciones latinoamericanas establecen diferentes enunciados. Por ejemplo, la Constitución de El Salvador declara que el Estado debe dar "asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos,

y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible." (art. 66). La Constitución de Uruguay establece que "El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes." (art. 44); y en Panamá, la Constitución establece que "Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos." (art. 110.5). Por su parte en la Constitución de Paraguay se dispone que "Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes." (art. 68).

En otros casos, las Constituciones sólo expresan principios generales que se refieren a las normativas que deben establecerse por la ley. Éste es el caso de la Constitución colombiana (art. 49), que dispone que el legislador "señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria."; y éste es también el caso de la Constitución mexicana, que indica que "la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud" (art. 4).

Para todas estas disposiciones constitucionales, además de los deberes de solidaridad general que se imponen a todos para procurar condiciones sostenidas de salubridad, también se imponen una serie de obligaciones al Estado y a las entidades públicas, que eventualmente son las que determinan el alcance de su control jurisdiccional.

Por ejemplo, la constitución panameña establece que “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República.” (art. 109); y la Constitución de Guatemala establece como obligación del Estado “la salud y la asistencia social de todos los habitantes” y el “desarrollo” a través de sus instituciones de “acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.” (art. 94). La Constitución venezolana, después de declarar la salud como derecho fundamental, también dispone, como obligación del Estado, la garantía a la salud como parte del derecho a la vida (art. 83); y la Constitución hondureña establece que “el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.” (art. 145).

En este asunto de las obligaciones del Estado con respecto a la salud, otras Constituciones contienen previsiones más detalladas, como es el caso, por ejemplo, de Panamá (art. 106) y Bolivia (art. 158, 1) con respecto a las políticas generales asignadas al Estado. La Constitución de Ecuador de 2008 en esta orientación dispuso en su artículo 32:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y

salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

En la misma orientación, la Constitución de Perú determina que “el Estado determina la política nacional de salud” (art. 9), y la Constitución de El Salvador prescribe que “El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación” (art. 65). En Nicaragua, la Constitución determina que el Estado debe establecer “las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma” (art. 59). En Brasil, el Estado tiene el deber constitucional de garantizar la salud como derecho de todos “mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196).

La consecuencia general de todas estas disposiciones constitucionales, que establecen la obligación del estado de prestar servicios de salud por el derecho constitucional de las personas a que se proteja la misma, es que tales obligaciones siempre se materializan en el establecimiento de servicios de salud para las personas. Esto está expresamente dispuesto en la constitución colombiana al declarar que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (art. 49) y en la consti-

tución boliviana que establece que "el servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado" y que las normas relativas a la salud pública son "de carácter coercitivo y obligatorio" (art. 164).

En todos estos casos, la consecuencia de una disposición constitucional que establezca la obligación del estado de prestar un servicio público para cuidar la salud personal es la existencia de un derecho constitucional a utilizar tal servicio, lo que en consecuencia implica su justiciabilidad, es decir que, en principio, pueden ser reclamados judicialmente y opuestos frente al Estado. El tema, sin embargo, no ha tenido un tratamiento igual en América Latina.

La protección judicial del derecho a la salud, en efecto, depende del modo como las normas específicas han sido establecidas en la Constitución y en las leyes de la materia. Por ejemplo, sólo en casos excepcionales se dispone expresamente la protección judicial del derecho a la salud, como es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional expresamente establece que el recurso de amparo puede intentarse para la protección del derecho "a la salud" (art. 37, 24). En el caso de Chile, la constitución sólo se refiere al recurso con miras a la protección del "derecho a elegir el sistema de salud" (art. 19, 9).

Aparte de estas dos disposiciones, no existen en Latinoamérica normas constitucionales o legales expresas respecto al proceso de amparo para exigir el derecho a la salud, lo que por supuesto no excluye la posibilidad de tal protección judicial, como resulta de la jurisprudencia sentada en la materia por los tribunales constitucionales, como ha sucedido por ejemplo en Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica, Chile y Ve-

nezuela. En esta materia, varias tendencias se pueden distinguir, con carácter progresivo. Una primera tendencia sería, la protección de la salud como derecho colectivo, basada en el interés colectivo. Una segunda tendencia resulta de la protección del derecho a la salud en casos concretos, en relación con el derecho a la vida y cuando una relación legal particular se ha establecido o existe entre el accionante y la entidad pública que actúa en calidad de parte demandada, como la que se deriva de los programas de Seguridad Social a los que contribuye el individuo. En este caso, debido a la íntima "conexión" con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, los tribunales han rechazado también el carácter "programático" atribuido al derecho a la salud. Y una tercera tendencia sería la protección judicial limitada del derecho a la salud, sujeta a la política estatal vigente al respecto, en particular con respecto a la distribución y disponibilidad de fondos públicos..

A. La protección del derecho a la salud como derecho colectivo

La primera tendencia de la protección constitucional del derecho a la salud se basa en su consideración como un derecho colectivo, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 12, 1 dispone que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y en consecuencia, según el art. 12, 2, c, se prescribe que los pasos que deben seguir los Estados Partes para lograr la plena realización de este derecho incluyen los necesarios para "la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas".

En Argentina, la Constitución (art. 75, 22) ha dado rango constitucional al Pacto Internacional y, en consecuencia, el derecho colectivo a la salud ha sido aplicado por los tribunales. Éste fue el caso de una acción de amparo decidida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, el 2 de junio de 1998 (*Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ caso Acción de Amparo*), que fue intentado como una acción colectiva de amparo por Mariela Viceconte para obligar al Estado a producir la vacuna *Candid 1*, basada en su propio derecho a la salud y el de otros millones de personas expuestas al contagio con "Fiebre Hemorrágica Argentina".

La accionante alegó específicamente la violación de la obligación de prevenir, tratar y combatir enfermedades epidémicas y endémicas, según el artículo 12, 2, c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Cámara de Apelaciones concluyó que la omisión del estado en disponer la producción de la vacuna era una violación del derecho a la salud bajo ese artículo del Pacto. Por tanto, la Cámara sentenció que el estado tenía la obligación de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin dilación con un cronograma previamente diseñado para tal propósito por el Ministerio de Salud. La Cámara también pidió al Defensor del Pueblo que supervisara ese cronograma.⁴³⁴

434 Véase la referencia en M. Claudia Caputi, "Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales" en *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145-164.

B. La protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y las obligaciones del Seguro Social

La segunda tendencia de la protección judicial del derecho a la salud mediante la acción de amparo, se refiere a su protección en situaciones particulares derivada de las obligaciones específicas, por ejemplo del Seguro Social, con respecto a las personas aseguradas.

Por ejemplo, se puede mencionar la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N° 487 del 6 de abril de 2001 (caso *Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*), por la que se protegió a una persona infectada con VIH/SIDA y quien había intentado una acción contra el Instituto de los Seguros Sociales, obligando a dicho instituto a suministrar atención médica al accionante, para lo cual el Tribunal consideró el derecho a la salud o a la protección de la salud como parte integral del derecho a la vida, establecido en la Constitución como derecho fundamental cuya satisfacción corresponde básicamente al Estado a través de acciones tendientes a elevar la calidad de la vida de los ciudadanos y al beneficio colectivo.⁴³⁵

Esta conexión entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales, tal como el derecho a la vida que se puede exigir de modo inmediato por medio del amparo, también es la tendencia seguida por los tribunales en Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú.

435 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139-141.

En Colombia, como se dijo antes, la Constitución no incluye el derecho a la salud o a la protección de la salud en la lista de los “derechos fundamentales” que son los únicos protegidos por la acción de *tutela*. Sin embargo, la Corte Constitucional, para asegurar su protección judicial, ha aplicado el principio de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida. Éste fue el caso en la sentencia N° T-484/92 del 11 de agosto de 1992, emitida al revisar una sentencia de *tutela* de un tribunal inferior, que había sido intentada contra el Instituto de los Seguros Sociales. El accionante en el caso, también contagiado de VIH/SIDA, argumentó que se había contagiado mientras estaba cubierto por el programa de Seguridad Social. El accionante obtuvo una decisión favorable del Juzgado de Primera Instancia que ordenó al Instituto continuar suministrando los servicios de salud que el accionante había estado recibiendo, y el Tribunal Constitucional, al revisar el caso, afirmó que “La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, “física” o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C.N., art. 13).”

Al considerar el derecho a la salud como un derecho que “busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (C.N., art. 11),” la Corte decidió que, debido a su naturaleza asistencial, “impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público ... con miras a su protección efectiva.”⁴³⁶ La

436 Archivo N° 2.130, caso *Alonso Muñoz Ceballos*. v. en el mismo sentido, Sentencia N° T-534 de 24 de setiembre de 1.992, en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, pp. 461 ss.

Corte, con respecto al caso específico del accionante contagiado con VIH/SIDA que recibió tratamiento de los servicios de salud del Instituto de Seguros Sociales, ratificó la decisión de *tutela* del juzgado inferior, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, la protección del derecho a la salud era la condición para la protección de su derecho fundamental a la vida.

En un caso similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, N° 2003-8377 del 8 de agosto de 2003,⁴³⁷ al decidir un recurso de amparo presentado por el Defensor del Pueblo actuando por una menor agraviada (*Tania González Valle*) contra la Caja Costarricense del Seguro Social por negarse al tratamiento solicitado para una enfermedad específica (conocida como Gaucher tipo 1), argumentó que tal negativa “lesiona el derecho a la vida y a la salud de la menor” quien requería la medicina prescrita para “mantener su vida.” La Sala Constitucional, después de referirse al derecho a la vida protegido en decisiones previas que se basaban en la disposición de la constitución (art. 21) que establecen la inviolabilidad de la vida humana, concluyó derivando “el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública... (N° 5130-94 de 17:33 horas el 7 de setiembre de 1994)”. La Sala también se refirió a “la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de [la sociedad, los cuales son] de obligada tutela para el Estado, [estando presentes] no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país.”⁴³⁸

437 Archivo N° 03-007020-0007-CO, caso *Tania González Valle*.

438 En particular, la sentencia hacía referencia al art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 4 de la Convención Ame-

En consecuencia, debido a las responsabilidades del Estado derivada de estas disposiciones, al analizar la misión y funciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Sala consideró, como había declarado en sentencia previa (N° 1997-05934 del 23 de septiembre de 1997), “que la denegatoria de la Caja Costarricense de Seguro Social a suministrar a los pacientes de Sida la terapia antirretroviral, lesionaba sus derechos fundamentales.” Divergiendo de esta afirmación, al analizar el caso particular de la menor con enfermedad de Gaucher, la Sala determinó que no estaba recibiendo el tratamiento prescrito debido a los limitados recursos financieros de la Caja de Seguro Social y concluyó que, aunque el costo de las medicinas prescritas era sin duda oneroso, sin embargo, debido a las características excepcionalmente letales de la enfermedad y a la imposibilidad de sus padres de cubrir los costos de la prescripción, confirmaba el recurso y ordenaba a la Caja de Seguro Social a proveer de inmediato la medicación específica en las condiciones prescritas por su médico.⁴³⁹

ricana de Derechos Humanos, art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 14 y 26 de la Convención de Derechos de los Niños (Ley N° 7.184 del 18 de julio de 1.990).

439 El Tribunal argumentó como sigue: “Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excep-

En Perú, el Tribunal Constitucional, en sentencia del 20 de abril de 2.004, también protegió el derecho a la salud al decidir un recurso extraordinario de revisión intentado contra una decisión de amparo pronunciada por la Corte Superior de Justicia de Lima. Este último había concedido parcialmente la protección del amparo intentada contra el estado peruano (Ministerio de Salud), ordenándole proveer al accionante, también una persona infectada con VIH/SIDA, "atención médica integral [...] la que deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA [...] y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas [..]. a solicitud del médico tratante".⁴⁴⁰ El Tribunal Constitucional, refiriéndose a los derechos protegidos por medio de la acción de amparo, aún admitiendo que "el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales"⁴⁴¹, concluyó -refiriéndose a la doctrina de la corte colombiana- que en "que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales,

cionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso. La estimación del recurso implica que la Caja Costarricense de Seguro Social debe suministrar de inmediato a Tania González Valle el medicamento "Cerezyme" (Imuglucerase) en los términos prescritos por su médico tratante." Archivo N° 03-007020-0007-CO, caso *Tania González Valle*.

440 Archivo N° 2945-2003-AA/TC, caso *Azanca Alhelí Meza García*.

441 Desde 2.004, el derecho a la salud está establecido en el Código Procesal Constitucional, como uno de los derechos expresamente protegidos por la acción de amparo (art. 37, 24).

como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T- 499 Corte Constitucional de Colombia)."⁴⁴²

También en Argentina, la Corte Suprema de la Nación, en sentencia del 12 de diciembre de 2.003 (caso *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*), reconoció la acción de amparo como el medio judicial más efectivo para ser ejercitado de modo inevitable "para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud."⁴⁴³

C. La protección limitada del derecho a la salud y los recursos financieros del Estado

La tercera tendencia referente a la protección de los derechos humanos es una restringida o limitada y

442 Considerando la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud, que siempre origina obligaciones estatales dirigidas a prestar asistencia social, el Tribunal Constitucional peruano en la misma sentencia alegaba que el derecho a la salud, así como todos los llamados "prestacionales" (que implica hacer una prestación de algo), como la seguridad social, la salud pública, la vivienda, la educación y otros servicios públicos, constituye una de "los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación." Las personas pueden entonces "exigir" el cumplimiento de las obligaciones del estado al "requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales". Sin embargo, el Tribunal reconoció que "no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución." Archivo N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García.

443 Véase Fallos: N° 326: 4931; y la referencia en M. Claudia Caputi, "Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales," en la *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145-164.

en la cual el control jurisdiccional del derecho a la salud (también respecto al tratamiento del VIH/SIDA) se subordinó completamente a la disponibilidad real de recursos financieros suficientes; como fue el caso de algunas decisiones de los tribunales chilenos en 2000/2001.

En un caso, la acción de protección fue interpuesta contra el Ministerio de Salud por no prestar tratamiento médico a un grupo de pacientes con VIH/SIDA, argumentando que era una violación del derecho a la vida y al de igualdad ante la ley. El accionante exigía ser tratado con la misma terapia que se daba a otros pacientes con VIH/SIDA, que el Ministerio negaba argumentando que carecía de suficientes recursos económicos para atender a todos los pacientes con VIH/SIDA en Chile. El Tribunal de Apelaciones de Santiago determinó que la obligación del Ministerio de Sanidad, según la Ley que regula las disposiciones sobre salud (Ley N° 2763/1979), era la de proveer cuidados de salud según los recursos disponibles, y consideró que la explicación del Ministerio era razonable, y que existía un déficit de recursos económicos para proveer el mejor tratamiento disponible a los accionantes. La sentencia fue confirmada más adelante por la Corte Suprema.⁴⁴⁴

En otro caso de 2.001, el mismo Ministerio de Salud fue demandado por las mismas razones por pacientes con VIH en condiciones más críticas y, aunque la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció en favor de los

444 Véase referencia en Javier A. Corso, "Judicialization of Chilean Politics" en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angeli (Ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 119-120.

accionantes y ordenó al ministerio que les proveyera inmediatamente con el mejor tratamiento disponible, la Corte Suprema revocó la sentencia, alegando que el ministerio había actuado conforme a la ley.⁴⁴⁵

II. LA NECESARIA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL PARA TODAS LAS PERSONAS AGRAVIADAS

Las Constituciones declaran derechos fundamentales de las personas, respecto de las cuales, el reto de juez constitucional es garantizar su goce y ejercicio por ellas. Esto plantea el tema de la persona agraviada en los procedimientos de amparo, es decir, de las que pueden ser accionantes, quejosos, peticionarios. En principio, por supuesto, esa capacidad o la legitimación procesal corresponde a las personas titulares del derecho constitucional que ha sido violado, situación que le da particular interés para intentar la acción de protección ante el tribunal competente. Por eso, la acción de amparo se ha considerado en principio como una acción *in personam* por lo cual el accionante debe ser precisamente la persona agraviada. Por eso es que generalmente se considera que la acción de amparo en América latina, como sucede con las *injunctions* del sistema estadounidense, debe ser personalizada, en el sentido de que se atribuye a una persona particular la cual, por gozar del derecho lesionado, tiene un interés personal en el caso y su resultado.⁴⁴⁶

445 Idem, p. 120.

446 Véase Kevin Schroder *et al*, "Injunction," *Corpus Juris Secundum*, Thomson West, Vol. 43A, 2004; M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties Under the Constitution*, University of South Carolina Press, 1993, p. 4.

En este sentido, la Ley de Amparo nicaragüense prevé que sólo la parte agraviada puede intentar la acción de amparo, definiendo como tal a “toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada por toda disposición, acto o resolución, y en general, toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos” (art. 23).⁴⁴⁷

Esto plantea, por tanto diversas cuestiones respecto de quienes pueden ser parte agraviada o lesionada en un proceso de amparo, como las relativas a la legitimación activa o al derecho a actuar, las relativa a la calidad del accionante en el sentido de si tiene que ser sólo una persona física o ser humano, o una persona jurídica o puede ser una corporación, incluyendo las entidades de derecho público. Otros aspectos que se deben considerar son la posibilidad de que el Ministerio Público o los Defensores del Pueblo puedan intentar la acción de amparo.

1. La persona agraviada y la cuestión de la legitimación activa

En el juicio de amparo, como la acción tiene carácter personal, el accionante, como parte agraviada, en principio puede ser solamente el titular del derecho lesionado⁴⁴⁸, es decir, la persona cuyos derechos constitucionales han sido agraviados o amenazados

447 En este mismo sentido, la Ley N° 437-06 que establecía el Recurso de Amparo de la República Dominicana disponía que “Cualquier persona física o moral, sin distinción de ninguna especie, tiene derecho a reclamar la protección de sus derechos individuales mediante la acción de amparo.” (art. 2).

448 En este sentido el artículo 567 del Código Procesal Civil paraguayo establece que “[L]a acción de amparo será deducida por el titular del derecho lesionado o en peligro inminente de serlo”.

de agravio. Así, nadie puede intentar una acción de amparo alegando en nombre propio el derecho que pertenece a otro. Es por eso que la acción de amparo es una acción personal o "subjetiva" en el sentido que sólo puede intentarla ante los tribunales la parte agraviada, con un interés personal, legítimo y directo, que puede actuar *in personam* o a través de su representante.⁴⁴⁹ Éste es el mismo principio que se aplica en la legitimación activa para procurar la medida de *injunction* estadounidense, que sólo se atribuye a la persona agraviada,⁴⁵⁰ pues solo ella es la que puede intentar la acción.⁴⁵¹

Aunque ésta es la regla general en América Latina, algunas leyes de amparo sin embargo, autorizan a personas distintas de las partes agraviadas o sus representantes a intentar la acción de amparo en su

449 Véase decisión de 27 de agosto de 1993 (caso Kenet E. Leal) en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 322; y decisión del Primer Tribunal de control jurisdiccional de acciones administrativas, del 18 de noviembre de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 325-327.

450 Véase el caso *Alabama Power Co. v. Alabama Elec. Co-op., Inc.*, 394 F.2d 672 (5° Cir. 1968), en John Bourdeau et al., "Injunctions," en Kevin Schroder, John Glenn and Maureen Placilla (Ed.), *Corpus Juris Secundum*, Vol 43A, West 2004, p. 229.

451 Como se establece, por ejemplo, específicamente en Ecuador. v. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 81. En Costa Rica, aunque la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que la acción puede intentarla cualquier persona (art. 33), la Sala Constitucional ha interpretado que se refiere a cualquier persona cuyos derechos constitucionales hayan sido agraviados (v. Decisión 93-90). Véase la referencia en Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 2001, p. 234; y en caso de una acción de amparo presentada por una persona distinta de la parte agraviada, esta última debe aprobar la presentación para que continúe el proceso. De otro modo, faltaría la legitimación activa. v. Decisión 5086-94, en *Idem*, p. 235.

representación,⁴⁵² siendo entonces posible distinguir al respecto entre la *legitimatio* o legitimación activa *ad causam* y la *legitimatio* o legitimación activa *ad processum*.⁴⁵³ La primera se refiere a la persona o entidad titular del derecho constitucional particular que se ha violado; y la segunda a la capacidad particular de las personas para actuar en el proceso (capacidad procesal), es decir, a la capacidad de comparecer ante el tribunal y utilizar los procesos adecuados para apoyar una demanda, que puede referirse a sus propios derechos o a los derechos de otros.

La legitimación activa *ad causam* corresponde en principio a cualquier persona cuyos derechos constitucionales han sido lesionados, o amenazados de ser lesionados, y que tenga derecho a procurar la protección de los tribunales por medio de la acción de amparo; bien sea por ser *personas naturales* o seres humanos (sin distinción entre ciudadanos, incapacitados o extranjeros) o una persona *jurídica* o moral.⁴⁵⁴ En algu-

452 Artículo 567 Código de Procedimiento Civil, Paraguay.

453 Véase en general, Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 81 ss.; Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 162 ss.

454 La palabra "personas" en las leyes de amparo se usa para designar personas humanas o entidades reconocidas por la ley como sujetos de derechos y deberes, incluyendo corporaciones o compañías: Argentina (art. 5: "persona individual o jurídica"); República Dominicana (art. 2: "Cualquier persona física o moral"); Colombia (art. 1: "Toda persona"); Ecuador (art. 9.a: "cualquier persona"); El Salvador (art. 3 y 12: "Toda persona"); Guatemala (art. 8: "las personas"); Honduras (art. 41: "toda persona agraviada"); art. 44: "cualquier persona natural o jurídica"); México (art. 4: "la parte a quien perjudique la ley"); Panamá (art.: 2615: "Toda persona"); Perú (art. 39: "El afectado es la persona legitimada"); Uruguay (art. 1: "cualquier persona física o jurídica, pública o privada"); Venezuela (art. 1: "Toda persona natural ... o persona jurídica"). En el Reglamento de Filipinas, la petición del amparo también está disponible a "cualquier persona" cuyo derecho a la vida, la libertad y la seguridad, haya sido violado" (Sec. 1).

nos casos, la legitimación activa también corresponde a grupos de personas o entidades colectivas aún sin "personalidad" jurídica formal atribuida por ley, como se ha admitido en Chile con respecto al recurso de protección.⁴⁵⁵

A. Las personas naturales: Legitimación activa ad causam y ad processum

El principio general en las leyes de amparo en América latina es que todos los seres humanos, cuando sus derechos constitucionales son arbitraria o ilegítimamente agraviados o amenazados, tienen la necesaria legitimación para intentar la acción de amparo. En la expresión "personas" usada en tales leyes, están comprendidas todas las personas naturales sin distinción. La expresión, por supuesto, no equivale a "ciudadanos", que son aquellas personas que por nacimiento o por naturalización son miembros de la comunidad política representada por el estado. Sin embargo, estas personas, como ciudadanos, serían las únicas que tendrían la legitimación necesaria para la protección de ciertos derechos políticos, como el derecho al voto o a la participación en la política.

Por otro lado, en materia de amparo, los extranjeros tienen en principio el mismo derecho general

455 La Constitución chilena, en materia de legitimación activa, se refiere a "el que" (quien), sin referirse a "personas" (art. 20). v. Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero A., *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 15, 50. v. el caso *RP, Federación Chilena de Hockey y Patinaje*, C. de Santiago, 1984, RDJ, T, LXXXI, N° 3, 2da. P., Secc. 5ta, p. 240. Sin embargo, en otras decisiones judiciales se ha sostenido el criterio contrario. v. la referencia en Sergio Lira Herrera, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica. Doctrina. Jurisprudencia, Derecho Comparado*, Santiago, 1990, pp. 144-145.

que los nacionales y tienen la necesaria legitimación para ejercer el derecho al amparo. Sólo en México se encuentra una excepción respecto a las decisiones del Presidente de la República, dictadas según la constitución, para la expulsión de extranjeros, medida que se encuentra excluida del amparo.⁴⁵⁶

Excepto en este caso particular, el principio general en América Latina es que toda persona lesionada tiene la legitimación *ad causam* para intentar la acción de amparo. Por ello, aún respecto de leyes que formalmente restringen la legitimación. A este respecto, las leyes deben interpretarse en sentido amplio, como ocurre por ejemplo en la ley de amparo venezolana la cual aunque prevé en su primer artículo que la acción de amparo puede intentarla “toda persona natural habitante de la República”,⁴⁵⁷ se entiende la expresión como referida a cualquier persona, incluso quienes no viven en el país.⁴⁵⁸

Los menores, por supuesto, también tienen legitimación *ad causam*, pero sólo están autorizados para intentar acciones de amparo para proteger sus dere-

456 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 230.

457 Véase referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, El derecho y la acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1998, p. 319.

458 La misma antigua Corte Suprema, por el ejercicio de su potestad de control jurisdiccional difusa, declaró inconstitucional la referencia limitante del artículo 1 de la ley al subrayar el carácter de “habitantes de la República”, sentenciando en contrario, que cualquier persona, viva o no en la República, cuyos derechos sean agraviados en Venezuela, tiene suficiente legitimación para intentar la acción de amparo. v. Sentencia de 13 de diciembre de 1994, caso *Jackroo Marine Limited*. Véase la referencia en Rafael Chavero, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 98-99.

chos constitucionales a través de sus representantes (padres o tutores), quienes, en esos casos, tienen legitimación *ad processum*. Sólo excepcionalmente permite la ley mexicana que los menores actúen personalmente cuando sus representantes estén ausentes o impedidos.⁴⁵⁹ En Colombia, cuando el representante de un menor está en situación de incapacidad para asumir su defensa, cualquiera puede actuar representando a la parte agraviada (art. 10).⁴⁶⁰

Excepto en aquellos casos en que los representantes de personas naturales incapaces sean llamados a actuar, la regla general de legitimación activa *ad processum* por tanto, respecto de las personas naturales, es que tienen la posibilidad de comparecer ante el tribunal como personas agraviadas en defensa de sus propios derechos. En consecuencia, como asunto de principio, ningún otro puede actuar judicialmente en nombre de la persona agraviada, excepto cuando un representante es nombrado legalmente o actúa con un poder notariado o carta de autorización (Paraguay, art. 567).

459 Este es el caso de México, donde la Ley de Amparo prevé que un menor "podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido" y añade que "el juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio." (art. 6).

460 Lo que el Legislador quiso asegurar en este caso fue la posibilidad de una efectiva protección de los derechos, por ejemplo, en casos de violencia física infligida por los padres con respecto a sus hijos, en cuyo caso un vecino es la persona que puede intervenir para intentar una acción de tutela. De otro modo, la acción protectora, en tales casos, no podría ser intentada, particularmente porque los padres son los representantes legales de sus hijos. Véase Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 122.

Sin embargo, una excepción general a esta regla se refiere a la acción de habeas corpus, en cuyo caso, como generalmente la persona agraviada está físicamente impedida de actuar personalmente por sufrir detención o libertad limitada, las leyes de amparo autorizan a cualquier persona a intentar la acción en representación suya.⁴⁶¹

En el mismo sentido, algunas leyes de amparo, para garantizar la protección constitucional, también establecen la posibilidad que otras personas actúen representando a la parte agraviada e intenten la acción en su nombre. Puede ser cualquier abogado o familiar como se establece en Guatemala (art. 23), o cualquier persona como se establece en Paraguay (art. 567), Ecuador, Honduras, Uruguay⁴⁶² y Colombia, donde cualquiera puede actuar en nombre de la parte agraviada cuando esta última esté en situación de in-

461 Argentina (art. 5: cualquiera que lo represente); Bolivia (art. 89: cualquiera en su nombre); Guatemala (art. 85: cualquier otra persona); Honduras (art. 19: cualquier persona); México (art. 17: cualquier otra persona en su nombre); Nicaragua (art. 52: cualquier habitante de la República); Perú: (art. 26: cualquiera a su favor); Venezuela (art. 39: cualquiera que lo represente). En México, la ley impone en la parte agraviada la obligación de ratificar expresamente la interposición del recurso de amparo, al punto que si la queja no se ratifica, se reputará no presentada (art. 17).

462 En Ecuador, cualquier actor espontáneo que justifique la imposibilidad de la parte agraviada para hacerlo, puede intentar la acción en su nombre, que, sin embargo, debe ser ratificada en los tres días subsiguientes (art. 48). En Honduras, la Ley sobre Justicia Constitucional autoriza a cualquier persona actuar por la parte agraviada, sin necesidad de poder, en cuyo caso el artículo 44 prevé que prevalecerá el criterio de la parte agraviada (art. 44). En Uruguay (art. 3) la Ley N° 16.011 sobre la Acción de Amparo prevé que en casos en los que la parte agraviada, por sí misma o por su representante, no pudiese intentar la acción, entonces cualquiera puede hacerlo por ella, sin perjuicio de la responsabilidad del agente si éste hubiese actuado con fraude, malicia o culpable ligereza (art. 4).

capacidad para asumir su propia defensa (art. 10).⁴⁶³ El mismo principio está establecido en el Código Procesal Constitucional de Perú.⁴⁶⁴

Otro aspecto que se debe notar sobre la legitimación activa es que algunas leyes de amparo latinoamericanas, en forma restrictiva, obligan al accionante a nombrar formalmente a un abogado que le asista como, por ejemplo, se indica en el Código Judicial panameño (art. 2.261).

B. Personas Jurídicas: Legitimación activa ad causam y ad processum

Aparte de las personas naturales, también las personas jurídicas gozan de los derechos constitucionales, por lo que tienen derecho a intentar acciones de amparo cuando los mismos han sido violados, de modo que las asociaciones, compañías, fundaciones o corporaciones también pueden intentar acciones de amparo,⁴⁶⁵

463 Véase Carlos Augusto Patiño Beltrán, *Acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p. 10; y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 122.

464 El artículo 41 del código establece: "Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso."

465 También es el caso de Colombia, donde la acción de tutela se estableció para la protección de los "derechos fundamentales" de aplicación inmediata, que incluyen los de las personas jurídicas, como el derecho de petición (art. 23), al debido proceso y a la defensa (art. 29) y a la revisión de decisiones judiciales (art. 31). En Ecuador, la legitimación activa de las personas jurídicas para intentar una acción de amparo fue negada por Marco Morales Tobar en

por ejemplo, para proteger su derecho a la no discriminación, al debido proceso legal, a la defensa o a los derechos económicos o de propiedad, en cuyo caso, por supuesto, deben actuar a través de sus directores o representantes según sus estatutos (México, art. 8). Por ello, la jurisprudencia en Venezuela ha establecido que la acción de amparo no está restringida a proteger “derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales,” pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales.”⁴⁶⁶

En este contexto de la legitimación dada a las personas jurídicas para intentar acciones de amparo, el Código Procesal Civil paraguayo enumera particularmente a los partidos políticos con capacidad reconocida por las autoridades electorales; las entidades con personería gremial o profesional y las entidades con personería gremial o profesional; y las sociedades o asociaciones con fines no contrarios al bien común.” (art. 568).

Una cuestión importante sobre la legitimación activa de las personas jurídicas para intentar acciones de amparo se refiere a la posibilidad de que las entidades de derecho público puedan hacerlo, es decir, a la capacidad de las entidades públicas de intentar acciones de amparo.

“La acción de amparo y su procedimiento en el Ecuador,” *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, pp. 281–282. Así también en la República Dominicana, donde el juicio de amparo fue admitido por la Suprema Corte, incluso sin disposición constitucional o legal, precisamente en un caso presentado ante la Corte por una compañía comercial (*Productos Avon S.A.*) v. por ejemplo, Juan de la Rosa, *El recurso de amparo, Estudio Comparativo*, Santo Domingo, 2001, p. 69.

466 Véase sentencia N° 1395 de 21 noviembre de 2000, caso *Estado Mérida y otros vs. Ministro de Finanzas*, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss. .

Históricamente, la acción de amparo, como medio judicial específico para la protección de derechos constitucionales, se concibió originalmente para la defensa de los individuos o personas naturales contra los funcionarios o entidades públicas; es decir, como una garantía para protegerse frente al Estado. Por eso, inicialmente, era inconcebible que una entidad pública intentara una acción de amparo contra otras entidades públicas o privadas. Sin embargo, ya que las entidades públicas pueden, como cualquier persona jurídica, ser titulares de derechos constitucionales, se admite en general que puedan intentar acciones de amparo para la protección de sus derechos. Esto es así expresamente en Argentina,⁴⁶⁷ en Uruguay, donde está expresamente regulado en la ley de amparo al referirse a la “persona física o jurídica, pública o privada” (art. 1) y en Venezuela.⁴⁶⁸

467 Véase José Luis Lazzarini, *El Juicio de Amparo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 238–240; 266. Entre los casos de amparo decididos en Argentina como consecuencia de las medidas económicas de emergencia adoptadas por el gobierno en 2001, que congelaron todos los depósitos en cuentas de ahorro y corrientes de todos los bancos y los convirtieron de dólares americanos a pesos devaluados argentinos, uno que se debe mencionar es el caso San Luis, sentenciado por la Corte Suprema el 5 de marzo de 2003, en el cual no sólo declaró la corte la inconstitucionalidad del Ejecutivo sino que en ese caso ordenó al “Banco Central o el Banco de la Nación Argentina le entreguen a la provincia dólares billetes de los plazos fijos que individualiza, o su equivalente en pesos según el valor de la moneda estadounidense en el mercado libre de cambios”. El aspecto interesante del juicio fue su presentación por la Provincia de San Luis contra el Estado Nacional y el Banco Central de la Nación Argentina, es decir, un Estado Federal (Provincia de San Luis) contra el Estado Nacional, para la protección de los derechos constitucionales a la propiedad del primero. v. comentarios en Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culsoni Editores, México, 2003, pp. 119 ss.

468 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en decisión N° 1395 de 21 de noviembre de 2.000, declaró que los “entes político-territoriales como los Estados o Municipios [pueden] acudir al amparo

También en México se admite expresamente que las corporaciones públicas intenten acciones de amparo pero sólo con referencia a sus intereses patrimoniales lesionados (art. 9), lo que significa que de ninguna otra manera puede una entidad pública en México como, por ejemplo, un estado, una municipalidad o una corporación pública, intentar una acción de amparo, pues de otro modo resultaría en un conflicto entre las autoridades que no podría resolverse a través de esta acción judicial.⁴⁶⁹

Es en este mismo sentido, que en Perú, el Código Procesal Constitucional también expresamente declara la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando se refiere a “conflictos entre entidades de derecho público interno”, es decir, entre ramas del gobierno u órganos constitucionales o gobiernos locales o regionales que deban ser dirimidos mediante los procedimientos constitucionales establecidos en el código (art. 5,9).⁴⁷⁰

Esta misma discusión general sobre la posibilidad de ejercer la acción de amparo entre entidades públi-

para defender los derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley.” Véase Caso Estado Mérida et al. vs. Ministro de Finanzas, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss.

469 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 244–245; Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, University Press of Texas, Austin, 1971 pp. 107–109.

470 El código sustituyó la disposición de la Ley 25.011 de Habeas Corpus y Amparo de 1982 que declaraba inadmisibles las acciones de amparo, pero cuando proceden “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones” (Ley 25011, art. 6,4). v. comentarios sobre esta disposición en la derogada Ley 25.011 en Víctor Julio Orcheto Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Editorial Rhodas, Lima, p. 169.

cas ha surgido en otros sistemas federales, en particular cuando se dirigen a proteger la garantía constitucional de autonomía y autogobierno políticos. En Alemania, por ejemplo, se admite que los municipios, o grupos de municipios, puedan intentar una querrela constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal alegando que su derecho a la autonomía o al autogobierno, garantizados en la constitución (art. 28-2), ha sido violado por una disposición legal federal.⁴⁷¹ Esta posibilidad fue rechazada en México pues, aunque los artículos 103, III y 107 de la Constitución establecen que la acción de amparo es admisible en casos de controversias que surgen por “leyes o actos de las autoridades de los estados o del distrito federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”, se entienden sólo referidos a la protección de los derechos y garantías individuales y, de ninguna manera, dirigidos a establecer una acción de amparo para la protección de la autonomía constitucional de los Estados con respecto a las invasiones por el estado federal.⁴⁷²

En Venezuela, que también es un Estado organizado con forma federal, el asunto se ha discutido con referencia a la protección de los derechos de la autonomía política de los estados y municipios garan-

471 En el caso de violaciones por una ley del *länder*, tal recurso se intentará ante el Tribunal Constitucional del *länder* respectivo (art. 93,1,4 de la Constitución). Una situación similar, aunque debatible, se encuentra en Austria con respecto al recurso constitucional. Sea cual fuese el caso, por supuesto, no se trataría de un amparo para la protección de derechos fundamentales, sino más bien de una garantía constitucional específica de la autonomía de entidades locales.

472 Véase referencia en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 246, nota 425.

tizada en la Constitución y respecto de la posibilidad de intentar una acción de amparo para su protección. Una acción intentada con tal propósito, por ejemplo, por los municipios, fue rechazada por la anterior Corte Suprema de Justicia, argumentando que las entidades político territoriales, como personas morales, no pueden intentar acciones de amparo sino sólo para la protección de derechos constitucionales en estricto sentido excluyendo de la protección las garantías constitucionales como la de la autonomía territorial.⁴⁷³ Con argumentos similares, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también rechazó en 2000 una acción de amparo interpuesta por un Estado de la federación contra el Ministerio de Finanzas ya que, según se alegaba, afectaba su autonomía financiera.⁴⁷⁴

Por otro lado, en sistemas como los de Brasil, donde el *mandado de segurança* sólo se puede intentar contra el estado y no contra personas individuales, se considera que el estado mismo o sus dependencias no pueden intentar el recurso.⁴⁷⁵

C. *Legitimación activa y la protección de derechos constitucionales colectivos y difusos*

Como antes se dijo, la característica general del proceso de amparo es su carácter personal, en el sentido que puede sólo iniciarlo ante los tribunales compe-

473 Véase sentencia de 2 de octubre de 1997, en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 122-123.

474 Véase sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000, *Caso Estado Mérida et al. v. Ministro de Finanzas*, en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss.

475 Véase Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de Segurança*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 68 ss.; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 267-268.

tentes el titular de los derechos, su representante o una de las partes agraviadas.⁴⁷⁶

Sin embargo, no todos los derechos constitucionales son individuales; y al contrario, algunos son colectivos por naturaleza, en el sentido que corresponden a grupos de personas más o menos definidos, de modo que su violación no sólo lesiona los derechos personales de cada uno de los individuos que los disfruta, sino también a todo el grupo de personas o colectividades a los que pertenecen esos individuos. En tales casos, entonces, la acción de amparo también puede intentarla el grupo o asociación de personas que representan a sus asociados, incluso aun cuando no tengan formalmente el carácter de "persona jurídica."⁴⁷⁷

En algunos casos, como en Venezuela, la Constitución establece expresamente como parte del derecho constitucional de todas las personas, el tener acceso a

476: Algunas legislaciones como la brasileña, respecto del mandado de segurança establecen que en el caso de amenazas o violaciones de derechos relativos a algunas personas, cualquiera de ellas puede intentar la acción (art. 1,2). En Costa Rica también, respecto del derecho constitucional a rectificación y respuesta en caso de agravios, la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que cuando los agraviados son más de una persona, cualquiera de ellas puede intentar la acción; y en los casos en los que los agraviados pueden ser identificados con un grupo o colectividad organizada, la legitimación para actuar debe ejercerla su representante autorizado (art. 67).

477: Es por eso que el Código Procesal Civil de Paraguay, por ejemplo, al definir la legitimación activa en materia de amparo, además de personas físicas o jurídicas, se refiere a partidos políticos debidamente registrados, entidades con personería gremial o profesional y sociedades o asociaciones que, sin investir el carácter de personas jurídicas, no contrarían, según sus estatutos, el bien público (art. 568). En Argentina, la Ley de Amparo también prevé la legitimación activa para intentar acciones de amparo a estas asociaciones que, sin ser formalmente personas jurídicas, pueden justificar, según sus propios estatutos, que no se oponen al bien público (art. 5).

la justicia y el procurar la protección no sólo de los derechos personales sino también de los “colectivos” o “difusos” (art. 26). Los primeros han sido considerado como los referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, conformado por un conjunto de personas como sería el caso grupos profesionales, grupos de vecinos o los gremios. En cuanto a los derechos difusos, son los que buscan aseguraren general un nivel de vida aceptable, de manera que al afectarlos se lesiona el nivel de vida de toda la comunidad o sociedad, como sucede con los daños al ambiente o a los consumidores.⁴⁷⁸

En esos caso, cualquier persona procesalmente capaz puede intentar la acción, para impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece. Lo mismo se aplica, por ejemplo, en los casos de la acción de amparo interpuesta para la protección de derechos electorales, en cuyo caso, cualquier ciudadano invocando los derechos generales de los votantes, puede intentar la acción,⁴⁷⁹ admitiéndose incluso en estos casos de intereses difusos o colectivos que la legitimación

478 Véase sentencia N° 656 de la Sala Constitucional, del 30 de junio de 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, citada en sentencia N° 379 del 26 de febrero de 2.003, caso *Mireya Ripanti et vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss.

479 En tales casos, la Sala incluso ha concedido medidas de precaución con efectos erga omnes “tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto.” Véase sentencia de la Sala Constitucional n° 483 del 29 de mayo de 2.000, caso *Queremos Elegir y otros*, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, 2000, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 489-491. En el mismo sentido, v. sentencia de la misma Sala N° 714 de 13 de julio de 2000, caso APRUM, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 319 ss.

activa la puedan tener las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad,⁴⁸⁰

Estas acciones “colectivas” de amparo dirigidas a proteger derechos difusos,⁴⁸¹ particularmente en materia de ambiente, han sido incluidos expresamente en las Constituciones en América Latina, como es el caso en Argentina, donde la Constitución prevé que la acción de amparo puede intentarlo “el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley” (art. 43) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.⁴⁸² En Perú, el

480 Véase la referencia y comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 110–114.

481 En la República Dominicana y antes de la aprobación de la Ley N° 437-06 que establece el Recurso de Amparo en 2.006, cuando la Suprema Corte admitía la acción de amparo, los tribunales admitían que cualquier persona con capacidad legal e interés en el cumplimiento general de derechos humanos colectivos, tales como el derecho a la educación, podía intentar una acción de amparo si la materia no era sola y exclusivamente particular. v. Sentencia N° 406-2 del 21 de junio de 2001, Juzgado de Primera Instancia de San Pedro Macoris. v. referencia en Miguel A. Valera Montero, *Hacia un Nuevo concepto de constitucionalismo*, Santo Domingo, 2006, pp. 388–389.

482 Cuatro acciones colectivas específicas resultaron de este artículo: amparo contra cualquier forma de discriminación; amparo para la protección del ambiente; amparo para la protección de la libre competencia, y amparo para la protección de los derechos del usuario y del consumidor. Por eso, respecto de la discriminación, el objeto de este amparo no es la discriminación respecto de un individuo en particular sino respecto de un grupo de personas entre los cuales existe un nexo o tendencia común que da origen a la discriminación. Véase Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 94. Por otro lado, respecto a la protección del ambiente, se formaliza la tendencia que

artículo 40 de Código Procesal Constitucional también autoriza a intentar la acción de amparo a cualquier persona “cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”. De forma similar en Brasil, la Constitución estableció un *mandado de segurança* llamado *colectivo*, dirigido a la protección de derechos difusos o colectivos y a ser intentado por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, los sindicatos, las instituciones colectivas o las asociaciones legalmente establecidas en defensa de los intereses de sus miembros y que deben haber estado funcionando al menos el año anterior (art. 5.69.2).⁴⁸³

comenzó a consolidarse después de un caso de 1983 en el que se presentó un amparo para la protección del equilibrio ecológico para la protección de los delfines. La Corte Suprema aceptó en tal caso la posibilidad que cualquiera, individualmente o en representación de su familia, intentara una acción de amparo para la conservación del equilibrio ecológico debido al derecho de cualquier ser humano de proteger su hábitat. Véase Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea Buenos Aires, 1987, pp. 81-89. Sobre las asociaciones que pueden interponer demandas colectivas de amparo, la Corte Suprema de Argentina también ha considerado que no requieren registro formal. v. Sentencias 320:690, caso *Asociación Grandes Usuarios* y Sentencia 323:1339, caso *Asociación Benghalensis*. Véase las referencias en Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 92-93.

- 483 Además, desde 1985 se ha desarrollado en Brasil una “acción civil colectiva”, con tendencias similares a las Acciones Colectivas de los Estados Unidos, muy ampliamente utilizadas para la protección de derechos de clases, como los consumidores, aunque limitando la legitimación activa a las entidades públicas (nacionales, estatales y municipales) y a las asociaciones. v. Antonio Gidi, *Acciones de grupo y “amparo colectivo” en Brasil*. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Porrúa, Tomo III, México, 2003, pp. 2.538 ss.

En Ecuador, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permite directamente que la acción sea intentada por "cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado". El caso de Costa Rica debe también mencionarse, donde el amparo colectivo se ha sido admitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema en materia de ambiente, basándose en las disposiciones constitucionales que establecen el derecho de todos "a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado" (art. 50), por lo que cualquier persona queda "legitimada para denunciar los actos que infrinjan tal derecho".⁴⁸⁴

Sin embargo, al contrario de la tendencia mencionada, que amplía la acción de amparo para la protección de derechos colectivos, en México el proceso de amparo sigue teniendo carácter esencialmente individual, basado en el interés personal y directo⁴⁸⁵ del accionante. El único caso en el que, de cierta manera, el amparo protege intereses colectivos es aquel relacionado con el amparo para la protección de campesinos y de propietarios agrarios colectivos.⁴⁸⁶

También en Colombia, el principio general respecto a la acción de *tutela* es su carácter personal y privado, de modo que sólo puede ser presentada por el su-

484 Véase sentencia N° 1700-03. v. referencia en Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 2001, pp. 239-240.

485 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 56.

486 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 233 ss.

jeto del derecho individual fundamental protegido por la constitución.⁴⁸⁷ Esto no significa, sin embargo, que los derechos difusos o colectivos no estén protegidos, pues la Constitución ha regulado además de la acción de *tutela*, la “acción popular” o acción de grupo,⁴⁸⁸ es decir, acciones colectivas similitudes a las *class actions*

487 Véase Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 121. Por eso el artículo 6,3 de la Ley de Tutela expresamente dispone que la acción de tutela es inadmisibile cuando los derechos que se busca proteger son “derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política”, en particular porque para tal propósito se estableció un medio judicial especial llamado “acciones populares”. El artículo 6,3 de la Ley de Tutela añadió que lo anterior no impide que el titular de derechos amenazados o violados pueda intentar una acción de tutela en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos y el de sus propios derechos amenazados o violados, amenazados o violados, cuando se trata de prevenir un perjuicio irremediable.

488 Estas acciones populares son aquellas establecidas en la constitución para la protección de derechos e intereses relacionados con la propiedad pública, el espacio público, la seguridad y salud públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, y otros de naturaleza similar. Todos éstos son derechos difusos y para su protección, la Ley 472 de 1998 ha regulado estas acciones populares. Esta ley también regula otros tipos de acciones para la protección de derechos en casos de agravios sufridos por un número plural de personas. Sobre las acciones populares, éstas las puede intentar cualquier persona u Organización No Gubernamental, organizaciones populares o cívicas, entidades públicas con funciones contraloras cuando el agravio o amenaza no se originan debido a sus actividades, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo, los fiscales distritales y municipales, y los alcaldes y funcionarios públicos que por sus funciones deben defender y proteger los derechos antes citados (art. 12). Sobre las acciones de grupo establecidas para la protección de una pluralidad de personas en caso de sufrir lesiones en sus derechos de modo colectivo, la Ley 472 de 1998 establece estas acciones con fines básicamente de indemnización y sólo pueden ser interpuestas por veinte individuos, actuando todos en su propio nombre. Por tanto, no son acciones dirigidas a proteger a toda la población o colectividad, sino sólo a una pluralidad de personas que tienen los mismos derechos y buscan su protección.

estadounidenses,⁴⁸⁹ que han resultado muy efectivas para la protección de los derechos civiles en casos de discriminación.

2. *Funcionarios públicos con legitimación activa en el proceso de amparo*

A pesar de su carácter personal, incluso en casos de acciones para la protección de derechos colectivos y difusos, generalmente se acepta que algunos funcionarios públicos ostenten legitimación activa para intentar acciones de amparo representando a la comunidad o a grupos de personas. Tradicionalmente éste ha sido el caso del Ministerio Público y ahora del Defensor del Pueblo, cargos que existen en casi todos los países latinoamericanos.

En efecto, un aspecto importante del sistema latinoamericano de defensa de los derechos humanos y en particular respecto a la legitimación activa en casos de amparo, ha sido la creación de entidades constitucionales autónomas llamadas Defensorías del Pueblo o Defensorías de los Derechos Humanos con el propósito particular de proteger y procurar la protección de los derechos constitucionales, en particular de los derechos constitucionales difusos.

489 Regulada por la regla N° 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil e incoadas para la protección de los derechos civiles, ésta regla dispone que, en casos de una clase en las que sus integrantes tengan intereses de hecho o de derecho comunes a dicha clase pero que por ser tantos harían impracticable la tarea de reunirlos a todos, la acción pueda intentarla uno o más de dichos integrantes -como partes accionantes representativas de la clase- si las acciones de éstas son acciones características de la clase y si tales representantes protegerían de modo justo y adecuado los intereses de ella (Regla N° 23, Acciones Colectivas, a).

En algunos casos, estas instituciones siguen las líneas generales del modelo de Ombudsman escandinavo, inicialmente concebido como una institución parlamentaria independiente para la protección de los derechos de los ciudadanos, en particular en relación con la Administración Pública, como ocurre en Argentina⁴⁹⁰ (Defensor del Pueblo), Paraguay (Defensor del Pueblo)⁴⁹¹ y Guatemala (Procurador de Derechos Humanos).⁴⁹²

En otros países latinoamericanos la institución se ha concebido con mayor autonomía, en particular con

490 Dentro del primer grupo y cerca del modelo europeo, la constitución argentina, en el capítulo referido al Poder Legislativo (art. 86), establece al Defensor del Pueblo para la protección de los derechos humanos con respecto a la Administración Pública. Se concibe como una entidad independiente en el ámbito del Congreso, que actúa con autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, garantizados en la constitución y las leyes, contra hechos, actos u omisiones de la Administración Pública y controlar el ejercicio de las funciones administrativas. El Defensor del Pueblo es nombrado por el Congreso con dos tercios de los votos de los miembros presentes en la votación y sólo puede ser removido de la misma manera.

491 En la Constitución de Paraguay, el Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario para la protección de los derechos humanos, la canalización de las demandas populares y la protección de los intereses comunitarios, sin ninguna función judicial o ejecutiva (art. 276). Es elegido por la Cámara de Diputados a partir de una propuesta del Senado con el voto de dos tercios de sus miembros.

492 En Guatemala, la constitución establece un Procurador de Derechos Humanos como comisionado parlamentario elegido por el Congreso a partir de una propuesta de una Comisión de Derechos Humanos integrada por representantes de los partidos políticos presentes en el Congreso. Su misión es defender los derechos humanos y supervisar la Administración Pública (art. 274). La ley de amparo en Guatemala da suficiente cualidad al Fiscal y al Procurador de Derechos Humanos para intentar acciones de amparo "a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados" (art. 25).

respecto al parlamento y otras ramas del gobierno, habiéndose establecido para la protección de los derechos humanos sin tener relación específica con la Administración Pública. Éste es el caso de Colombia (Defensor del Pueblo),⁴⁹³ Ecuador (Defensor del Pueblo)⁴⁹⁴ y El Salvador (Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos)⁴⁹⁵ aunque en estos dos últimos países se ha organizado dentro del Ministerio Público. Éste es también el caso de México (Comisión de Derechos

493 En Colombia, el Defensor del Pueblo, elegido por la Cámara de Diputados del Congreso a propuesta formulada por el presidente de la república, fue creado como parte del Ministerio Público (art. 281) con la misión específica de vigilar la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. De entre sus facultades está el invocar el derecho al habeas corpus e incoar acciones de tutela, sin perjuicio de los derechos de la parte interesada. La Ley de Tutela también autoriza al Defensor del Pueblo a intentar estas acciones en nombre de cualquier persona cuando se le fuere solicitado, en caso que la persona se encuentre en situación de desprotección (arts. 10 y 46) o cuando se trate de colombianos residentes en el exterior del país (art. 51). En tales casos, el Defensor del Pueblo será considerado parte en el proceso junto con la parte agraviada (art. 47).

494 El Defensor del Pueblo en Ecuador es una institución completamente independiente y autónoma con respecto a las clásicas ramas del gobierno y es también elegido por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros (art. 96). Entre sus funciones está defender y promover el respeto por los derechos constitucionales fundamentales, vigilar la calidad de los servicios públicos y promover y apoyar las acciones de habeas corpus y de amparo a solicitud de parte. La ley que regula la materia en Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también autoriza al Defensor del Pueblo a intentar acciones de habeas corpus y de amparo (arts. 33 y 48).

495 En El Salvador, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos es parte del Ministerio Público, junto con el Fiscal General y el Procurador General de la República (art. 191), todos elegidos por la Asamblea Legislativa con el voto de dos tercios de sus miembros. Dentro de sus funciones está vigilar por el respeto y garantía de los derechos humanos y la promoción de acciones judiciales para su protección (art. 194).

Humanos),⁴⁹⁶ Bolivia (Defensor del Pueblo),⁴⁹⁷ Perú (Oficina del Defensor del Pueblo),⁴⁹⁸ y Nicaragua (Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos).⁴⁹⁹ También en Venezuela, la Constitución de 1999 creó la institución conocida como el Defensor del Pueblo, siguiendo la tendencia de crear un órgano independiente y autónomo del estado para la protección de los derechos humanos pero, en este caso, con la situación extrema de establecerlo formalmente como una rama separada del gobierno.⁵⁰⁰

La tendencia general con respecto a todas estas instituciones constitucionales autónomas para la protección de los derechos humanos es la facultad que se les atribuye de intentar acciones de amparo, parti-

496 En México, la constitución también ha establecido que el Congreso y las legislaturas estatales deben crear entidades para la protección de los derechos humanos y recibir quejas respecto de actos u omisiones administrativas de cualquier autoridad, salvo las del poder judicial que violen tales derechos. A nivel nacional, la entidad se llama Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

497 En Bolivia, la constitución también crea al Defensor del Pueblo con el propósito de vigilar por la aplicación y respeto de los derechos y garantías de la persona con respecto a actividades administrativas de todo el sector público para la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos (art. 127). El Defensor del Pueblo no recibe instrucciones de los poderes públicos y es elegido por el Congreso (art. 128). Entre sus funciones está intentar acciones de amparo y habeas corpus sin necesidad de un poder (art. 129).

498 En Perú, la constitución también crea el despacho del Defensor del Pueblo como órgano autónomo, cuya cabeza es elegida por el Congreso también con el voto de dos tercios de sus miembros (art. 162) con el propósito de defender los derechos humanos y fundamentales de las personas y de la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Código Procesal Constitucional autoriza al Defensor del Pueblo, en el ejercicio de sus competencias, a intentar acciones de amparo (art. 40).

499 En Nicaragua, la constitución sólo establece que la Asamblea Nacional nombrará al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (art. 138.30).

cularmente en relación con la protección de derechos constitucionales difusos, teniendo entonces la necesaria legitimación para intentar una acción, por ejemplo, en casos de protección de los derechos de los pueblos indígenas, del derecho al ambiente y el derecho de los ciudadanos a la participación política.

3. *La cuestión de la legitimación activa de otros funcionarios públicos en el recurso de amparo*

El efecto principal de la creación de todas estas instituciones constitucionales autónomas para la protección de los derechos humanos, con legitimación activa para intentar acciones de amparo, es la falta de legitimación activa que las otras instituciones del Estado tienen para iniciar el procedimiento de amparo.

Sin embargo, en países donde no se han creado esas instituciones específicas del para la protección de los derechos humanos, o donde éstas tienen un alcance limitado, otras entidades como los fiscales (del

500 La Constitución de Venezuela de 1.999 a este respecto establece una penta-separación de poderes, distinguiendo cinco ramas de gobierno, separando las ramas legislativa, ejecutiva, judicial, electoral y ciudadana; creando al Defensor del Pueblo dentro del Poder Ciudadano, en adición al despacho del Fiscal General y del Contralor General (art. 134). El Defensor del Pueblo fue creado para la promoción, defensa y supervisión de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como también para los intereses legítimos colectivos y difusos de los ciudadanos (art. 281). En particular y según el artículo 281 de la Constitución, también tiene entre sus atribuciones vigilar el funcionamiento del poder de los servicios públicos y promover y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos del pueblo contra las arbitrariedades o desviaciones de poder en la prestación de tales servicios, estando autorizado a intentar las acciones necesarias para pedir la compensación de los agravios causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos. También tiene entre sus funciones la posibilidad de intentar acciones de amparo y de hábeas corpus.

Ministerio Público) o el Procurador General se le ha otorgado la necesaria capacidad para han intentar acciones en representación del pueblo en protección de los derechos humanos.

Este ha sido el caso de los Estados Unidos, donde algunos funcionarios públicos, y en particular el Procurador General, se los ha considerado con suficiente legitimación activa para intentar *injunctions* en protección de los derechos humanos,⁵⁰¹ lo cual se generalizó después de la sentencia de la Suprema Corte en el caso de *Brown vs. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955), al declarar inconstitucional el sistema escolar dual ("separados pero iguales"). Después de esta sentencia y mediante La Ley de Derechos Civiles de 1.957, el Congreso comenzó a autorizar al Procurador General para que interpusiera *injunctions* en protección de los derechos humanos, particularmente con el fin de implementar la 15ª Enmienda al referirse, por ejemplo, al derecho de votar sin discriminaciones.⁵⁰² La consecuencia de

501 El Procurador General, por supuesto, ha tenido la legitimación requerida para la protección del interés general del estado, por ejemplo, en el control del servicio de correos, como lo admitió la Corte Suprema en sentencia *In Re Debs*, 158 U.S. 565, 15 S.Ct. 900,39 L.Ed. 1092 (1895), siendo en tal caso la parte contra los miembros de un sindicato de trabajadores de ferrocarriles que amenazaban el funcionamiento de los trenes. Unos años antes, el Congreso, mediante la ley Sherman, contra los monopolios, atribuyó facultad al Procurador General para activar procesos de enjunciones a fin de impedir restricciones al comercio.

502 Véase ha señalado Owen R. Fiss: "La iniciativa legislativa inmediatamente siguiente -la Ley de Derechos Civiles de 1.960- fue dispuesta en gran parte para perfeccionar las armas de *injunctions* del Procurador General en favor del derecho al sufragio. En cada una de las siguientes leyes sobre derechos civiles -las de 1.964 y 1.968- se repitió el mismo patrón: se autorizó al Procurador General para incoar medidas de *injunction* a fin de exigir el cumplimiento de una amplia gama de derechos -servicios públicos (p. ej. restaurantes),

estas reformas ha sido que el Procurador General, al representar los Estados Unidos, ha dejado de participar en procesos de derechos civiles como *amicus curia* solamente y habiendo jugado un papel prominente invocando injunctions en protección de derechos civiles⁵⁰³ procurando la protección por ejemplo, en materia de seguridad y salud públicas.⁵⁰⁴

En los países latinoamericanos, excepto por el ya mencionado caso de la legitimación activa conferida al Defensor del Pueblo, o en algunos casos a los fiscales del ministerio público,⁵⁰⁵ ningún otro funcionario o organismo público tiene la facultad de invocar la representación de derechos colectivos o difusos con la finalidad de intentar una acción de amparo.

En este sentido, por ejemplo, en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo decidió el rechazo de una acción de amparo presentada por el gobernador de uno de los Estados federados, resolviendo que

instalaciones estatales (p. ej. parques), escuelas públicas, empleos y vivienda." Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 21.

503 Véase Owen M. Fiss and Doug Rendleman, *Injunctions*, Second Edition, University Casebook Series, The Foundation Press, Mineola, New York, 1984, p. 35.

504 Por eso, por ejemplo, los procedimientos de *injunctions* en casos del ejercicio ilegal de la medicina y de otras profesiones conexas han sido interpuestas por el Procurador General, una Comisión Estatal de Salud y un abogado del condado. v. por ejemplo *State ex rel. State Bd. Of Healing Arts v. Beyrle*, 269 Kan. 616, 7 P3d 1194 (2000), *Idem*, p. 276 ss.

505 En Argentina, se ha aceptado la legitimación activa del Procurador General para intentar acciones de amparo. v. Néstor Pedro Sagües, "El derecho de amparo en Argentina," en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el Mundo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 59. En México, la Ley de Amparo autoriza al Ministerio Público Federal a intentar acciones de amparo en casos criminales y de familia, aunque no en casos civiles o comerciales (art. 5, I,IV).

los Estados y Municipios no pueden intentar acciones para la protección de derechos e intereses difusos y colectivos excepto si una ley los autoriza expresamente.⁵⁰⁶ Esta doctrina fue ratificada en otra sentencia pronunciada en 2.001, en la cual la Sala Constitucional también negó a los Gobernadores o Alcaldes legitimación activa para intentar acciones colectivas, argumentando que “el Estado venezolano, como tal, carece de ella [legitimación activa], ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa.”⁵⁰⁷

En consecuencia, a las autoridades de los Estados y Municipios (Gobernadores y Alcaldes) se les ha negado legitimación activa para intentar acciones de amparo que persigan la protección de derechos constitucionales colectivos cuando los infrinjan autoridades nacionales.

III. LA NECESARIA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE A TODOS LOS AGRAVIANTES

La garantía de los derechos constitucionales implica que el derecho de amparo o de protección de los mismos que tiene toda persona, debe poder ejercerse sea quien fuere la persona que produce la violación o el daño, siempre que el responsable, persona o entidad

506 Sentencia del 21 de noviembre de 2000. Caso William Dávila. *Gobernación Estado Mérida*. Véase comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 115.

507 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 656 del 30 de junio de 2000, caso Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional, como se cita en sentencia N° 379 del 3 de febrero de 2.003, *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss.

pública o privada sea individualizable como agravante, de manera que incluso el resultado final pueda ser una orden judicial "dirigida a un individuo claramente identificado y no solo a la ciudadanía en general."⁵⁰⁸ De allí que adjetivamente, el proceso de amparo esté signado siempre por la característica de la bilateralidad, basada en la relación procesal que debe ser establecida entre la parte agraviada y la agravante, quien debe participar también del proceso.⁵⁰⁹

1. *La cuestión de la individualización del demandado*

La necesidad de individualizar al demandado deriva también del carácter subjetivo o personal del amparo, en el sentido que en el libelo (como se dispone generalmente en todas las leyes de amparo latinoamericanas),⁵¹⁰ el demandante debe claramente identificar la autoridad, funcionario público, persona o entidad contra quien se interpone el recurso.

De acuerdo con lo estipulado en algunas leyes, este requisito solo aplica, desde luego, cuando dicha individualización es posible.⁵¹¹ Por eso y como dispone el Código de Procedimiento Civil paraguayo, cuando la identificación del demandado no sea posible, el juez, para garantizar la relación procesal bilateral,

508 Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978, p. 12.

509 Véase Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, decisión del 16 de diciembre de 1.992, caso *Haydée Casanova*, en la *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 139.

510 Argentina, art. 6,b; Bolivia, 97,II; Colombia, art. 14; Costa Rica, art. 38; El Salvador, art. 14,2; Guatemala art. 21,d; Honduras, art. 21; 49,4; México 116,III; 166,III; Nicaragua, art. 27,2; Panamá, art. 2619,2; Paraguay, art. 568,b; Perú, art. 42,3; Venezuela art. 18,3

511 Argentina (art. 6,b); Colombia (art. 14); Nicaragua (arts. 25; 55) y Venezuela (art. 18,3).

deberá suplir los medios necesarios para procurar determinarla (art. 569.b). A este respecto, en particular cuando el agravante no puede ser determinado o localizado y como lo dispone la ley de amparo uruguay, el tribunal debe designar un defensor público que lo represente en el caso.⁵¹²

No obstante, en el procedimiento de amparo, más importante que el autor del agravio, es la lesión infligida a los derechos constitucionales. De manera que cuando sea imposible para el demandante o el juez identificar claramente al demandado, si el hecho o la acción que causa el daño puede ser claramente determinada, aun sin la identificación del autor exacto que la ha producido, sea una autoridad, funcionario público o un individuo, la queja constitucional puede presentarse y, eventualmente, la protección puede concederse.

Esta regla general ha sido desarrollada en la doctrina argentina que establece que indica que "la acción de amparo tiende a enfocarse más en el acto lesivo, y sólo accesoriamente en su autor,"⁵¹³ de manera que una vez que la lesión ha sido causada y el acto lesivo ha sido determinado, el hecho de que su autor no ha sido identificado no puede impedir la decisión reparadora del daño," dado el hecho de que la acción de amparo tiende más a restablecer el derecho cons-

512 En Uruguay, la Ley de amparo al respecto expresamente prevé la posibilidad de intentar la acción en casos urgentes, aun sin conocer con precisión la persona responsable del daño, en cuyo caso, el tribunal debe publicar avisos oficiales para identificarla y, caso que no se presente, el tribunal deberá designar de oficio un defensor (art. 7).

513 Véase Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 92

titucional lesionado que individualizar el autor de la violación.”⁵¹⁴

Sin embargo, este principio no quiere decir que el demandante puede simplemente liberarse de su obligación de procurar la identificación del autor del daño infligido a sus derechos, así que, como también se ha resuelto en Argentina, en los casos en los cuales no se individualice al agravante, la demanda puede ser rechazada cuando se determine que lo que el demandante pretendía era forzar al tribunal a hacer el trabajo que le correspondía a él.⁵¹⁵

Aún así, dejando a un lado estas restricciones, el principio general respecto de la demanda de amparo es que el demandante debe hacer la individualización requerida del agravante mediante su identificación, sea persona humana o corporación, sea un funcionario o entidad pública, siendo tal persona o entidad la

514 Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 274. Es por esto que, en el caso principal argentino de Ángel Siri (en el cual la Corte Suprema en Argentina admitió la acción de amparo sin ninguna normativa legal al respecto), la corte protegió al propietario de un rotativo que fue clausurado por el gobierno, aun cuando en el expediente no había evidencia clara de cuál autoridad lo había clausurado ni los motivos de la decisión. *Idem*, p. 276

515 Fue el caso, por ejemplo, decidido por la Corte Suprema de Justicia rechazando una acción de amparo que fue interpuesta por un ex-Presidente de la República (caso *Juan D. Perón*) contra disposiciones del gobierno pidiendo que se regresara el cuerpo de su difunta esposa. En ese caso, la corte suprema dispuso acerca de la necesidad de una “mínima individualización del autor del acto que origina la demanda” rechazando la acción de amparo por falta de individualización mínima del demandado. La corte dedujo que lo que el demandante buscaba era conseguir de los tribunales una orden para practicar las indagaciones necesarias con respecto al paradero del cuerpo.v. Fallos: 248–537, referido en José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 275.

parte causante del daño o de la amenaza de violación de los derechos del demandante.

En el caso de recursos de amparo intentados contra personas jurídicas, entidades públicas o corporaciones, el libelo debe también identificarlas con precisión y, asimismo, con mención, cuando sea posible, de sus representantes. En estos casos de daños causados por entidades o corporaciones, la demanda puede ser intentada directamente contra la persona natural que actúa en representación de la entidad o corporación, por ejemplo, el funcionario público; o directamente contra la entidad misma. En este último caso y de acuerdo con la expresión utilizada en las *injunctions* de los derechos civiles en los Estados Unidos, la demanda puede intentarse contra "el cargo en lugar de la persona".⁵¹⁶

Esto significa, lo que es regla en México, que en estos casos el amparo se interpone contra la "autoridad responsable"; expresión ésta que está concebida en términos institucionales antes que en términos personales en el sentido que la institución involucrada siempre permanece como autor responsable, independientemente de los cambios de personas que la representen. Por consiguiente, en caso de recursos de amparo intentados contra entidades y corporaciones, la persona natural que las representa puede cambiar (como sucede comúnmente con las entidades públicas), circunstancia que no afecta la relación bilateral entre las partes agraviadas y agraviadas.

Como se dijo antes, la demanda puede ser intentada también contra la persona misma del representante

516 Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978, p. 15.

de la entidad o corporación; por ejemplo, contra el funcionario público o el director o gerente de la entidad, particularmente cuando el daño o la amenaza ha sido provocada personalmente por él, con independencia de la persona o entidad jurídica por quien actúa.⁵¹⁷ En estos casos, cuando por ejemplo el funcionario público responsable del daño puede ser identificado con precisión como la parte agravante, es solo éste, personalmente quien debe actuar como demandado en el procedimiento, en cuyo caso no será necesario enviar notificación al superior jerárquico o al Procurador General.⁵¹⁸ En tales casos, es la persona natural o funcionario público individualizado quien debe actuar como la parte agravante.⁵¹⁹

Por el contrario, si la demanda es intentada, por ejemplo, contra una entidad ministerial como un órgano de la administración pública, en este caso el Procurador General, como representante del Estado,

517 En tales casos, cuando la acción es interpuesta contra funcionarios públicos, como dispone el artículo 27 de la ley de amparo venezolana, el tribunal que decide en el mérito debe notificar su decisión a la autoridad competente "a fin de que resuelva sobre la procedencia o no de medida disciplinaria contra el funcionario público culpable de la violación o de la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales."

518 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 12.5.1988 en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 113; sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 16.3.1989, en *Revista de Derecho Público*, N° 38, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 110; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 7.9.1989, en la *Revista de Derecho Público*, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 107.

519 Véase sentencia de antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 8.3.1990, en la *Revista de Derecho Público*, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 114; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21.11.1990, en *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 148.

es el órgano que debe actuar en el proceso como su representante judicial. En otros casos, cuando la demanda de amparo es ejercida contra un órgano de la administración pública perfectamente identificado e individualizado y no contra el estado, el Procurador General, como su representante judicial, no tiene necesariamente una función procesal que desempeñar y no puede actuar en su representación.⁵²⁰

2. *El demandado en la demanda de amparo: las autoridades y los particulares*

El aspecto más importante en el proceso de amparo en América Latina respecto de la parte agravante, es que, con algunas excepciones, la demanda de amparo puede interponerse no solo contra las autoridades públicas sino también contra los particulares. En otras palabras, este específico medio judicial de protección está concebido para la protección de derechos y garantías constitucionales contra los daños y amenazas de violación independientemente de su autor, que puede ser una entidad pública, cualquier autoridades, individuos particulares o compañías o corporaciones privadas.

Es cierto que el procedimiento de amparo fue originalmente establecido para proteger a los parti-

520 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10.10.1990 en la *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 142; sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 1.8.1991, en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 120; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30.7.1992, en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 164; y sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 15.12.1992, en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 13.

culares contra el Estado; y es por eso que en algunos países, como México, se permanece en la línea de la tendencia tradicional; pero esa tendencia inicial no ha impedido la posibilidad de que en otros países el procedimiento de amparo se admita para la protección de los derechos constitucionales contra acciones de otros individuos.

Por ello, la situación actual es que en la mayoría de los países latinoamericanos está aceptada la admisión de la demanda de amparo ejercida contra particulares, como es el caso en Argentina, Bolivia, Chile, la República Dominicana, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay, así como, aunque de manera más restringida, en Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras. En cambio, solo en una minoría de países latinoamericanos la demanda de amparo permanece exclusivamente como un medio tutelar contra las autoridades, como ocurre en Brasil, El Salvador, Panamá, México y Nicaragua. Este es el caso también en los Estados Unidos donde las *injunctions* de los derechos civiles en materia de derechos o garantías constitucionales⁵²¹ pueden ser solamente admitidos contra entidades públicas.⁵²²

521 En otras materias las *injunctions* pueden intentarse contra cualquier persona como "altos funcionarios públicos o personas particulares". Véase M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press, 1993, p. 8.

522 Como lo han explicado M. Glenn Abernathy y Barbara A. Perry: "Recursos limitados contra las interferencias de los particulares a la libertad de decisión. Otro problema en el esfuerzo del ciudadano para estar libre de restricciones está en que muchos tipos de interferencias provenientes de personas particulares no constituyen ilícitos sancionados por la ley. Los prejuicios personales y la discriminación privada no ofrecen -en ausencia de previsiones legales específicas- las bases para una intervención judicial en favor del agraviado. Por ejemplo, si a alguien es negada la admisión a ser

A. *El amparo contra las autoridades públicas: entidades públicas y funcionarios públicos*

Como antes se dijo, en Latinoamérica, solamente en Brasil, El Salvador, Panamá, México y Nicaragua la demanda de amparo permanece como un medio protector para ser intentado sólo contra el Estado, es decir, contra entidades y funcionarios públicos. Como se dijo, en otros países, además de las entidades y funcionarios públicos, la demanda de amparo puede interponerse contra particulares también.

Aquella ha sido la situación en México desde el origen de la acción de amparo cuando la Constitución la concibió para proteger a los particulares contra los agravios de sus garantías constitucionales cometidas por las "autoridades" (art. 103). Es por eso que en la acción de amparo mexicana, debe siempre existir una autoridad responsable,⁵²³ requisito éste que ha sido

miembro de un club social solamente en razón de su raza, religión o afiliación política, éste puede comprensiblemente dolerse por el rechazo pero los tribunales no podrán auxiliarlo (nuevamente, asumiendo que no existe ninguna disposición legal que prohíba tales discriminaciones). Hay, entonces, muchos tipos de restricciones a la libertad de decisión individual que están más allá de la autoridad de los tribunales poderlas resolver o aliviar. Hay que tener en cuenta que la garantía de los derechos en la Constitución de los Estados Unidos solo protege contra la actuación gubernamental y no aplica a los abusos puramente privados, salvo por lo que respecta a la prohibición de la esclavitud de la XIII Enmienda. Los recursos para los abusos personales deben buscarse entonces en leyes especiales, el derecho común o las regulaciones administrativas u oficiales y en las sentencias." *Idem*, p.6.

523 De acuerdo con ello, el artículo 11 de la ley de amparo señala que "Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado." Este artículo se ha interpretado en el sentido que las autoridades no son solo aquellas superiores que ordenan los actos, sino también aquellas subordinadas que las ejecutan o procuran ejecutarlas; siendo el amparo admitido contra cualquiera de éstas. Véase "Autoridades

desarrollado por la jurisprudencia con respecto a los siguientes aspectos:

Primero, no todas las entidades públicas pueden ser consideradas “autoridades”, sino solo aquellas que estén facultadas para tomar decisiones e imponerlas y ejecutarlas a los particulares mediante el uso del poder público coactivo.⁵²⁴ De acuerdo con esta doctrina, los tribunales han rechazado la acción de amparo contra entidades públicas que han sido consideradas carentes de facultades de decisión, como son aquellas de naturaleza consultiva.⁵²⁵ De allí que, por ejemplo, muchas entidades descentralizadas como *Petróleos Mexicanos*, la Comisión Nacional de Electricidad, el Defensor de los Derechos Humanos de la UNAM y las universidades autónomas fueron inicialmente excluidas de la categoría de “autoridades”.⁵²⁶ No obstante, la acción de amparo ha sido progresivamente admitida contra

para efectos del juicio de amparo” (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917–1988, Segunda parte, Tesis 300, p. 519). Véase la referencia en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 254.

524 Como se definió en el caso Campos Otero Julia (1935), este término se entiende como “un órgano del Estado, investido legalmente de la facultad de decisión y del poder de mando necesario para imponer a los particulares sus propias determinaciones, o las que emanen de algún otro órgano del mismo Estado”. Véase la referencia en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 253; y en Suprema Corte, *Jurisprudencia de la Suprema Corte*, Tesis 179, II, 360. Véase la referencia en Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, p. 94.

525 *Idem*, p. 95.

526 Véanse las referencias a las decisiones judiciales en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, pp. 255–256.

algunas de esas entidades, basada en la posible facultad de decisión en algunos casos particulares.⁵²⁷

Segundo, la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina del funcionario público *de facto*, en el sentido que aun si el agraviante no es el legítimo titular del cargo público, el amparo debe ser admitido cuando el daño ha sido causado por alguien que pretende ejercer facultades públicas con el asentimiento de los ciudadanos, que por ello se confían legítimamente a éste.

Tercero y respecto del concepto de autoridad en la demanda de amparo, el demandante debe identificar a todos aquellos efectivamente involucrados en la acción agravante (quienes deben ser notificados por el tribunal); y no solo aquellos que ordenaron la actividad impugnada, sino también aquellos que la han decidido y los que la han ejecutado o aplicado.⁵²⁸

En contraste con el tratamiento mexicano, en casi todos los países latinoamericanos, el término “auto-

527 *Idem*, p. 257.

528 Como decidió la Corte Suprema: si la acción de amparo identifica la autoridad responsable como aquella que ha tomado la decisión o la ha ordenado, pidiendo la suspensión de sus efectos sin identificar la autoridad que la ha ejecutado, la suspensión no puede concederse ya que la ejecución se considera como consentida por el accionante. Por el contrario, si la demanda solo menciona como autoridades responsables a aquellas quienes han ejecutado las actuaciones sin identificar quienes las ordenaron, entonces, si bien es cierto que la suspensión puede otorgarse, el caso debe discontinuarse porque, sin identificar al autor de las actuaciones, la situación debe considerarse como consentida por el accionante. v. Jurisprudencia de la Corte Suprema en “Actos Consumados. Suspensión improcedente” y “Actos derivados de actos consentidos,” en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1995, Primera Sala, Tesis 1090, p. 756; y Tribunal Pleno, Tesis 17, p. 12. Véanse las referencias en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 255, notes 450-451.

ridad" ha sido interpretado en sentido más amplio y como referido a cualquier entidad o funcionario público, independientemente de sus poderes o funciones.

En Argentina, por ejemplo, como lo establece la Ley de amparo, la acción puede intentarse contra "todo acto u omisión de autoridad pública" (art. 1), teniendo el término "autoridad pública"⁵²⁹ un sentido amplio, incluyendo toda suerte de entidades o funcionarios públicos de todas las ramas de gobierno. Por consiguiente, a pesar de algunas aisladas interpretaciones restrictivas,⁵³⁰ la tendencia general en Argentina es entender "autoridad" en sentido amplio, incluyendo cualquier agente, empleado, funcionario público, magistrado de gobierno o cualquier funcionario actuando en tal condición, incluyendo individuos particulares cumpliendo funciones públicas, como los concesionarios de servicios públicos.⁵³¹

529 Hay que decir que la expresión "autoridad pública" del artículo 1 de la ley de amparo fue incluida debido a la intención del legislador de 1.964 de no regular el amparo contra particulares; lo que, sin embargo, ya estaba admitido por la Corte Suprema y luego expresamente regulado por el Código de Procedimiento Civil.

530 En algunas ocasiones esta expresión ha sido interpretada también de modo restrictivo como en México, refiriéndose solo a funcionarios públicos con *imperium*, esto es, aquellos con poder para ordenar y declarar actos obligatorios y exigir el uso de la fuerza pública para ejecutarlos. Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 91–93; Joaquín Brague Camazano, *La Jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 97. José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 208–209.

531 En algunos casos se ha considerado incluso que las actuaciones de una Asamblea Constituyente Provincial pueden ser impugnadas por vía de la acción de amparo. Véase Alf Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 24–25.

En un sentido similar, en Bolivia, Colombia, El Salvador, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela, por ejemplo, también en sentido amplio, el término "autoridades públicas" se ha concebido con el propósito de conceder la protección del amparo frente a cualquier funcionario o entidad pública,⁵³² "sea de la categoría que sea y sean cuales sean las funciones que ejerza", como se dispone en la ley brasileña del *mandado de segurança* (art. 1). Por ello, algunas leyes de amparo, para disipar cualquier duda, son enumerativas e incluyen cualquier acto de cualquiera de las ramas del poder público e incluyen entidades desconcentradas, descentralizadas o autónomas, corporaciones municipales o aquellas financiadas con fondos públicos o aquellas operando por delegación del estado por vía de una concesión, contrato o resolución.⁵³³

Al respecto, el único país latinoamericano donde la demanda de amparo respecto de las autoridades está expresamente restringida a aquellos correspondientes a la rama ejecutiva del gobierno es Ecuador, donde el artículo 46 de la ley de amparo solo admite el amparo contra un "acto ilegítimo de autoridad de la administración pública" (art. 46).

B. El amparo contra individuos o personas particulares

Si bien es cierto que la demanda de amparo, como medio judicial específico para la protección de los derechos y garantías constitucionales, fue concebida originalmente para la protección de los particulares contra el Estado y sus funcionarios públicos, en la actualidad también ha ido progresivamente admitida contra per-

532 Bolivia (art. 94), Colombia (art. 1), El Salvador (art. 12), Perú (art. 2), Nicaragua (art. 3), Uruguay (art. 2) and Venezuela (art. 2).

533 Guatemala (art. 9); Honduras (art. 41).

sonas, corporaciones e instituciones privadas cuyas actividades pueden también causar daños o amenazas de daños respecto de los derechos constitucionales de los demás.

Esto fue admitido por vez primera en Argentina, mediante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1.958, dictada en el caso *Samuel Kot*, en el cual decidió que “nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados *derechos humanos* [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad”, siendo importante no solo el origen del daño a los derechos constitucionales sino también los derechos mismos, admitiendo por esta vía la demanda de amparo contra los particulares.⁵³⁴

Después de esta decisión, el amparo contra personas particulares fue admitido seguidamente en muchos países latinoamericanos como en Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y también como en Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras, donde la demanda de amparo puede ser incoada contra los actos u omisiones de individuos causantes de daños o riesgos a los derechos constitucionales de las demás personas, aunque no siempre con el mismo sentido.

En algunos países, la posibilidad del amparo contra particulares se mantiene inadmisibles, como es el caso en México, donde la tutela constitucional de la demanda de amparo se estipula exclusivamente con-

534 Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires 1987, p. 228; Joaquín Brage Camazo, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de derechos humanos)*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 99; Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 13, 512, 527 ss.

tra las autoridades.⁵³⁵ También en Brasil, en relación con el *mandado de segurança*, la constitución dispone su admisibilidad solo para proteger los derechos y libertades “cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder fuese la administración pública o el representante de una persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público”, excluyendo así la demanda de la protección contra las acciones de los individuos particulares.⁵³⁶ Disposiciones similares están previstas en la leyes de amparo de Panamá (Constitución, art. 50; Código Judicial, art. 2.608), El Salvador (art. 12) y Nicaragua (art. 23).

Por contraste y como ya se dijo, la demanda de amparo contra particulares es admisible en Argentina, aun cuando la ley 16.986 del año 1.966 solo se refiere a la demanda de amparo contra el estado cuando se interpone “contra todo acto u omisión de autoridad pública” (art. 1); estando el amparo contra particulares regulado en los artículos 3221,1 y 498 del Código de Procedimiento Civil y Comercial.

En Venezuela, la demanda de amparo también es admisible contra actos de los particulares. La ley orgánica de amparo de 1.988⁵³⁷ dispone que la demanda de amparo “también procede contra el he-

535 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 251; Joaquín Brage Camazo, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de derechos humanos)*, Editorial Porrúa, México 2005, 184.

536 Véase Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, Editora Forense, Rio de Janeiro 1993, p. 92.

537 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 96, 128; Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

cho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley." (art. 2).

De manera similar, la ley 16.011 de amparo uruguayo de 1.988 admite, en términos generales, la demanda de amparo "contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución" (art. 1).⁵³⁸ Una disposición similar está contenida en el Código Procesal Constitucional peruano (art. 2)⁵³⁹ y en la constitución boliviana (art. 19).

También en Chile, aun sin una ley que estipule la acción para una tutela, se ha interpretado que la acción está establecida en la constitución a fin de proteger derechos y libertades constitucionales contra actos u omisiones arbitrarias o ilegítimas que perturben o amenacen dichos derechos y libertades (art. 20), sin distinción en cuanto al origen de la acción, siendo la misma admitida contra actos u omisiones de particulares.⁵⁴⁰ Una interpretación similar también fue toma-

538 Véase Luis Alberto Viera, *Ley de Amparo*, Ediciones Idea, Montevideo 1993, pp. 63, 157.

539 Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, pp. 389 ss.

540 Véase Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectivas," en Humberto Nogueira Alcalá (Editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2000, p. 41.

da por la Corte Suprema de la República Dominicana respecto de la admisibilidad del amparo contra particulares.⁵⁴¹

Otros países latinoamericanos, como Guatemala (art. 9), Colombia,⁵⁴² Costa Rica,⁵⁴³ Ecuador⁵⁴⁴ y Honduras solo admiten la acción de amparo contra particulares en forma restringida, en el sentido que solo puede ser interpuesta contra individuos o corporaciones que están en una posición de ascendencia con respecto a los ciudadanos o que de alguna manera ejercen funciones o actividades públicas o están prestando servicios públicos o de utilidad social.⁵⁴⁵

541 Véase Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, Vol. II, Gaceta Judicial, Santo Domingo 2005, p.390.

542 En Colombia donde la constitución expresamente remite a la ley para establecer "los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." (art. 86).

543 Al respecto, la ley de la jurisdicción constitucional costarricense restringe el amparo contra particulares. Véase Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 2001, pp. 275, 281 ss. El artículo 57 establece: "El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley."

544 En Ecuador, la acción de amparo está admitida contra entidades que, aun no siendo autoridades públicas, prestan servicios públicos por delegación o concesión y, en términos generales, contra particulares pero solo cuando sus actos u omisiones causen daños o riesgos a los derechos constitucionales y afecten de un modo grave y directo intereses comunes, colectivos o difusos (art. 95,3).

545 De manera similar a las enunciones admitidas en los Estados Unidos contra corporaciones de servicios públicos. Véase por ejemplo, caso *Wiemer v. Louisville Water Co.*, 130 F. 251 (C.C.W.D. Ky. 1903),

Al respecto, por ejemplo, las acciones de amparo pueden ser incoadas también contra partidos políticos, o sus representantes, cuando su conducta viola los derechos de los ciudadanos, como se ha admitido también en los Estados Unidos.⁵⁴⁶

IV. LA NECESARIA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE A TODOS LOS ACTOS ESTATALES

En virtud de que originalmente la acción de amparo se estableció y desarrolló para la defensa de los derechos constitucionales frente a violaciones infringidas por el Estado y las autoridades, la parte agravante más comúnmente regulada en las leyes relativas a amparo en Latinoamérica han sido, desde luego, las autoridades públicas o los funcionarios públicos cuando sus actos u omisiones (sean legislativos, ejecutivos o judiciales) violen o amenacen violar los derechos. Por ello, la Convención Americana, de Derechos Humanos por ejemplo, al regular el amparo, como protección judicial, le da una configuración universal de manera que no indica acto alguno del Estado que escape del ámbito del amparo. Si el amparo es un medio judicial de protección de los derechos fundamentales constitucionales, ello es y tiene que serlo frente a cualquier acción de cualquier ente público o funcionario público; por lo que no se concibe que frente a esta característica universal del amparo, pueda haber determinadas acti-

en John Bourdeau *et al.*, "Injunctions," en Kevin Schroder, John Glenn and Maureen Placilla, *Corpus Juris Secundum*, Volume 43A, Thompson West, 2004, p. 182 ss.

546 Véase caso *Maxey v. Washington State Democratic Committee*, 319 F. Supp. 673 (W.D. Wash. 1970), *Idem*, p. 240.

vidades del Estado que puedan quedar excluidas del ámbito de una acción de amparo. Es decir, conforme a la Convención Americana, todos los actos, vías de hecho y omisiones de las autoridades públicas pueden ser objeto de la acción de amparo, cuando mediante ellos se violen o amenacen derechos constitucionales, sea que emanen de autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales.

Es en este sentido que, por ejemplo, la ley de amparo guatemalteca dispone el principio de que "no hay ámbito que no sea susceptible de amparo" siendo admisible contra cualesquiera "actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad [que] lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan." (art. 8).

Son los mismos términos utilizados en la ley de amparo de Venezuela que establece que el recurso de amparo puede ser intentado "contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal" (poderes públicos) (art.2); lo que significa que la tutela constitucional puede ser incoada contra cualquier acción pública, es decir, cualquier acto formal del Estado o cualquier acto sustantivo de hecho (vías de hecho) (art.5); así como contra cualquier omisión de las entidades públicas. Es por esto también que los tribunales en Venezuela han decidido que "no puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo ésta, no como una forma de control jurisdiccional de la inconstitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad, sino -como se ha dicho- un remedio de protección de las

libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce y disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica, o grupo u organizaciones privadas, amenace vulnerarlas o las vulneren efectivamente” admitiendo, por lo tanto, que el recurso constitucional de amparo puede ser intentado aun contra actos excluidos del control constitucional cuando un daño o violación de derechos o garantías constitucionales haya sido alegado.⁵⁴⁷

547 Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia del 31 de enero de 1.991, caso *Anselmo Natale*, en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, p. 118; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de junio de 1992, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, p. 125. De acuerdo con las cortes venezolanas, este carácter universal del amparo respecto de los actos u omisiones de las autoridades públicas implica que La lectura del artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo evidencia que no hay prácticamente ningún tipo de conducta, independientemente de su naturaleza o carácter, así como de los sujetos de los cuales provenga, del cual pueda predicarse que está excluido *per se* de su revisión por los jueces de amparo, a los efectos de determinar si vulnera o no algún derecho o garantía constitucional”; Decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 11 de noviembre de 1.993 en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 284.. En otra sentencia del 13 de febrero de 1.992, la Corte Primera decidió: “Observa esta Corte que la característica esencial del régimen de amparo, tanto en la concepción constitucional como en su desarrollo legislativo, es su universalidad... por lo cual hace extensiva la protección que por tal medio otorga, a todos los sujetos (personas físicas o morales que se encuentran en el territorio de la nación) así como a todos los derechos constitucionalmente garantizados, e incluso aquéllos que sin estar expresamente previstos en el texto fundamental, son inherentes a la persona humana. Este es el punto de partida para entender el ámbito del amparo constitucional. Los únicos supuestos excluidos de su esfera son aquéllos que expresamente señala el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, desde el punto de vista sustantivo, no hay limitaciones respecto a derechos o garantías específicas.” Véase *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 120-121.

No obstante este principio general de universalidad del amparo, pueden encontrarse una serie de excepciones en muchas leyes de amparo latinoamericanas en relación con algunos actos particulares y específicos del estado o actividades que están expresamente excluidas de los procedimientos de amparo, sean de naturaleza legislativa, ejecutiva, administrativa o judicial.

1. *Amparo contra actos legislativos*

La primera cuestión en esta materia se refiere a la posibilidad de intentar acciones de amparo contra actos u omisiones legislativas cuando causan daños a los derechos constitucionales de las personas. Las violaciones en estos casos pueden ser causadas por leyes o por otras decisiones tomadas, por ejemplo, por comisiones parlamentarias.

A. *El amparo contra decisiones de cuerpos parlamentarios y sus comisiones*

En relación con actos del Congreso y de las comisiones parlamentarias (incluyendo los consejos legislativos regionales o municipales) cuando lesionan derechos y garantías constitucionales, en principio, es posible impugnarlos mediante la acción de amparo ante los tribunales competentes.⁵⁴⁸ Esto ha sido expresamente

548 En los Estados Unidos, los actos del Concejo Municipal pueden ser impugnados mediante injunctiões. Véase *Stuab v. City of Baxley*, 355 U.S. 313 (1958), en M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties under the Constitution*, University of South Carolina Press, 1993, pp. 12-13.

admitido, por ejemplo, en Argentina⁵⁴⁹, Costa Rica⁵⁵⁰ y Venezuela.⁵⁵¹

En contraste, en México, el artículo 73, VIII de la Ley de amparo expresamente excluye del recurso de amparo, las resoluciones y declaraciones del Congreso federal y sus Cámaras, así como las de los cuerpos legislativos estatales y sus comisiones respecto de la elección, suspensión o remoción de funcionarios públicos en casos donde las constituciones correspondien-

549 En Argentina fue el caso de las interpelaciones parlamentarias desarrolladas en 1.984 en relación con los hechos ocurridos durante el gobierno de facto anterior, en el cual una comisión parlamentaria ordenó allanar la oficina de una firma de abogados y confiscar documentos. En las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el caso Klein en 1.984, sin cuestionar las facultades de las comisiones parlamentarias para hacer pesquisas, se sentenció que ellas no pueden, sin disposiciones legales formales, válidamente restringir los derechos individuales, en particular, allanar el domicilio personal de las personas y decomisar sus documentos personales. En el caso, por tanto, fue decidido que la orden solo podía tomarse basándose en disposiciones legales y no en la sola decisión de las comisiones y, eventualmente, fundados en una orden judicial. Véase los comentarios en la sentencia de Primera Instancia de 1.984 (1ª. InstCrimCorrFed, Juzg N° 3, 10-9-84, ED 110-653), en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea Buenos Aires 1988, pp. 95-97; Joaquín Brague Camazano, *La Jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Editorial Porrúa, México 2005, p. 98; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1987, pp. 216-216.

550 Véase Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 2001, pp. 211-214.

551 En Venezuela, similarmente, la Corte Suprema, aun reconociendo la existencia de atribuciones exclusivas de los cuerpos legislativos, los cuales de acuerdo con la constitución de 1.961 (art. 159) no estaban sujetos al control jurisdiccional, admitió la protección del amparo contra ellas para la inmediata restauración de los derechos constitucionales lesionados del accionante; y admitió la acción de amparo contra actos legislativos. Sentencia de 31 de enero de 1.991 (caso *Anselmo Natale*) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, p. 118.

tes les confieran el poder para resolver el asunto de una manera soberana o discrecional.⁵⁵² Las decisiones tomadas por la Cámara de Diputados o del Senado, en juicios políticos, que sean declaradas inatacables⁵⁵³ (Constitución, art. 110) también están excluidas del recurso de amparo.

B. *El amparo contra las leyes*

Ahora bien, aparte de los actos de los cuerpos legislativos, uno de los aspectos más importantes del procedimiento de amparo latinoamericano se refiere a la posibilidad de intentar la acción de amparo contra las leyes. Si bien es cierto que en algunos países está expresamente admitido como es el caso de Guatemala, Honduras, México y Venezuela; en la mayoría de los países latinoamericanos está expresamente excluido como es el caso en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile,⁵⁵⁴ Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador,⁵⁵⁵ Panamá, Perú, Paraguay, Nicaragua y Uruguay (ley de amparo, art. 1,c).

Con respecto a los países donde la acción de amparo es admitido contra las leyes, la interposición de

552 Véase Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, p. 98.

553 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 378.

554 Véase Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectivas," in Humberto Nogueira Alcalá (Editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2000, p. 45.

555 Véase Edmundo Orellana, *La Justicia Constitucional en Honduras*, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Editorial Universitaria, Tegucigalpa 1993, p. 102, not 26.

la acción, por ejemplo en México y n Venezuela, está limitada a solo las leyes de aplicación directa (las que pueden lesionar los derechos constitucionales sin necesidad de ningún otro acto del Estado que la ejecute o aplique), o a los solos actos que aplican la ley en particular. Solamente en Guatemala y Honduras, es el recurso de amparo admitido directamente contra las leyes.

En efecto, en México, el artículo 1,I de la Ley de amparo establece que el amparo puede intentarse contra leyes de aplicación directa o leyes auto-aplicables cuando causen un daño directo a las garantías constitucionales del accionante sin requerirse un acto judicial o administrativo adicional para su aplicación.⁵⁵⁶ En tales casos, la acción se intenta directamente contra la ley dando lugar al control de constitucionalidad de la misma. Por ello el amparo contra las leyes en México está considerado como un medio judicial para el control constitucional directo de las mismas (aun cuando la acción no se intente en forma abstracta debido a que el accionante debe haber sido lesionado directamente y sin necesidad de otro acto adicional del Estado para la aplicación de la ley). Por el contrario, cuando la ley, por sí misma, no causa un daño directo y personal al accionante (porque no es de aplicación directa), la acción de amparo es inadmisibile al menos que sea inten-

556 Véase *Garza Flores Hnos., Sucs. case*, 28 S.J. 1208 (1930). Véase la referencia en Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, p. 167. En estos casos la acción debe ser intentada dentro de los treinta días siguientes a su ejecución. En dichos casos, los demandados son las instituciones supremas del estado que intervinieron en la redacción de la ley, es decir, el Congreso de la Unión o las legislaturas de los estados que sancionaron la ley, el presidente de la república o estado, gobernadores que ordenaron su ejecución y las secretarías ejecutivas que la sancionaron y ordenaron su promulgación.

tada contra los actos del Estado que aplican dicha ley a una persona específica.⁵⁵⁷

En Venezuela, dado el carácter universal del sistema de control de constitucionalidad, consolidado en la Constitución de 1.999, puede decirse que una de las más destacadas innovaciones de la Ley de amparo de 1.988 fue la de establecer la acción directa de amparo contra las leyes y otros actos normativos, complementando el sistema general mixto de control constitucional.⁵⁵⁸ Considerábamos que cuando se intentaba

557 Como se dispone expresamente en el artículo 73,VI, el juicio de amparo es inadmisibile "contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio." En estos casos de leyes que no son de aplicación directa, la acción de amparo debe ser interpuesta dentro de los quince días siguientes a la producción del primer acto que las ejecute o aplique. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 387. El principal aspecto a resaltar, desde luego, es la distinción entre leyes que son de aplicación directa de las leyes que no lo son. Siguiendo la doctrina asentada en el caso de Villera de Orellana, María de los Ángeles et al., aquellas son las que obligan inmediatamente y en cuyas disposiciones las personas a quienes aplica son clara e inequívocamente identificadas, siendo *ipso facto* sujetas a una obligación que implica el cumplimiento de actos no requeridos previamente, resultando en una modificación perjudicial de los derechos de la persona. Suprema Corte de Justicia, 123 S.J. 783 (1955). Véase comentarios en Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, p. 168-173.

558 De acuerdo con el artículo 3 de la ley de amparo, son dos las formas establecidas mediante las cuales puede conducirse una pretensión de amparo ante la corte competente: de una manera autónoma o ejercida en conjunto con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes. En el último caso, la pretensión de amparo está subordinada a la acción principal de control jurisdiccional, permitiendo a la corte solamente la posibilidad de suspender la aplicación de la ley mientras se resuelve la acción por inconstitucionalidad. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 227 ss.

directamente la acción contra leyes, el propósito de la disposición legal era asegurar la inaplicabilidad de la ley al caso particular con efectos *inter partes*.⁵⁵⁹

Sin embargo, a pesar de las disposiciones de la ley de amparo, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechazó tales acciones imponiendo la necesidad de intentarlas solo contra los actos del Estado dictados para aplicar las leyes y no directamente en contra de las mismas.⁵⁶⁰ La antigua Corte Suprema, en sus decisiones a partir de 1993, aún admitiendo la diferencia que existe entre las leyes de aplicación directa de aquellas que no lo son,⁵⁶¹ concluyó declarando la imposibilidad de que un acto normativo pueda lesionar directa y efectivamente, por sí mismo, los derechos constitucionales de una persona. El tribunal también consideró que una ley, a los efectos de la acción de amparo no podría ser una amenaza a derechos constitucionales, en razón de que para intentar una acción de amparo, esta tiene que ser "inminente, posible y realizable", condiciones que se considera no se dan respecto de las leyes.

559 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 224 ss.; Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001, pp. 553 ss.

560 Véase decisión del 24 de mayo de 1993, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 287-288.

561 Sentenciando que las leyes de aplicación directa imponen, con su promulgación, una inmediata obligación a las personas para quienes se dicta; y, por el contrario, aquellas leyes que no son de aplicación directa requieren de un acto para su aplicación, en cuyos casos su sola promulgación no puede producir una violación constitucional. Véase en *Revista de Derecho. Público*, n° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 285

Ahora bien, en contraste con las normas mexicanas y venezolanas, el amparo contra las leyes en Guatemala está previsto bajo la modalidad directa, estando la Corte de Constitucionalidad facultada "para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley" (Ley de Amparo de Guatemala, art. 10,b). Esta misma facultad judicial, pero solo relativa a los reglamentos del poder ejecutivo, está establecida en Honduras (Ley sobre Justicia Constitucional, art. 41,b). En ambos casos, las sentencias en los procedimientos de amparo tienen el efecto de suspender la aplicación de la ley o reglamento del ejecutivo respecto del recurrente y, si fuese pertinente, el restablecimiento de la situación jurídica lesionada o la cesación de la medida (Ley de amparo, art. 49,a).⁵⁶²

Aparte de estos cuatro casos de México, Venezuela, Guatemala y Honduras, como se ha dicho, en los otros países latinoamericanos el amparo contra las leyes está expresamente excluido.

En efecto, en Argentina, aun contando con la larga tradición del control de constitucionalidad de las leyes mediante la aplicación del método difuso de control, el amparo contra las leyes no se admite.⁵⁶³ Sin embargo, si en el ejercicio de una acción de amparo contra

562 Véase Edmundo Orellana, *La justicia constitucional en Honduras*, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa 1993, p. 102, nota 26.

563 Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1987, p. 214; Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, "Acción de amparo," Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 97.

actos del estado, se considera inconstitucional la ley sobre la cual el acto impugnado está basado, el juez de amparo, mediante el método difuso de control de constitucionalidad, podría decidir acerca de la inaplicabilidad de la ley en ese caso.⁵⁶⁴

En Brasil, el *mandado de segurança* también está excluido contra las leyes o disposiciones legales cuando éstas no han sido aplicadas a través de actos administrativos.⁵⁶⁵

En Uruguay, en sentido similar, aun siendo un país con un sistema concentrado de control constitucional, el amparo contra las leyes está excluido en relación con las leyes y actos del Estado de similar rango (Ley N° 16.011, art. 1,c). En Uruguay, en efecto, el único medio para lograr la declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley, es mediante el ejercicio de un recurso ante la Corte Suprema, la cual sólo puede decidir sobre la inconstitucionalidad con efectos limitados al caso concreto. En el caso de una acción de amparo donde se plantee la cuestión de inconstitucionalidad de una ley, la decisión del juez competente sólo tendría efectos suspensivos respecto de la aplicación de la ley en re-

564 En este respecto, el artículo 2,d de la ley de amparo dispuso que la acción de amparo no es admisible "cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese ... la declaración de inconstitucionalidad de leyes". Esto se ha tomado como no vigente porque contradice el artículo 31 de la constitución (ley suprema de la nación). Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea Buenos Aires, 1988, p. 243-258. Adicionalmente, el artículo 43 de la constitución de 1.994, que ahora rige la acción de amparo, ha expresamente resuelto la situación disponiendo que "En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."

565 Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires 1987, pp. 213-214.

lación con el recurrente, sujeta a la decisión de la Corte Suprema en cuanto a la inconstitucionalidad de la ley.⁵⁶⁶ Por su parte, la ley de amparo en el Paraguay también dispone que cuando para una decisión en un procedimiento de amparo sea necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, el tribunal debe enviar los expedientes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema a fin de decidir sobre su inconstitucionalidad. Esta incidencia no suspendería el procedimiento en el tribunal inferior, el cual debe continuarlo hasta antes de su decisión (art. 582).

En Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional también dispone la inadmisibilidad de la acción de amparo contra las leyes o contra otras disposiciones reglamentarias, con la excepción de cuando son impugnadas junto con los actos que las aplican individualmente, o cuando se relacionan con normas de aplicación directa o automática, sin necesidad de otras normas o actuaciones que las desarrollen o hagan aplicables al recurrente (Ley de la Jurisdicción Constitucional, art. 30,a). Sin embargo, en estos casos, el amparo contra la ley de aplicación directa no es directamente resuelto por la Sala Constitucional, sino que debe ser convertido en una acción de inconstitucionalidad de la ley impugnada.⁵⁶⁷ En dichos casos, el presidente de la Sala Constitucional debe suspender el procedimiento de amparo y dar al recurrente quince días para formalizar una acción directa de inconstitucionalidad contra la ley (Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, art. 48). Así que solo después que la ley es

566 Véase Luis Alberto Viera, *Ley de Amparo*, Ediciones Idea, Montevideo 1993, pp. 23.

567 Véase Rubén Hernández, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 2001, pp. 45, 208–209, 245, 223.

anulada por la Sala Constitucional, la acción de amparo será decidida.

En el Perú, de manera similar a la solución argentina y después de discusiones habidas bajo la legislación precedente,⁵⁶⁸ el Código Procesal Constitucional dispone que cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma (art. 3). En este caso también, para decidir, el tribunal debe utilizar sus facultades de control jurisdiccional a través del método difuso.

También en Colombia, la acción de tutela está excluida respecto de todos los "actos de carácter general, impersonal y abstracto" (art. 6,5); y en Nicaragua, la acción de amparo no es admisible "en contra del proceso de formación de la ley desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta la publicación del texto definitivo (Ley de Amparo, art. 7)

2. *El amparo contra las actuaciones ejecutivas y actos administrativos*

A. *El amparo contra actos del Poder Ejecutivo*

Con respecto a las autoridades del Poder Ejecutivo, el principio general es que la acción de amparo es admisible respecto de los actos administrativos, hechos u omisiones de los órganos e entidades públicas que integran la Administración Pública, en todos sus niveles (nacional, estatal y municipal), incluyendo las en-

568 Particularmente y respecto de las acciones de amparo contra leyes de aplicación directa, Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 352-374.

tidades descentralizadas, autónomas, independientes y desconcentradas. La acción de amparo, por supuesto, también procede contra los actos dictados por la cabeza del poder ejecutivo, es decir, por el Presidente de la República.

No obstante, en relación con actos administrativos y en general del Poder Ejecutivo, algunas restricciones específicas se han establecido en América latina, por ejemplo, en México, donde el acto presidencial específico de expulsión de un extranjero del territorio (art. 33)⁵⁶⁹ no puede ser impugnado por medio de la acción de amparo y, en Uruguay, contra los reglamentos del ejecutivo.⁵⁷⁰

Con relación a los actos administrativos, como se dijo antes, todos los países latinoamericanos admiten la posibilidad de la interposición de acciones de amparo contra dichos actos; y, aun en algunos países, como en Venezuela, la Ley de amparo (art. 5) dispone la posibilidad de ejercer la acción de dos maneras: en forma autónoma o en conjunción con un recurso contencioso-administrativo de nulidad del acto en cuestión.⁵⁷¹ La

569 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 377.

570 Véase Luis Alberto Viera, *Ley de Amparo*, Ediciones Idea, Montevideo, 1993, p. 99.

571 Respecto de la última, la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de julio de 1991 (caso *Tarjetas Banvenez*), aclaró que en dicho caso, la acción no es una acción principal sino subordinada a la acción principal al que se le ha adjuntado y está sujeta a la decisión final anulatoria de la decisión que tiene que ser dictada en la acción principal. Véase texto en la *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 169–174 y comentarios en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 183–184. Es por esto que en estos casos la pretensión del amparo (que debe estar fundamentada en una presunción grave de la violación del derecho constitucional)

diferencia principal entre las dos vías⁵⁷² está, primero, en la naturaleza del alegato: en el sentido de que en el primer caso, la violación alegada respecto del derecho constitucional debe ser una violación directa, inmediata y flagrante; en el segundo caso, lo que tiene que ser probado es la existencia de una grave presunción de la violación del derecho constitucional.

Y, segundo, hay también una diferencia en cuanto al objetivo general del procedimiento: en el primer caso, la sentencia pronunciada es una sentencia definitiva de tutela constitucional, de carácter restauradora;

tiene un carácter preventivo y temporal que consiste en la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado mientras se produce la decisión final en el recurso de nulidad. Este carácter cautelar de la protección del amparo mientras se resuelve la acción está, por tanto, sujeto a la decisión final a ser dictada en el proceso contencioso-administrativo de nulidad contra el acto impugnado. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, pp. 170-171.

572 La principal diferencia entre ambos procedimientos según la Corte Suprema de Justicia es que, en el primer caso del recurso autónomo de amparo contra actos administrativos, el recurrente debe alegar una violación directa, inmediata y flagrante del derecho constitucional, el cual por sí mismo evidencia la necesidad de la orden de amparo como medio definitivo para restaurar la situación jurídica lesionada. En el segundo caso y dada la naturaleza suspensiva de la orden de amparo, la cual solo tiende a detener temporalmente los efectos del acto lesivo hasta que el recurso contencioso-administrativo que confirme o anule dicho acto sea decidido, las violaciones inconstitucionales alegadas de disposiciones constitucionales pueden ser formuladas junto con las violaciones de disposiciones legales, o correspondientes a una ley, que desarrollan disposiciones constitucionales; y porque es un recurso de control constitucional contra actos administrativos que persiguen la nulidad de éstos, pueden también dichos recursos fundamentarse en textos legales. Lo que la corte no puede hacer en estos casos de acciones conjuntas con el fin de suspender los efectos del acto administrativo impugnado, es fundamentar su decisión solamente en las alegadas violaciones de la ley porque esto significaría anticipar la decisión final en el recurso principal (de control constitucional de nulidad). *Idem*, pp. 171-172.

en el segundo caso, la sentencia sólo tiene carácter cautelar de suspensión de los efectos del acto impugnado, que queda sujeta a la decisión de la causa principal de nulidad.⁵⁷³

De manera similar a la solución venezolana, el artículo 8 de la Ley de tutela colombiana establece la posibilidad de interponer “la tutela como mecanismo transitorio” contra actos administrativos en conjunción con el recurso contencioso-administrativo de nulidad.

B. La acción de amparo y las cuestiones políticas

Un tema importante en relación al amparo contra actos del Poder Ejecutivo, es el relacionado con los llamados actos políticos o las llamadas cuestiones políticas, lo cual, sin embargo, en América Latina solo es relevante en Argentina y Perú.

En efecto, de acuerdo con la doctrina que se originó en los Estados Unidos con relación al control jurisdiccional de constitucionalidad, siempre se ha considerado como exentos de control judicial a los actos de naturaleza política, todo ello, en el marco de la “separación de los poderes” y de las relaciones que deben existir “entre la rama judicial y las agencias coordinadas del gobierno federal”.⁵⁷⁴ En estos casos se considera

573 *Idem*, p. 172. Véase t. respecto de la nulidad del artículo 22 de la ley orgánica de amparo, la decisión de la anterior Corte Suprema del 21 de mayo de 1.996 en Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 392 ss.

574 Véase *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), en M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press, 1993, pp. 6-7.

que la Corte Suprema ha considerado que la solución de las controversias constitucionales corresponde a las ramas políticas del gobierno, quedando excluidos de control judicial. Esas cuestiones políticas, en general, son las relativas a las relaciones exteriores que impliquen definición de "política general, consideraciones de extrema magnitud y, ciertamente, por entero fuera de la competencia de una corte de justicia."⁵⁷⁵ En todos estos casos, desde luego, aun cuando pueda elaborarse una lista de "cuestiones políticas" que no sean justiciables, la responsabilidad última en determinarlas corresponde a la Corte Suprema.⁵⁷⁶

575 Véase *Ware v. Hylton*, 3 Dallas, 199 (1796). Las decisiones sobre relaciones exteriores por lo tanto y como declaró el magistrado Jackson en *Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co.* (1948): "Están enteramente confinadas por nuestra constitución a los departamentos políticos del gobierno ... Son decisiones de una naturaleza para la que el poder judicial no tiene aptitudes, facilidades ni responsabilidad y que, desde mucho tiempo, ha sido considerada pertenencia del dominio del poder político, no sujeto a la intromisión o cuestionamiento judicial." *Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co.*, 333 US 103 (1948), p. 111. Aunque desarrollada principalmente para materias de asuntos exteriores, la Corte Suprema también ha considerado como *cuestiones políticas* determinadas materias relacionadas con el manejo de los asuntos interiores, los cuales son por lo tanto no enjuiciables jurisdiccionalmente; como, por ejemplo, la decisión de si un estado debe tener una forma republicana de gobierno y la cual en *Luther v. Borden* (1849) fue considerada una "decisión vinculante para cada uno de los departamentos del gobierno y que no podía ser cuestionada en un tribunal judicial." *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 Howard), 1, (1849). *Idem*, pp. 6-7.

576 Como dijo la corte en *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962): "Decidir si una materia ha sido, en cualquier medida, atribuida por la constitución a otra rama del gobierno o si la acción de esa rama excede la autoridad cualquiera que se le haya atribuido -dijo la corte, es en sí mismo un ejercicio delicado de interpretación constitucional y es responsabilidad de esta corte decidirlo como intérprete último de la constitución." *Idem*, p. 6-7.

Siguiendo esta doctrina e igualmente sin ninguna base constitucional expresa, la Corte Suprema en Argentina y el Tribunal Constitucional en Perú⁵⁷⁷ también han desarrollado la misma exigencia para el control judicial y las acciones de amparo en materias políticas.

La excepción argentina se refiere principalmente a los denominados "actos de gobierno" o "actos políticos" referidos, por ejemplo, a las declaraciones de guerra y de estados de sitio; a las intervenciones del gobierno central en las provincias, a la "conveniencia pública" con fines de expropiación, a la emergencia para aprobar determinados tributos impositivos directos; y a los actos relativos a las relaciones exteriores como son el reconocimiento de nuevos Estados o gobiernos extranjeros, o la expulsión de extranjeros.⁵⁷⁸ Todos estos actos son considerados en Argentina como asuntos de carácter político, que son dictados por los órganos políticos del Estado de acuerdo con las atribuciones que les han sido atribuidas exclusiva y directamente en la Constitución; razón por la cual se los considera fuera del ámbito de la acción de amparo.

En esta materia, también debe mencionarse en Argentina, la restricción establecida en la Ley de amparo, al establecer la inadmisibilidad de la acción de amparo

577 Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, pp. 128 ss.

578 Para que esta excepción sea aplicada, se ha considerado que el acto impugnado debe en forma clara y exacta basarse en las disposiciones de dicha ley. Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires 1987, p. 190 ss.; Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, "Acción de amparo," Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 270 ss.; Alf Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires 1987, p. 23.

contra actos dictados en aplicación expresa de la Ley de Defensa Nacional (Ley N° 16.970, art. 2,b).⁵⁷⁹

C. La acción de amparo y el funcionamiento de los servicios públicos

Finalmente y en relación con los actos administrativos, también en Argentina la Ley de amparo establece la inadmisibilidad de la acción de amparo en casos en los cuales la intervención judicial comprometa directa o indirectamente “la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado” (art. 2,c). La misma disposición se establece respecto de la acción de amparo en el Código de Procedimiento Civil de Paraguay (art. 565,c).

Dado la forma de redacción y la utilización de conceptos indeterminados (comprometer, directo, indirecto, regularidad, continuidad, eficacia, prestación, servicio público) y debido al hecho que cualquier actividad administrativa del Estado puede siempre relacionarse con un servicio público,⁵⁸⁰ esta disposición ha sido altamente criticada en Argentina, considerando que con su aplicación materialmente sería difícil que un amparo se decida contra el Estado.⁵⁸¹

En todo caso la decisión final corresponde a los tribunales y si bien es verdad que en la práctica la ex-

579 Véase caso *Diario El Mundo c/ Gobierno nacional*, CNFed, Sala 1 ContAdm, 30 de abril de 1.974, JA, 23-1974-195. Véanse los comentarios en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 212-214.

580 *Idem*, pp. 226 ss.

581 Véase José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires 1987, p. 231.

cepción no ha sido casi nunca utilizada,⁵⁸² en algunas materias importantes sí se ha alegado.⁵⁸³

3. *El amparo contra las sentencias y actos judiciales*

A. *La admisión de los recursos de amparo contra las decisiones judiciales*

En contraste con la admisión general de la acción de amparo contra actos administrativos y en general, actos del Poder Ejecutivo (incluyendo aquellos actos administrativos dictados por los tribunales), lo mismo no puede decirse respecto de las decisiones judiciales,

582 *Idem*, p. 233; Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, p. 228.

583 Pasó, por ejemplo, en las acciones de amparo interpuestas en 1.985 contra la decisión del Banco Central de la República suspendiendo, por algunos meses, el plazo de los pagos de depósitos en moneda extranjera. Aunque algunos tribunales rechazaron las acciones de amparo en el asunto (v. CFed BBlanca case, 13 de agosto de 1.985, ED, 116-116, en Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Editorial Astrea 1987, p. 51, note 59), en el caso *Peso*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de Buenos Aires decidió rechazar los argumentos que pedían el rechazo de la acción de amparo basados en el concepto de que el caso es uno relativo a un "servicio público", considerando que las actividades del Banco Central no posee los elementos para ser considerado un servicio público como tal. Véase CNFedConAdm, Sala IV, 13 de junio de 1.985, ED, 114-231. Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Editorial Astrea 1987, p. 50, nota 56. Algunos años mas tarde y respecto de una decisión similar del Banco Central de Venezuela sobre los impagos de los depósitos en moneda extranjera, en los casos referidos como *Corralito*, no hubo alegato alguno que considerara esas decisiones del Banco Central (que fueron tomadas en un estado nacional de emergencia económica) como actividades correspondientes a un servicio público. En tales casos, las acciones de amparo fueron admitidas y declaradas con lugar, pero con múltiples incidentes judiciales. Véase, por ejemplo, los casos *Smith y San Luis*, 2.002, en Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 71 ss., 119 ss. En dichos casos, las leyes y decretos de emergencia económica fueron declarados inconstitucionales.

las cuales en muchos casos se han excluido del ámbito de la acción de amparo. En otras palabras, si bien la acción de amparo está admitido en muchos países de América Latina contra los actos judiciales, en la mayoría de los países han sido expresamente excluidos y considerados inadmisibles, específicamente cuando las decisiones judiciales son pronunciadas en ejercicio del poder jurisdiccional.⁵⁸⁴

Respecto de los países que admiten el recurso de amparo para la tutela de los derechos constitucionales contra decisiones judiciales, puede decirse que ello ha sido la tradición en México (el amparo casación);⁵⁸⁵ admitiéndose además, en general, en Guatemala (art. 10,h), Honduras (art. 9,3 y 10,2,a), Panamá (art. 2.615),⁵⁸⁶ Perú y Venezuela.

El principio general en estos casos, según lo dispone el Código Procesal Constitucional peruano, es que el amparo es admitido contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (art. 4).⁵⁸⁷ En el caso de Venezuela, de manera similar a como estaba establecido en la legislación de Perú antes de la sanción del Código, el artículo

584 Por consiguiente, los actos administrativos dictados por los tribunales pueden ser impugnados mediante el amparo. Véase, por ejemplo, en relación con Argentina a Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 197 ss.

585 Véase Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, p. 98.

586 En este caso, sin ningún efecto suspensivo. Véase Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Portobelo, Panamá 2.002, p. 159.

587 Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 326.

4 de la Ley de amparo dispone que en los casos de decisiones judiciales “procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.” Debido a que ningún tribunal puede tener facultad para ilegítimamente causar una lesión a los derechos y garantías constitucionales, el amparo contra decisiones judiciales es ampliamente admitido cuando la decisión de un tribunal lesiona directamente los derechos constitucionales del accionante, normalmente vinculados al debido proceso.

El caso de Colombia también debe mencionarse, especialmente debido al hecho que el artículo 40 del decreto N° 2.591 de 1.991 que reguló la acción de tutela apenas sancionada la Constitución, admitió la acción de tutela contra decisiones judiciales, lo que por lo demás, no estaba excluido en la Constitución. Por consiguiente, el Decreto expresamente estableció la posibilidad de intentar la acción de *tutela* contra actos judiciales cuando éstos infligieran daños directos a los derechos fundamentales. En esos casos, la *tutela* debía ser interpuesta *junto con el recurso apropiado*, es decir, el recurso de apelación. No obstante esta admisibilidad establecida por una ley de la tutela contra decisiones judiciales, en 1.992, la Corte Constitucional declaró su inconstitucionalidad, anulando la norma porque se la consideró contraria al principio de intangibilidad de los efectos de la cosa juzgada.⁵⁸⁸

588 Véase Decisión C-543 del 1 de octubre de 1.992 en Manuel José Cepeda Espinosa, *Derecho Constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá 2001, pp. 1009 ss.

Por consiguiente, la acción de *tutela* contra las decisiones judiciales fue eliminada, pero no por mucho tiempo. Solo un año más tarde y después de numerosas decisiones judiciales con respecto a la materia, la misma Corte Constitucional readmitió la acción de *tutela* contra las decisiones judiciales cuando constituyesen vías de hecho,⁵⁸⁹ es decir, cuando fuesen pronunciadas como consecuencia de un ejercicio arbitrario de la función judicial, violando los derechos constitucionales del demandante.⁵⁹⁰ De manera que, de acuerdo con esta doctrina, la cual es aplicable a casi todos los casos en que la acción de amparo es incoada contra decisiones judiciales, éstas, para que sean impugnadas por vía de la acción de tutela deben haber sido pronunciadas en violación grave y flagrante de las garantías al debido proceso legal, constituyéndose en una decisión ilegítima o arbitraria sin soporte legal ninguno.

Aparte del requisito general establecido de requerir el previo agotamiento de los recursos judiciales ordinarios disponibles contra la decisión impugnada, en los países de América Latina donde se admite la acción de amparo contra las decisiones judiciales, algunas limitaciones se han establecido respecto de las decisiones de la Cortes Supremas (México, Panamá art. 2,615, Venezuela art. 6,6) o del Tribunal Constitucional (Perú), que no pueden ser objeto de las acciones de amparos.

589 Véase Decisión S-231 del 13 de mayo de 1.994, *Idem*, pp. 1022 ss.

590 Véase Decisión US-1218 del 21 de noviembre de 2.001. Véase en Juan Carlos Esguerra, *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá 2004, p. 164. Véase Eduardo Cifuentes Muñoz, "Tutela contra sentencias (El caso colombiano)," en Humberto Nogueira Alcalá (Ed.), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2000, pp. 307 ss.

Por otra parte, otras restricciones se han establecido respecto de las decisiones judiciales que se dicten en los procedimientos de amparo, las cuales no pueden ser objeto de otra acción de amparo, como se dispone en Honduras (art. 45,2) y en México (art. 73,II).⁵⁹¹ En otros países, por el contrario, la acción de amparo es admitida aun contra decisiones judiciales dictadas en materia de amparo, como sucede en Colombia,⁵⁹² Perú⁵⁹³ y Venezuela,⁵⁹⁴ tomando en consideración que esas decisiones también pueden, por sí mismas, violar derechos constitucionales del recurrente o del recurrido, distintos de aquellos reclamados en el recurso original de amparo.

B. La exclusión de los recursos de amparo contra las decisiones judiciales

Aparte de los casos antes mencionados, sin embargo, puede decirse que la tendencia general en los países de América Latina, es el rechazo de la acción de amparo contra las decisiones judiciales, como es el caso en Argentina (art. 2,b),⁵⁹⁵ Bolivia (art. 96,3), Brasil

591 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 379.

592 Véase Juan Carlos Esguerra, *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá 2004, p. 164.

593 Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, pp. 327, 330.

594 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Universidad católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas 1998, pp. 263 ss.

595 Véase Joaquín Brague Camazano, *La Jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Editorial Porrúa, México 2005, p. 98. José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 218–223; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires 1987, p. 46.

(art. 5,II), Costa Rica (art. 30,b),⁵⁹⁶ Chile,⁵⁹⁷ República Dominicana (art. 3,a),⁵⁹⁸ Ecuador,⁵⁹⁹ Nicaragua (art. 51,b) Paraguay (art. 2,a) y Uruguay (art. 2,a).⁶⁰⁰

En El Salvador y Honduras la exclusión está limitada a los actos judiciales “puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal.” (El Salvador, art. 13; Honduras, art. 46.7). También, en Brasil el *mandado de segurança* está excluido contra decisiones judiciales cuando de acuerdo con las normas procesales, existe contra ellas un recurso judicial o cuando tales decisiones pueden ser modificadas por otros medios (art. 5,II).

4. *El amparo contra actos de otros órganos constitucionales*

Aparte de lo actos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, el principio de la separación de los poderes ha dado origen en el derecho constitucional

596 Véase Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 2001, pp. 45, 206, 223, 226.

597 Véase Juan Manuel Errazuriz G. y Jorge Miguel Otero A., *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 103. No obstante, algunos autores consideran que el recurso de tutela es admisible contra decisiones judiciales cuando son pronunciadas en forma arbitraria y en violación de los derechos al debido proceso. Véase Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectivas,” en Humberto Nogueira Alcalá (Editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2000, p. 45.

598 Véase Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, Vol. II, Gaceta Judicial, Santo Domingo 2005, p. 391.

599 Véase Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito 2004, p. 84.

600 Véase Luis Alberto Viera, *Ley de Amparo*, Ediciones Idea, Montevideo 1993, pp. 50, 97.

latinoamericano contemporáneo a otros órganos del Estado independientes de dichas clásicas tres ramas del Poder Público. Este es el caso de los cuerpos u órganos electorales encargados de dirigir los procesos electorales, de las oficinas de Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos, de las entidades fiscalizadoras o Contralorías Generales, y de los Consejos de la Judicatura o de la Magistratura establecidos para la dirección y administración de las cortes y tribunales.

Debido a que dichos órganos emanan actos estatales, los mismos, al igual que sus hechos y omisiones, pueden ser objeto de acciones de amparo cuando violen derechos constitucionales. No obstante, algunas excepciones también han sido establecidas para negar la admisibilidad de acciones de amparo, por ejemplo, contra los cuerpos electorales como sucede en Costa Rica (art. 30,d),⁶⁰¹ México (art. 73,VII),⁶⁰² Nicaragua (art. 51,5), Panamá (art. 2.615),⁶⁰³ Perú (art. 5,8)⁶⁰⁴ y Uruguay (art. 1,b).

601 Véase Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 2001, pp. 228–229. Otras materias decididas por el Tribunal Supremo de Elecciones como nacionalidad, capacidad o estado civil son materias sujetas al control jurisdiccional mediante el amparo. Véase José Miguel Villalobos, “El recurso de amparo en Costa Rica,” en Humberto Nogueira Alcalá (Editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y perspectivas en Chile y América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2000, pp. 222–223.

602 Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 378; Véase Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Texas University Press, Austin 1971, pp. 98, 152.

603 Véase Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Portobelo, Panamá 2002, p. 161.

604 No obstante, la acción de amparo puede ser admitida si la decisión del *Jurado Nacional de Elecciones* no tiene una naturaleza jurisdiccional o, teniéndola, viola la efectiva protección judicial (el debido proceso). Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, pp. 128, 421, 447.

En Perú, el Código Procesal Constitucional también excluye de entre los recursos de amparo los actos del Consejo de la Magistratura cuando se refieren a la destitución o ratificación de jueces (art. 5,7) en forma debidamente motivada y con previa audiencia del interesado.⁶⁰⁵

5. *El amparo contra las omisiones de entes públicos*

Aparte de los actos o acciones positivas de funcionarios o autoridades públicas o de individuos, el recurso de amparo también puede incoarse contra las omisiones de las autoridades cuando las correspondientes entidades o funcionarios públicos no cumplen con sus obligaciones generales, causando daño o amenazando los derechos constitucionales.

En estos casos de las omisiones de funcionarios públicos, la acción de amparo contra los mismos es admitida en general en América Latina, de manera de obtener, de parte de un tribunal, una orden dirigida contra el funcionario público obligándole a actuar en el asunto respecto del cual tiene autoridad o jurisdicción.

En todo caso, para que una omisión pueda sea objeto de una acción de amparo, debe infligir un daño directo al derecho constitucional del recurrente. Si en cambio se tratase de un derecho de rango legal, en algunos países como Venezuela, la acción de amparo será inadmisibile estando la parte afectada obligada a utilizar los recursos judiciales ordinarios, como el recurso contencioso-administrativo por carencia u

605 Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 126.

omisión.⁶⁰⁶ A fin de determinar cuándo sea posible intentar la acción de amparo contra las omisiones de los funcionarios públicos, el elemento clave establecido por los tribunales en Venezuela se ha referido a la naturaleza de los deberes de los funcionarios públicos, de manera que la acción de amparo sólo es admisible cuando la materia haga referencia a un deber constitucional en general del funcionario, y no a deberes específicos conforme a una ley.

606 Véanse las decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa del 5 de noviembre de 1.992, caso *Jorge E. Alvarado*, en *Revista de Derecho Público*, n° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 187; y 18 de noviembre de 1.993 en la *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 295.

A MANERA DE CONCLUSIÓN:

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN, Y EL PROBLEMA DEL CONTROL DEL GUARDIÁN

Si las Constituciones son normas jurídicas efectivas que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país, y que sustentan la validez de todo el orden jurídico, la solución institucional para preservar su vigencia y la libertad, está precisamente en establecer a los Jueces Constitucionales como comisarios del poder constituyente y guardianes de la Constitución, cuyas decisiones tienen que ser obligatorias y vinculantes para todos. Nada se lograría con establecer una Jurisdicción Constitucional si los órganos del propio Estado pudieran escaparse de acatar las decisiones del juez constitucional, lo que no debe ocurrir, ni siquiera alegando una supuesta voluntad popular expresada en elecciones parlamentarias o presidenciales. Ya en la primera parte nos referimos al conflicto o dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular que el juez constitucional tiene

que dilucidar. La misma problemática se presenta, por ejemplo, como ha ocurrido en Egipto a comienzos de julio de 2012, al plantearse el dilema entre resultados electorales y apoyo popular al Poder Ejecutivo, como argumento para justificar el desacato a lo decidido por un Juez Constitucional, el cual por supuesto no tiene origen electoral,⁶⁰⁷ lo que no es otra cosa que el vie-

⁶⁰⁷ El proceso constitucional en Egipto, luego de la sustitución del Presidente Mubarak por un Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas -las cuales, en realidad, habían estado gobernando el país y conduciendo el Estado desde el derrocamiento del Presidente Nasser, teniendo durante las últimas décadas a Mubarak en la cabeza, de manera que luego de su sustitución han seguido gobernando y manejando el Estado-, como es sabido, los militares lograron su objetivo de establecer unas reglas constitucionales de facto a su medida que han sido las que han conducido el supuesto proceso de transición hacia la democracia, impidiendo en todo caso el desarrollo -como inicialmente se había prometido y pensado- de un proceso constituyente plural para dotar a Egipto de una nueva Constitución, de manera que luego, conforme a sus disposiciones se pasara a elegir a los nuevos gobernantes. La consecuencia de ello fue que en el marco de las reglas constitucionales fijadas por los militares -que atribuían amplias potestades legislativas y ejecutivas al Consejo Supremo- se procedió a elegir un Parlamento en un proceso electoral que concluyó en enero de 2012, integrado con una mayoría de candidatos de la hermandad Musulmana. Se previó luego la realización de la elección presidencial, la cual después del cuestionamiento judicial de diversas candidaturas, a finales de junio de 2012 se realizó la elección, habiendo salido electo Mohamed Morsi como Presidente, candidato de la Hermandad Musulmana. Días antes de la elección presidencial, sin embargo, la Corte Constitucional de Egipto en decisión de 14 de junio de 2012, había declarado nula parte de la ley conforme a la cual se había efectuado la elección de numerosos diputados al Parlamento, por lo cual antes de que se eligiera a Morsi como Presidente, el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas ya había decidido disolver el Parlamento. El Consejo Superior, además, estableció nuevas reglas constitucionales restringiendo las competencias del nuevo Presidente a ser electo, particularmente en materia presupuestaria, política exterior, seguridad y defensa. Entre las primeras decisiones del nuevo Presidente adoptada el 8 de julio de 2012, fue la de convocar al disuelto Parlamento a que se reuniera, disponiendo que el mismo estaría en funciones hasta que se elija un nuevo Parlamento de acuerdo con

jo tema de la llamada “legitimidad democrática” del juez constitucional.⁶⁰⁸

Sea cual sea la solución de esos dilemas, lo cierto es que para que un Juez Constitucional tenga sentido, sus decisiones tienen que ser acatadas, siempre que por supuesto se atenga a lo establecido en la Constitución, debiendo el juez constitucional asegurar que todos los órganos del Estado la acaten. Para ello, por supuesto, la premisa esencial es que el Juez Constitucional es

la nueva Constitución que se adopte, cuando ello ocurra. La Corte Constitucional decidió el 9 de julio que su decisión del 14 de julio era obligatoria e irrevocable, suspendiendo los efectos del decreto del Presidente Morsi; y la Hermandad Musulmana argumentó que la decisión del Presidente Morsi no intentaba desconocer lo decidido por la Corte Constitucional, sino lo decidido por el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas al ejecutarla, alegando tener los mismos poderes ejecutivos. Esa decisión del Consejo Superior, por lo demás, fue impugnada ante la Corte Contencioso Administrativo. En todo caso, el Parlamento reconvocado se reunió brevemente el 11 de julio de 2012, para votar que se “apelara” la decisión de la Corte Constitucional, no sólo ante la Corte de Casación sino ante la propia Corte Constitucional, lo cual fue rechazado el mismo día, emitiendo una nueva decisión reforzando la anterior, y amenazando al propio Presidente con desacato si continuaba desconociendo la sentencia. Ese era el estado del conflicto constitucional en 15 de julio de 2012. Había sin duda un grave dilema entre las partes electas y no electas del Estado, entre la Hermandad Musulmana que clama por legitimidad democrática y la estructura del Estado que viene del control por los militares; como lo planteó un portavoz del partido de la Hermandad Musulmana: “El juego es tan simple como esto: Debe el Poder legislativo estar en manos de 508 personas electas por 30 millones de egipcios o en manos de 19 generales nombrados por Mubarak” (Véase Matt Braddley, “Egypt’s High Court Blocks Parliament,” *The Wall Street Journal*, July 11, 2012, p. A9); expresando en fin que “El decreto de Morsi expresa la voluntad de 30 millones de egipcios” (Kareem Fahim, “Egypt’s Military and President Escalate Their Power Struggle,” en *The New York Times*, July 10, 2012, pp. A1 y A7).

608 Véase por todos, Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en *Revista de Estudios Políticos*, N° 13, Madrid 1980, p. 61-103.

el primero que tiene que adaptarse y seguir lo que el texto fundamental establece, debiendo someterse a su normativa, estándole vedado mutarla.

Es decir, como guardián de la Constitución, y como sucede en cualquier Estado de derecho, el sometimiento del tribunal constitucional a la Constitución es una preposición absolutamente sobreentendida y no sujeta a discusión, ya que sería inconcebible que el juez constitucional pueda violar la Constitución que está llamado a aplicar y garantizar.

Sin embargo, para garantizar que ello no ocurra, otra garantía adicional debe establecerse en todos los sistemas jurídicos, -y he aquí otro de los grandes retos de la justicia constitucional- y es que el Juez Constitucional debe gozar de absoluta independencia y autonomía frente a todos los poderes del Estado, pues un tribunal constitucional sujeto a la voluntad del poder, en lugar de ser el guardián de la Constitución se convierte en el instrumento más atroz del autoritarismo.

El mejor sistema de justicia constitucional, por tanto, en manos de un juez sometido al poder, es letra muerta para los individuos y es un instrumento para el fraude a la Constitución. Por ello, para garantizar esa autonomía e independencia, en todas las Constituciones donde se han establecido sistemas de justicia constitucional, se han dispuesto, entre otros aspectos, mecanismos tendientes a lograr una elección de los miembros o magistrados de los tribunales, de manera de neutralizar las influencias políticas no deseadas en una democracia.⁶⁰⁹ Con ello se busca asegurar, por la

609 Véase Allan R. Brewer-Carías, "The Question of Legitimacy: How to choose the Supreme Court Judges", en Ingolf Pernice, Julianne Kokott, Cheryl Saunders (eds), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective. 6th International ECLN Colloquium /*

forma de selección de sus integrantes, que los poderes atribuidos a un órgano estatal de esta naturaleza quien no tiene quien lo controle, no sean distorsionados y abusados. La pregunta, en todo caso, en este campo de los Jueces Constitucionales, *Quis custodiet ipso custodiam?* siempre hay que hacerla, aunque no tenga respuesta.⁶¹⁰ Ello es importante, porque lo cierto es que no hay quien pueda controlarlos, pues la estructura del Estado de Derecho lo impide.

Por ello no tiene sentido jurídico alguno lo que ha ocurrido a mitades de 2012, luego de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador decidiera mediante sentencias N° 19-2012 y 23-2012 de 5 de junio de 2012, declarar la inconstitucionalidad de la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia realizadas por las legislaturas 2003-2006 y 2009-2012, por violar los artículos 186 inciso 2°, 83 y 85 de la Constitución.⁶¹¹

IACL Round Table, Berlin, 2-4 November 2005, European Constitutional Law Network Series, Vol. 6, Nomos, Berlín 2006, pp. 153-182; y Allan R. Brewer-Carías "La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las Cortes Supremas. La doctrina europea y el contraste latinoamericano," en Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006). Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 125-161

610 Véase Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 44, 47, 51; 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; y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489

611 Véase entre otros, Cristina López, "Crónica de una crisis institucional salvadoreña con inspiración nicaraguense," 4 de julio de 2012, en <http://www.elcato.org/cronica-de-una-crisis-institucional-salvadorena-con-inspiracion-nicaraguense>

La mayoría de los diputados a la Asamblea Legislativa no sólo declararon públicamente que no acatarían las sentencias de la Sala Constitucional, sino que llegaron al extremo inconcebible de intentar el 14 de junio de 2012, un recurso de nulidad contra las decisiones de la Sala Constitucional por ante la Corte Centroamericana de Justicia, buscando que ésta decidiera sobre una materia, para lo cual carece totalmente de competencia. Esa Corte de Justicia regional, en efecto, sólo tiene competencia para conocer de conflictos y diferencias interpretativas relacionadas con el Derecho de Integración centroamericano, y en ningún caso tiene ni puede tener competencia para conocer de la impugnación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales de ninguno de los Estados centroamericanos.

La Corte Centroamericana de Justicia, sin embargo, en fecha 21 de junio de 2012 admitió la insólita acción intentada, y es más, decidió suspender la eficacia de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional, lo cual notificó a la Sala Constitucional. Los Magistrados de esta consideraron, con razón, que el fallo de la Corte de Justicia Centroamericana “representa una invasión indebida en la justicia constitucional del Estado salvadoreño y, por ello, lesiva al ordenamiento constitucional por haber ejercido competencias que no le han sido cedidas por medio del Convenio de Estatuto que la rige”⁶¹², y mediante sentencia N° 23-2012 de 25 de junio de 2012 rechazaron la decisión de la Corte Regional “ya que se auto-atribuye una competencia que

612 Véase en <http://www.estrategiaynegocios.net/2012/06/26/el-salvador-sala-constitucional-frena-a-corte-de-ca/>.

no respeta el orden constitucional y excede el ámbito material del Derecho de la Integración; y por violación del artículo 183 de la Constitución, en tanto que desconoce el carácter jurídicamente vinculante de la sentencia que esta Sala emitió en el presente proceso.”⁶¹³ Este es un caso que lo que nos muestra es la patología no ya de la justicia constitucional, sino de la justicia internacional cuando se pone al servicio de partidos.

En todo caso, lo cierto es que uno de los principios fundamentalísimos de la justicia constitucional, particularmente cuando se imparte por Jurisdicciones Constitucionales en cada país, es que las decisiones de los Tribunales Constitucionales no tienen ninguna otra vía de revisión: son siempre imperativas y constituyen la última palabra en el derecho interno sobre la aplicación e interpretación de la Constitución.

Por ello, la pregunta mencionada: ¿Quién custodia al custodio? No tiene respuesta, y sólo una elección sabia de los miembros de las Cortes Constitucionales, puede evitar que en determinados momentos se clame por la respuesta.

Por ello, George Jellinek decía que la única garantía del guardián de la Constitución al final radica en su “conciencia moral;”⁶¹⁴ y Alexis de Tocqueville fue tan preciso al observar cuando analizó la Constitución federal de los Estados Unidos que:

613 Véase el texto de la sentencia de las quince horas del 25 de junio de 2012 en <http://www.slideshare.net/eldiariodehoy/inaplicacin>

614 Véase George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Holder, Wien 1885, citado por Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 196

“La paz, la prosperidad, y la existencia misma de la Unión están depositados en manos de siete Jueces Federales. Sin ellos, la Constitución sería letra muerta...,”

No solo los Jueces federales deben ser buenos ciudadanos, y hombres con la información e integridad indispensables en todo magistrado, sino que deben ser hombres de Estado, suficientemente sabios para percibir los signos de su tiempo, sin miedo para afrontar obstáculos que puedan dominarse, no lentos en poder apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza con barrerlos junto con la supremacía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes.

El Presidente, quien ejerce poderes limitados, puede fallar sin causar gran daño en el Estado. El Congreso puede errar sin que la Unión se destruya, porque el cuerpo electoral en el cual se origina puede provocar que se retracte en las decisiones cambiando sus miembros. Pero si la Corte Suprema alguna vez está integrada por hombres imprudentes y malos, la Unión caería en la anarquía y la guerra civil.”⁶¹⁵

Esto es particularmente importante a tener en cuenta en regímenes democráticos, donde la tentación de los Jueces Constitucionales en convertirse en legisladores e incluso en poder constituyente, resquebraja el principio de la separación de poderes, pues cumplirían funciones estatales sin estar sometidos a control alguno ni del pueblo ni de otros órganos estatales. En otras palabras, la usurpación incontrolada por el juez constitucional de poderes normativos “podría transformar al guardián de la Constitución en soberano.”⁶¹⁶

615 Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII “The Federal Constitution,” (Trad. Henry Reeve, revisada y corregida en 1899), en http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/1_ch08.htm Véase igualmente la referencia en Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 46-48.

616 Véase Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

Y la verdad, es que lamentablemente, en muchos países, por el régimen político desarrollado o por la condición de los integrantes de los tribunales constitucionales, estos importantes instrumentos diseñados para garantizar la supremacía de la Constitución, para asegurar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y asegurar el funcionamiento del sistema democrático, algunas veces se han convertido en un instrumento del autoritarismo, legitimando las acciones de las otras ramas del poder público contrarias a la Constitución, y en algunos casos, por propia iniciativa, en fieles servidores de quienes detentan el poder, configurándose lo que podría denominarse la "patología" de la justicia constitucional.

La afección que la origina ocurre precisamente cuando los tribunales constitucionales asumen las funciones del legislador, o proceden a mutar⁶¹⁷ la Constitución en forma ilegítima y fraudulenta, configurando un completo cuadro de "in" justicia constitucional.⁶¹⁸ En una situación como esa, sin duda, todas las ventajas de la justicia constitucional como garantía de la supremacía de la Constitución se desvanecen, y la

y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 161

617 Véase por ejemplo sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383-418

618 Véase por ejemplo el caso en Venezuela durante la primera década del siglo XXI, en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007

justicia constitucional pasa a convertirse en el instrumento político más letal para la violación impune de la Constitución, la destrucción del Estado de derecho y el desmantelamiento de la democracia.⁶¹⁹

Como lo reconoció la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en su sentencia N° 1309/2001, en la cual consideró que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione).”

Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica,” a la que se refiere el Juez Constitucional venezolano, no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado sobre un sistema político de separación de poderes, democracia representativa y libertad económica; sino el que ha venido definiendo el gobierno autoritario contra la Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala Constitucional, como propia de un Estado

619 Véase por ejemplo, también sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, “La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009),” en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517

centralizado, que niega la representatividad, montado sobre una supuesta democracia participativa controlada y de carácter socialista,⁶²⁰ declarando la Sala que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional “deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución” precisando que:

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” (subrayados de la Sala)

Concluyó así, la Sala Constitucional afirmando que “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución,” siendo inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional.” Por ello, en otra sentencia N° 1265/2008 la misma Sala estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos [...] sobre los intereses particulares...”⁶²¹

620 La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la Constitución de 1999 ahora “privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,” habiendo supuestamente cambiado “el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia” (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba en la Constitución de 1961

621 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

La verdad es que ante estas expresiones del Juez Constitucional venezolano, pocas palabras pueden agregarse para evidenciar los enormes retos que tiene la justicia constitucional en América latina, precisamente para hacer prevalecer frente a gobiernos autoritarios, los valores democráticos universales que privilegian al individuo frente al Estado.

