ALLAN R. BREWER-CARÍAS

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Reflexiones en Panamá

Presentaciones de:
Tomás Polanco Fernández,
José Alberto Álvarez,
Carlos Gasnell Acuña
y Victor Benavides

2ª. Edición, 2026

EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

SIJUSA

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO.

CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Reflexiones en Panamá

OTRAS OBRAS DEL AUTOR CON REFLEXIONES EN MATERIAS DE DERECHO PÚBLICO

1. *Reflexiones en España*, Caracas 1987, 100 pp.

2. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) Y Sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 213 pp

3. *Reflexiones sobre la Organización Territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial* (con un apéndice de la bibliografía del autor), Editorial Jurídica *Venezolana*, Caracas 1997, 315 pp.

4. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América* (con una Biblio Verbi Grafia del autor), Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó "Historia *del* Derecho en Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 436 pp.

5. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) Y Sus Aportes Al Constitucionalismo Moderno,* 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008, 369 pp.

6. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) Y Sus Aportes Al Constitucionalismo Moderno,* Tercera edición ampliada, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019, 244 pp.

7. *Reflexiones ante ls Academias de América Latina. Sobre historia, derecho y constitucionalismo 1998-2013,* Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías No. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2021, 416 pp..

8. *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre el Proceso Político Y Constitucionalismo* 1969-2021, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 634 pp

9. *Reflexiones ante las Academias Españolas sobre Historia y Constitucionalismo* 1986-2016, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

Universidad Católica Andrés Bello, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 240 pp.

10. *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre Derecho e Historia 1976-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 444 pp.

11. *Estudios de Derecho Público (Administrativo y Constitucional). Reflexiones en la República Dominicana* (Prólogos de Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez, Centro Hostos de Derecho Constituconal, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo 2022, 764 pp.

12. *Estudios de Derecho Público Reflexiones en Costa Rica (Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Elecciones y Partidos Políticos, Justicia Constitucional, Derecho de los Derechos Humanos, Protección de los Derechos Humanos, Amparo Constitucional, Control de Convencionalidad),* Prólogos Rubén Hernández Valle, Ana Virginia Calzada, Víctor Rodríguez Rescia, Roberto Cuellar, Editorial Investigaciones jurídicas, San José Costa Rica, 2023, 896 pp.

13. *Las Revoluciones Americana, Francesa e Hispano-americana y sus aportes al Constitucionalismo Moderno***,** Cuarta edición revisada y ampliada, Ediciones del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá 2024, 384 pp.

14. *Estudios de Derecho Público. Administrativo y Constitucional. Reflexiones en Panamá* (Presentaciones de: Tomás Poánco Fernández, José Alberto Alvarez, Carlos Gosnell Acuña y Víctor Benavides), Editorial Sijusa, Primera edición, Panamá, 2024, 446 pp.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Reflexiones en Panamá

Con Presentaciones de:

Tomás Polanco Fernández, José Alberto Álvarez, Víctor Benavides y Carlos Gasnell Acuña

Segunda Edición

editorial jurídica venezolana international

SIJUSA

2026

© Allan R. Brewer-Carías
Primera edición, Panamá, 2024.
Sistemas Jurídicos S.A, Editorial Jurídica Venezolana International,
ISBN: 878-9962-821-58-8

Segunda Edición, 2026
Editorial Jurídica Venezolana International, Sistemas Jurídicos S.A,
ISBN: 979-8-90155-944-4
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Portada por: Corotú C.A.
Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto de Naranjo, en letra Times New Roman 12, Interlineado simple, mancha 12,5x19,5 (Tamaño libro 6,690 x 9,619 inch.)

CONTENIDO

Nota del autor: Mis estudios de derecho público y Panamá 11
Presentación por Tomás Polanco Fernández 25
Mensaje por Jose Alberto Alvarez 29
Presentación por Víctor Benavides 33
Prólogo por Carlos Gasnell Acuña 39

DERECHO CONSTITUCIONAL

***Primera**:* EL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO (1995-2010). 45

***Segunda**:* LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI (2012)..... 117

***Tercera*:** LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO COMUNAL SOCIALISTA, SIN REFORMAR LA CONSTITUCIÓN (2012) 173

***Cuarta**:* LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO (2015)..... 201

Quinta: SOBRE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS EXCEPCIONES: ALGUNOS CASOS CONTRASTANTES (2018)..... 259

Sexta: PROCESOS CONSTITUYENTES EN AMÉRICA LATINA: A PROPÓSITO DEL PROYECTADO PROCESO CONSTITUYENTE PANAMEÑO (2025)..... 279

DERECHO ADMINISTRATIVO

***Séptima**:* ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD (2009)..... 323

***Octava**:* LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS COMO FUENTE DEL DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS (2009) 363

***Novena**:* LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COMO FRENO AL EJECUTIVO: EL SISTEMA PANAMEÑO Y ALGUNAS COMPARACIONES CON EL CASO VENEZOLANO (2015) 383

***Décima**:* ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES: COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE PANAMÁ Y VENEZUELA (2015)..... 419

DERECHOS HUMANOS Y LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO

***Décima Primera**:* SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL (2014)..... 449

APÉNDICE

TEXTO DEL AMICUS CUREAE PRESENTADO POR LA INTER-AMERICAN BAR ASSOCIATION SOBRE LA DEFENSA DEL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y DE LA INDEPENDENCIA JUDICIA (2013) ... 455

ÍNDICE GENERAL…….. 499

NOTA DEL AUTOR

MIS ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO Y PANAMÁ

Este libro recoge el texto de mis estudios en materia de derecho público (administrativo y constitucional), redactados durante las últimas tres décadas con motivo de la preparación de conferencias dictadas en eventos académicos realizados en Panamá, muchos incluso sobre derecho panameño, los cuales en general fueron publicados en el país en diversas revistas y obras colectivas.

Ahora salen juntos en esta magnífica edición de la prestigiosa Editorial Sijusa, con unas Presentaciones de lujo de cuatro muy destacados juristas y amigos: Tomás Polanco Fernández, José Alberto Álvarez, Víctor Benavides y Carlos Gasnell a quienes quiero agradecer sus muy honrosas y generosas palabras escritas para esta edición, que lo enriquecen y engalanan.

El primero de los trabajos que ahora se publican en el libro, fue en cierta forma mi introducción a los temas del derecho panameño, escrito para la que fue mi primera visita a Panamá, referido al sistema de justicia constitucional en el país, expuesto bajo una perspectiva de derecho comparado, y que redacté por invitación de mi apreciado y recordado amigo el profesor Cesar A. Quintero, para participar en las II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal J. Fabregas, celebradas en Panamá el 31 de enero de 1995.

A partir de entonces tuve el privilegio de visitar Panamá por invitación de diversas instituciones y personas, entre las cuales debo mencionar especialmente al profesor Abel Zamorano, por cuya invitación acudí en diversas ocasiones a eventos en la Corte Suprema de Justicia, y al Dr. José Alberto Álvarez, por cuya invitación también acudí en diversas ocasiones a eventos realizados en el Colegio de Abogados de Panamá. El Dr. Álvarez, además, como destacado abogado en ejercicio, tuvo mucho interés en el caso *Allan Brewer-Carías vs. Venezuela*, que se desarrolló entre 2007 y 2014 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual una de las denuncias que formulé fue la criminalización por el Estado venezolano del ejercicio de la profesión de abogado, lo que lo llevó a promover y presentar

ante dicha Corte un importante *Amius Curiae* en defensa del ejercicio de la profesión de abogado que se publica al final de este libro.

Todos los estudios que se incluyen en esta obra son referidos a las instituciones modernas y contemporáneas del derecho público, que en Panamá comenzaron a configurarse hace doscientos años, a raíz del proceso de insurrección que se inició con el grito de Independencia de la Villa de Los Santos en 10 de noviembre de 1821, y que condujo a que el 28 de noviembre de 1821 se firmara en la Ciudad de Panamá el "Acta de Independencia del Istmo de Panamá," separándose las Provincias del Istmo del Imperio Español. Así, en el artículo 2 se declaró que:

> "2. El territorio de las Provincias del Istmo pertenece al Estado Republicano de Colombia, a cuyo Congreso irá a representar oportunamente su Diputado."[1]

Con ello se decidió no sólo la Independencia de Panamá respecto de España, cuyo territorio, inicialmente, en 1513, fue el que conformó la Provincia de Castilla del Oro, sino que también, espontáneamente, quienes declararon la independencia decidieron que las Provincias del Istmo se integrarían al "Estado republicano de Colombia" que en ese momento no era otro que el que se había recién establecido a iniciativa de Simón Bolívar mediante la Ley Fundamental de la República de Colombia sancionada por el Congreso de Angostura el 17 de diciembre de 1819 y de la Ley Fundamental de la Unión de los pueblos de Colombia sancionada por el Congreso de Cúcuta el 15 de agosto de 1821, y que solo tres meses antes se había constitucionalizado mediante la Constitución de la República de Colombia sancionada en la villa del Rosario de los valles de Cúcuta del 30 de agosto de 1821.

A pesar de dicha integración de las Provincias del Istmo, primero a la República bolivariana de Colombia hasta 1830, luego, a la República de la Nueva Granada hasta 1863 y, posteriormente, a los Estados Unidos de Colombia hasta 1903, cuando se produjo la separación e independencia de las mismas y se creó la República de Panamá, puede decirse que de todos esos acontecimientos que precedieron la Independencia de España se formaron las semillas de lo que luego ha sido el derecho público panameño.

No es mi intención en esta Nota referirme al derecho panameño contemporáneo, sino más bien, referirme a algunos acontecimientos institucionales que tuvieron lugar precisamente en el Istmo de Panamá, acaecidos muchos años antes, y que dieron origen a parte de la *Tierra Firme*

---

[1] Véase el texto en copia del Acta de Independencia en: https://es.wikipedia.org/wiki/Acta_de_Independencia_de_Panam%C3%A1,

del Nuevo Mundo y del propio derecho indiano,[2] lo que hago en homenaje a quienes tan generosamente ha resuelto editar esta obra, en particular, la reconocida Editorial Sijusa, por iniciativa de Moises Cohen y de Gloria Becerra, y a mi querido amigo y antiguo alumno Tomás Polanco Fernandez, por haber apoyado con tanto interés el proyecto

Hay que recordar, en efecto, que después de refundada por Nicolás de Obando la ciudad de Santo Domingo en La Española en 1506, el 9 de junio de 1508 él mismo junto con Alonso de Hojeda recibieron Capitulación para crear establecimientos permanentes para comerciar en la zona de Urabá y Veragua, con la obligación de hacer cuatro fortalezas. Dicha Capitulación comprendía dos áreas geográficas distintas: desde el Cabo de la Vela al Golfo de Urabá, es decir, toda la costa de la actual Colombia, por una parte; y por la otra, desde dicho Golfo hasta el Cabo de Gracias a Dios en el Istmo de Panamá. La primera, que se llamó Nueva Andalucía, fue concedida a Hojeda a quién se le impuso la obligación de aceptar a Juan de la Cosa como su segundo, ya que en 1503 éste había sido designado por los Reyes Católicos como Alguacil Mayor de Urabá; y la segunda, que se llamó Castilla del Oro, fue concedida a Diego de Nicuesa.

La expedición que primero partió fue la de Hojeda, con Juan de la Cosa, hacia Santo Domingo. Fue allí donde Hojeda negoció el apoyo a la empresa de parte del bachiller en derecho, Martín Fernández de Enciso a cambio del ofrecimiento de nombrarlo también como Alcalde Mayor de Urabá. Enciso se quedó en la Española para posteriormente llevarle auxilios al Gobernador. Hojeda salió, así, el 10 de noviembre de 1509 rumbo a Turbaco, cerca del sitio de Cartagena, donde se encontró posteriormente con la flota de Nicuesa. Allí murió Juan de la Cosa, flechado por los indios, el 20 de febrero de 1510. Hojeda se dirigió entonces al Golfo de Urabá, donde en marzo de 1510 decidió fundar el pueblo de San Sebastián de Urabá, en la ribera oriental del Golfo, constituyéndose así en el primer gobernador de Veragua. No lejos, Colón había intentado establecer en su cuarto viaje, una fortaleza.

Dada la hambruna desatada en San Sebastián y en vista de que Enciso no aparecía con las ayudas acordadas, Hojeda dejó a Francisco Pizarro, el futuro Conquistador de los Incas, como jefe de la colonia mientras iba a La Española en búsqueda de víveres y refuerzos. Un motín en la embarcación terminó en un naufragio en la isla de Cuba, y a pesar de la oposición de Diego Colón, Hojeda pudo llegar a Jamaica y de allí a la Española, donde años más tarde moriría sin haber podido consolidar su Gobernación.

La población de San Sebastián fue abandonada, como se había acordado, pues en 50 días no habían llegado los refuerzos de Enciso. Pizarro llegó a Cartagena, y fue allí donde se encontró con los refuerzos de la flota

---

[2] Para lo cual sigo lo expresado en mi libro: Allan R. Brewer-Carías, *La Ciudad Ordenada*, Editorial Criteria, Caracas 2005.

comandada por el bachiller Enciso, quien como había sido acordado, llegaba con el título ofrecido de Alcalde Mayor de Urabá. En la tripulación se había incorporado de polizón Vasco Núñez de Balboa, el futuro descubridor del Mar del Sur, que luego de la expedición de Fernando Magallanes en 1520, sería bautizado como Océano Pacífico.

Los navíos volvieron a San Sebastián de Urabá encontrando el pueblo en ruinas por haber sido destruido por los indios. Por ello, en el mismo Golfo, pero esta vez en la ribera occidental, Martín Fernández de Enciso y Vasco Núñez de Balboa establecerían en un poblado abandonado por los indios, un asentamiento al cual le dieron el nombre de la Virgen de Sevilla, Santa María la Antigua del Darién (1510), que sería la tercera fundación española y primer núcleo urbano con rango de ciudad en Tierra Firme de América del Sur. En noviembre de 1510, llegaría a la colonia de Santa María un teniente de Nicuesa, Rodrigo de Colmenares, quien había salido hacia Veragua después del encuentro con Hojeda en Cartagena.

Luego de haber naufragado, Nicuesa había llegado a las costas de Panamá, concretamente al puerto que Colón había bautizado como de los Bastimentos, el cual fue rebautizado en octubre de 1510 con el de Nombre de Dios. Cuando Nicuesa se dirigió a Santa María la Antigua fue hecho preso por los vecinos y embarcado a España, donde nunca llegó. Como consecuencia del naufragio que debió haber sufrido la nave, algunos españoles llegaron a las costas de Yucatán. Algunos sobrevivieron entre los mayas, y entre ellos, Jerónimo de Aguilar, quien ocho años después, en 1519, sería rescatado por Hernán Cortés, a quien le serviría de interprete en la campaña de México.

En Santa María la Antigua los colonos destituyeron a Enciso y nombraron como Alcalde a Vasco Núñez de Balboa, quién además se hizo Gobernador interino del Darién que, como se dijo, era la Gobernación que se le había dado a Nicuesa y Hojeda en la Capitulación de 1508. Enciso fue apresado y deportado a España, y allí redactó la *Suma de Geografía*, publicada en 1519, que fue el primer libro consagrado al Nuevo Mundo publicado en castellano. Por otra parte, el bachiller Enciso influiría en la adopción del "Requerimiento" para la expedición de Pedrarias Dávila en 1513, y además, intrigaría ampliamente en la Corte contra Balboa.

La primera ciudad fundada en el istmo centroamericano, como se dijo, fue Nombre de Dios, sitio donde también había llegado Rodrigo de Bastidas a finales de 1501, acompañado de Vasco Núñez de Balboa y Juan de la Cosa, poco antes de la llegada a esas costas de Cristóbal Colón en su cuarto viaje. Esa villa era la que había sido escogida por Diego Nicuesa en 1510 para ser la capital de su gobierno de la fallida provincia de Urabá y Veragua (Castilla del Oro). La ciudad fue abandonada, y luego repoblada en 1519 por Diego de Albítez, por orden de Pedrarias Dávila, Gobernador y Capitán General del Reino de Tierra Firme.

Hasta finales del siglo XVI fue el puerto más importante de la costa atlántica de Panamá, comenzando su declinación con la fundación de San Felipe de Portobelo al fondo de la bahía del mismo nombre, el 20 de marzo de 1597, por Francisco de Valverde y Mercado quien fue gobernador de la ciudad hasta 1644; y hacia la cual se trasladaron los vecinos de Nombre de Dios. El sitio fue fortificado, ubicándose en la entrada de la bahía el castillo de San Felipe de Sotomayor, denominado de Todofierro, y además, los Castillos de Santiago de la Gloria y de San Jerónimo, y los fuertes de San Fernando y San Fernandito, cuyas ruinas ponen en evidencia la importancia de la ciudad. Entre esas ruinas aún se conservan las del edificio de la Aduana construido entre 1630 y 1640. Portobelo fue el puerto más importante de la ruta interoceánica entre el Mar el Norte o Mar Caribe y el Mar del Sur y viceversa, hasta que en 1746 la ruta de la flota española cambió su recorrido para pasar por el cabo de Hornos. Durante su existencia fue atacada por todos los piratas y corsarios imaginables que operaban en el Caribe.

En la Provincia de Tierra Firme, desaparecidos Hojeda y Nicuesa, Diego Colón accedió a nombrar a Balboa como Gobernador interino del Darién, cargo para el cual incluso fue ratificado posteriormente por Real Cédula de 23 de diciembre de 1511, de la cual sólo tuvo conocimiento a comienzos de 1513. En todo caso, Balboa, en una carta que dirigió al Rey en ese mismo mes de enero de 1513, sin hacer alusión directa a Enciso, quién intrigaba contra él en la Corte, sin embargo, le pedía que no mandase a esas tierras a bachiller alguno "en leyes ni en ningún otro," a quienes consideraba hombres diabólicos e inútiles.

Balboa reconoció en diversas expediciones toda la zona del Darién y conforme a las informaciones que había recabado de los indios, el 1º de septiembre de 1513 inició una expedición con destino al Mar del Sur o Mar de las Damas. Navegó desde el golfo de Urabá, desembarcó cerca en Acla, lugar próximo al sitio de Portobelo, donde Pedrarias Dávila fundaría un pueblo que al igual que Santa María de la Antigua, desapareció. Después de varias jornadas en la espesura de la zona montañosa, rumbo al sur, el 25 de septiembre de 1513, desde una colina Balboa divisaría al fin "la otra Mar", el Mar del Sur, en la bahía de Panamá, tomando luego posesión de aquellas tierras bañadas por el mar, los días 29 de septiembre y 29 de octubre del mismo año en el golfo de San Miguel, en nombre de los soberanos de Castilla. Francisco Pizarro estaba allí con Balboa, y ambos tuvieron las primeras noticias de la extensión de la costa hacia el sur, donde habría muchas otras tierras ricas en oro. Se trataba del imperio de los Incas, el país de Birú, noticias que comenzaron a obsesionar a Pizarro.

El 19 de enero de 1514, Núñez de Balboa ya estaba de regreso en Santa María la Antigua, cuyos vecinos habían enviado súplica al Rey para que se lo ratificara como gobernador de la Provincia. Sin embargo, el mensaje había llegado demasiado tarde a la Península. El Adelantado Pedro Arias de Ávila, Pedrarias Dávila, ya había sido nombrado desde julio de 1513 como

Gobernador y Capitán General de la Tierra Firme. Sólo tres meses después de la carta de Balboa, el 12 de abril de 1514, Pedrarias zarparía del puerto de San Lúcar de Barrameda, situado en la desembocadura del Guadalquivir en el Golfo de Cádiz, para tomar posesión de la Provincia de Castilla del Oro.

Pedrarias, quién había participado en las luchas de la Reconquista, zarpó con la expedición más poderosa que hasta entonces había viajado hacia América, con Instrucciones extensas y precisas de poblamiento, sin que las noticias del descubrimiento del Pacífico por parte de Balboa todavía se conocieran en la Península. En todo caso, habían sido las intrigas cortesanas y coloniales provocadas, entre otros factores, por las quejas de Enciso, las que habrían impedido que se le otorgara a Núñez de Balboa la Gobernación del Darién y, en cambio, se designara como tal a Pedro Arias de Ávila, un terrible anciano, *furor Domini* como lo llamaron sus contemporáneos, quien se había distinguido veinte años antes en la guerra de Granada.

En junio de 1514, Pedrarias Dávila llegó a Santa María la Antigua, donde fue recibido por Núñez de Balboa. En la expedición, entre tantos otros, estaban Bernal Díaz del Castillo, quien posteriormente sería el cronista de la conquista de México, y quién inmediatamente de llegar al Darién, decepcionado se iría a Cuba en la búsqueda de protección por parte del Gobernador Velásquez. De allí acompañaría a Cortés, escribiendo al final de sus días su *Historia Verdadera de la Conquista de Nueva España,* publicada posteriormente en 1632.

En la expedición de Pedrarias también estaban, además, el propio bachiller Martín Fernández de Enciso, de regreso a Urabá; el futuro cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, quién dejó entre sus obras el *Sumario de la natural historia de las Indias* (1525) y su *Historia general y natural de las Indias* (1535); Gaspar de Espinosa, como Alcalde Mayor, quién tuvo posteriormente actuación destacada en la conquista del Perú; Hernando de Soto, futuro descubridor del río Mississippi, conquistador de Nicaragua y compañero de Pizarro en la conquista del Perú; Sebastián de Belalcázar, conquistador de Quito y del sur del Nuevo Reyno de Granada (Popayán); Diego de Almagro y Hernando Luque, coparticipes con Pizarro en la conquista del Perú, y el primero conquistador del reino de Chile; Francisco de Montejo, futuro conquistador de Yucatán; y Giovanni Vespucio, sobrino de Américo.

También estaba el agrimensor y alarife Alonso García Bravo, a quien le correspondería aplicar las instrucciones de poblamiento que se habían dado a Pedrarias en toda Centro América, cuyo ejemplo perfecto según las Crónicas fue la ciudad de Natá (1522), la cual, serviría de modelo para otras fundaciones, en particular, en México, donde García Bravo también acompañó a Cortés, habiendo sido quien trazó las plantas de la Villa Rica de la Vera Cruz, de Ciudad de México y de Oaxaca.

Lo primero que hizo Pedrarias al llegar al Darién fue poner en ejecución las Reales Cédulas de 18 y 28 de julio de 1513, que le ordenaban formar proceso a Núñez de Balboa y residenciarlo por el tiempo que había ocupado la Alcaldía Mayor del Darién. Lo apresó y si bien posteriormente lo liberó, habiendo llegando incluso a casarse con una de las hijas de Pedrarias, años después sería acusado de traición por el mismo Pedrarias (1519), por querer usurparle su Gobernación, muriendo decapitado. Balboa estaba en el Mar del Sur construyendo barcos para iniciar expediciones y ello fue el motivo para que Pedrarias ordenara su aprehensión, la cual ejecutó Francisco Pizarro.

Pedrarias, como Gobernador de Darién, no sólo exploró, colonizó y controló el Istmo, sino que marcó el comienzo del control por parte de la Corona de las actividades de sus súbditos en las Indias. El Rey Fernando había rechazado las pretensiones de la familia Colón en el Continente; y había decidido poner de manifiesto su autoridad en las colonias, nombrando directamente a funcionarios de la Corona para gobernarlas. Para 1514, en todo caso, ya había fallecido Bartolomé Colón, hermano del Almirante.

Además, antes del inicio de la expedición de Pedrarias, en 1511, ya se había constituido una Junta Permanente del Real Consejo de Castilla bajo la presidencia del obispo Juan Rodríguez de Fonseca, para asesorar al Rey sobre el gobierno de las Indias, y desde 1504 ya se había establecido en Sevilla la Casa de Contratación, para regular el comercio con América.

En 1511, además, se había creado la primera Real Audiencia en las Indias, en la ciudad de Santo Domingo, que si bien fue luego suspendida por los conflictos con Diego Colón, fue restablecida en 1526. En 1525, además, se estableció la Audiencia de Nueva España, la cual aun cuando posteriormente fue eliminada por los abusos de su Presidente Nuño de Guzmán y los oidores, se restableció en 1531.

A partir de esas fechas, en todo caso, la institución de la Audiencia se generalizó en el Continente americano, organizadas conforme al modelo de las Reales Audiencias y Cancillerías de Valladolid y Granada, pero con características propias, pues además de funcionar como órganos corporativos de la administración de justicia, ejercieron funciones de gobierno, las cuales nunca llegaron a desempeñar en la Península. Estas Audiencias, además, controlaron las funciones de los Virreyes.

En todo caso, desde que se dio la Gobernación a Pedrarias en 1513, como se dijo, puede decirse que la colonización de América adquirió un carácter de empresa plenamente oficial de la Corona de Castilla, dándosele incluso a la nueva Gobernación, autonomía política y jurídica en relación con el gobierno de la Española. Hasta ese momento, la Capitulación dada, por ejemplo, a Nicuesa (1508), le atribuía jurisdicción civil y criminal pero sometida a apelación para ante el Gobernador de la isla la Española. En 1513 esta sujeción se rompió por primera vez, quedando la apelación directamente para ante el Consejo de los Reinos de Castilla donde, como se dijo, desde 1511

funcionaba una Junta Permanente para los asuntos de las Indias, que luego daría origen al Consejo de Indias.

En esta forma, a partir de 1513, los Gobernadores en las provincias americanas fueron independientes del gobierno de la Española, correspondiéndoles la administración de justicia, la repartición de tierras y solares, la emisión ordenanzas, y la dirección de los cabildos. Sólo se vieron afectados al crearse las Audiencias como organismos superiores a ellos.

Por otra parte, debe señalarse especialmente, que la misma partida de la expedición de Pedrarias de España, había sido retrasada por las discusiones que se suscitaron en la Corona, tanto respecto del mal trato que se daba a los indios como respecto de la justicia misma de la conquista. Fray Antonio Montesinos había iniciado la polémica con su sermón de diciembre de 1511, con el cual había provocado la indignación de los colonos en La Española. La noticia de la polémica llegó rápidamente a la Corte, provocando la amonestación de Montesinos por el padre superior de los Dominicos. Los dominicos, en todo caso, no cedieron en sus posiciones y enviaron a España al propio Montesinos, habiendo los colonos enviado también a un representante, Alonso de Espinal, para defender sus derechos. Llevada la discusión ante el Rey, este ordenó a un grupo de teólogos y funcionarios la redacción de leyes adecuadas a la naturaleza de los indios, tema que fue el centro de la polémica, entre los que los consideraban esclavos por naturaleza y los que los consideraban como hombres libres.

La Junta llegaría a la conclusión de que si bien se reconocía la libertad de los indios y su derecho a un trato humano, se admitía que debían estar sujetos a dominio junto a los españoles para poder convertirlos, determinándose el sistema de encomiendas como el más justo para ese fin. De esta discusión salieron las denominadas *Leyes de Burgos* promulgadas el 27 de diciembre de 1512, un año después del sermón de Montesinos. El provincial de los dominicos en La Española llegó a España inmediatamente después, y juzgando a las Leyes como incompletas, propuso su enmienda, la cual fue aceptada por el Rey, adoptándose en julio de 1513 las Aclaraciones a las Leyes de Burgos referidas particularmente a la protección de las mujeres y niños indios.

Quedaba pendiente el tema de discusión sobre el justo título de la conquista y el derecho de España sobre las Indias, lo que provocaría la paralizaron de las expediciones hacia América hasta que no se dispusieran de instrucciones precisas para evitar las guerras injustas contra los indígenas. El mismo bachiller Enciso había participado en las discusiones, y correspondió a Palacios Rubio, por instrucciones del Monarca, idear el "Requerimiento", como fórmula de justificación para la conquista y penetración de nuevas tierras pobladas por indígenas. Mediante este documento, impregnado de la doctrina del Ostiense (de Enrique de Souza, que estimaba que se podía desposeer de sus bienes a los infieles por causa de idolatria), se le daba a

conocer a los indios los títulos legales de la conquista, advirtiéndoles solemnemente que su desacatamiento acarreaba el uso de la fuerza. El Requerimiento debía ser leído por el correspondiente Adelantado a los indios, sin importar mucho si lo entendían o no, dándoseles la siguiente alternativa:

> "Si así lo hiciereis, haréis bien, y aquello a que sois tenidos y obligados, y sus altezas, y yo en su nombre, vos recibirán con todo amor y caridad y vos dejarán vuestras mujeres, hijos y haciendas libres sin servidumbres... si no lo hiciéredes, o en ello dilación maliciosamente pusiéredes, certifico que con el ayuda de Dios yo entraré poderosamente contra vosotros y vos haré la guerra por todas las partes y maneras que yo pudiere, y vos sujetaré al yugo y obediencia de la Iglesia y de sus Altezas, y tomaré vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos, y como tales los venderé y dispondré de ellos como su Alteza mandare, y vos tomaré vuestros bienes, y vos haré todos los males y daños que pudiere, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen; y protesto que las muertes y daños que dello se recrecieren sean a vuestra culpa y no de su Alteza, ni mía, ni destos caballeros que conmigo vinieron".

En esta forma, con la conciencia tranquila de haberlo advertido, se justificaba la guerra cuando los nativos no reconocieran a la Iglesia, cuando impidieran la propagación de la fe, o cuando no reconocieran la sumisión al Monarca. Y si los indios no entendían, poco importaba; la fórmula verbal se cumplía y con ello el derecho. Y poco importaba si se encontraban o no los indios presentes: a veces el Requerimiento se leyó a los árboles y a chozas vacías; otras veces se lo leía a una legua distante de donde podían estar los indios prestos al ataque; otras veces se lo leía desde la cubierta de los barcos mientras se aproximaban a la costa. Lo cierto fue que el Requerimiento formó parte del equipaje de los conquistadores, aun cuando su formal lectura haya caído en desuso, pero no su práctica. El Requerimiento de Palacios Rubio, en todo caso, fue el primer instrumento que reguló la conquista, quedando reducida la situación de los indios a dos grupos: los libres, si lo acataban o respetaban; los esclavos, si lo combatían o rechazaban.

Una vez adoptado el Requerimiento, fue entonces cuando Pedrarias Dávila pudo organizar su expedición, por lo que en la Instrucción que le fue dada para la conquista de Tierra Firme el 2 de agosto de 1513, se le insistía en la necesidad de formularlo a los indios, así:

> "8° Debéis de procurar por todas las maneras é vías que vierdes é pensardes que para ello han de aprovechar, é por todas las otras vías é formas que se podieren tener alguna experiencia que se podrá facer, atraer con buenas obras á que los yndios estén con los cristianos en amor é amistad, é que por esta vía se faga todo lo que se hobiere de facer con ellos; y para que ello mejor se faga, la principal cosa que habéis de procurar, es non consentir que por vos ni por otras personas non se les

quebrante ninguna cosa que les fuera prometida, sinon que antes que se les prometa, se mire con mucho cuidado si se les puede guardar, é si non se puede bien facer, que non se les prometa; pero prometido se les guarde enteramente, de manera que les pongáis en mucha confianza de vuestra verdad, é non habéis de consentir que se les faga ningund mal ni daño porque de miedo non se alboroten ni se levanten; antes habéis mucho de castigar á los que los ficieren mal ó daño sin vuestro mandado, porque por esta vía vernan antes á la conversion é al conoscimiento de Dios é de Nuestra santa fe católica, é más segura en convertir ciento de esta manera, que cien mil por otra".

"9° Y en caso que por esta vía non quisieren venir a Nuestra obidiencia, é se les hobiere de facer guerra, habéis de mirar que por ninguna cosa de les faga guerra, non siendo ellos los agresores; é non habiendo fecho ó probado á facer mal ó daño á Nuestra gente; é aunque las hayan acometido ántes de romper con ellos, les fagais de Nuestra parte los requerimientos necesarios para que vengan á Nuestra obidiencia una é dos é tres é más veces, cuantas vierdes que sean nescesarias conforme á lo que llevais ordenado; é pues allá habrá é con vos irán algunos cristianos que sabrán la lengua, con ellos les dareis primero á entender el bien que les verná de ponerse debajo de Nuestra obiciencia; é mal é daño é muertes de hombres que les verná de la guerra, especialmente que los que se tomaren en ella vivos han de ser esclavos, é que desto tengan entera noticia, é que non puedan pretender inorancia; porque para que lo puedan ser, é les cristianos los puedan tener con segura conciencia, está todo el fundamento en lo susodicho".

En todo caso, puede decirse que fue con Pedrarias Dávila y con la conquista de la Provincia de Castilla del Oro (Darién) en el golfo de Urabá, en lo que actualmente es el noroeste de Colombia y el Istmo de Panamá, que en América se inició el proceso de ordenación jurídica del poblamiento. Hasta ese momento la fundación de ciudades había sido sólo el resultado de instrucciones para poblar pero sin indicación de su forma precisa, lo que no había sido obstáculo, para que las ciudades fundadas en la primera década del Siglo XVI respondieran relativamente a una planta regular, como fue el caso de Santo Domingo en la isla La Española y de Nueva Cádiz en la isla de Cubagua.

En todo caso, una vez consolidada la toma de posesión del Mar del Sur, y de las tierras del Istmo de Panamá, la primera ciudad que Pedrarias Dávila fundaría en las nuevas tierras descubiertas en la costa del Pacífico, fue Nuestra Señora de la Asunción de Panamá, la cual se estableció mediante su enviado, Diego de Albítez, el 15 de agosto de 1519. La ciudad, como tantas otras en toda América, meses después fue trasladada del sitio que se había escogido originalmente, y ubicada en el sitio que hoy se conoce como Vieja Panamá, hacia donde se dispuso el traslado de la capital de la Provincia. En dicha fundación estuvieron, entre otros, Francisco Hernández de Córdoba,

quien sería nombrado Alcalde ordinario del primer Cabildo y posteriormente sería el conquistador de Nicaragua; y Sebastián de Belalcázar, quien sería posteriormente el fundador de Quito, Popayán y Cali.

La planta y el trazado de la ciudad, en cuya concepción colaboró el alarife García Bravo, fue reticular, lo cual puede apreciarse en el sitio de las ruinas de la primera Panamá, donde se conservan las trazas de calles dispuestas en forma reticular, en torno a la plaza mayor, en cuyo lado este estaba ubicada la iglesia catedral, edificada en piedra durante el Siglo XVII, y cuyas ruinas aún se conservan, al igual que parte de las de las Casas Reales.

Desde Panamá se organizaron múltiples expediciones tanto hacia el "poniente" (Nicaragua) como hacia el "levante" (Perú), convirtiéndose la ciudad, desde entonces, en la cabeza de puente o trampolín forzoso entre España y el Perú. Para ello, Pedrarias inició la construcción del camino entre Panamá y Nombre de Dios, ciudad esta última que, como se ha dicho, poblada por la gente de Nicuesa en 1510, había sido refundada a fines de 1519 por Diego de Albítez, quien era uno de sus Tenientes.

Se había dado así inicio a la vía ínter-oceánica a través del Istmo de Panamá que pasaba por los pueblos de Venta de Cruces y por el río Charges, por el Camino Real o Sendero de Las Cruces. Estos se comenzaron a utilizar más intensamente desde 1532, cuando empezaron a pasar por esas tierras todas las riquezas provenientes del Perú, ubicándose fortalezas sucesivamente en San Lorenzo y posteriormente en Portobelo en el Mar Caribe y en la desembocadura del río Charges en el Pacífico.

Esa enorme riqueza, por supuesto, fue blanco permanente de las incursiones de los piratas ingleses. Francis Drake, entre 1571 y 1573 saqueó las ciudades Nombre de Dios y Portobelo, pero murió antes de seguir su paso hacia otros puertos. Henry Morgan atacó a Portobelo en 1668, y en 1671 atravesó el Istmo, saqueando y destruyendo la ciudad de Panamá. La capital de la provincia entonces se trasladó al pueblo de Penonomé situado más al oeste, y que había sido fundado en 1581.

Al año siguiente del asalto de Morgan, en 1672, fue que Antonio Fernández de Córdoba dispuso el traslado de la ciudad de Panamá a un sitio más seguro, hacia el oeste, en un promontorio al pie del Cerro Ancón, habiéndose levantado acta de fundación de la Nueva Ciudad de Panamá el 21 de enero de 1673. En el Casco Viejo de la ciudad se conserva el trazado reticular que se estableció, protegido por una gran muralla de piedra de más de tres metros de espesor, con entradas por tres puertas. La plaza mayor está ubicada en forma aislada. Las calles que llegan perpendicularmente a la plaza, lo hacen en forma asimétrica: tres por el norte y por el sur, y una por el este y el oeste. A partir de 1675 la ciudad fue fortificada, edificándose una Puerta hacia tierra y los bastiones de Mano de Tigre, Barlovento y San Francisco o Chiriquí. La edificación más célebre de esa época es la iglesia de Santo Domingo, que se comenzó a construir en 1678, iniciándose en 1688 la

construcción de la catedral, todas con materiales provenientes de Panamá la Vieja.

Después de la fundación inicial de Panamá, el 20 de mayo de 1522, el "Gran Justador" (Pedrarias) fundó la ciudad de Natá de los Caballeros, al oeste del golfo de San Miguel, tierra adentro pero cerca de la bahía de Parita, en la cual también se siguieron todas las normas de la Instrucción de 1513, habiéndose formado la planta de la misma como un tablero de ajedrez. En el Acta fundacional de la ciudad se deja constancia, incluso, de "la traza del pueblo", y de la expresión de Pedrarias Dávila de que la asignación de solares había sido hecha "por la orden y manera que por la traza que yo hice de la dicha ciudad y pueblo parecen señalados y trazados", terminando el Acta con la indicación de que "la cual dicha traza de dicho pueblo es la que sigue...".

El nombre de la ciudad derivó del que tenía el cacique del asentamiento indígena que allí se encontraba, en el cual habían estado sucesivamente en la búsqueda de oro, Alonso Pérez, Gonzalo de Badajoz y Gaspar de Espinosa. El responsable inmediato de la fundación y del repartimiento de los solares fue el Capitán y Teniente de Gobernador de Pedrarias, Diego de Albítez. La iglesia construida en forma aislada y como imitación de la catedral de Panamá la Vieja, es una de las más antiguas del Continente. Natá fue el centro de abastecimiento agropecuario de Panamá y sirvió como punto de avanzada en la conquista hacia el oeste

Desde Panamá, y con licencia de Pedrarias, como se dijo, en 1524 se comenzaron a organizar las expediciones hacia el levante (Perú) a cargo de Pascual de Andragoya (1522), y luego, a cargo de Francisco Pizarro, Diego de Almagro y Hernando Luque, iniciándose el descubrimiento y conquista del Perú. Entre 1519 y 1526 se realizaron, además, diversas expediciones por el Océano Pacífico hacia el poniente (Nicaragua), la primera de las cuales se realizó en 1519, a cargo de Gaspar de Espinoza, quién utilizó las naves que había dejado construidas Balboa en el Mar del Sur; en la cual participaron Francisco Pizarro y Hernando de Soto, y que llegó hasta la punta de Burica cerca de la actual Costa Rica.

Panamá, por tanto, fue el centro operativo desde donde se inició la consolidación de la conquista y ocupación del territorio en la Tierra Tirme, habiendo sido en los siglos posteriores el paso obligado entre los Océanos.

Ruego al lector, así sea por esta última referencia, que me sea otorgada indulgencia por esta osadía de un venezolano amigo de haber recordado en esta Nota preliminar algunos de los hitos más importantes del inicio de la conformación de América, precisamente ocurridos en las provincias del Istmo, que he hecho con todo afecto y reconocimiento para mis amigos panameños con ocasión de la publicación de esta obra.

Sobre el contenido del libro, como dije al inicio, recoge mi obra precisamente vinculada a Panamá, sea expresada en conferencias dictadas en

Panamá o publicada en Panamá en los últimos treinta años, y que se compone de los siguientes estudios: sobre *derecho constitucional*: el sistema panameño de control de constitucionalidad en el derecho comparado; los retos de la justicia constitucional en América Latina a comienzos del siglo XXI; la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado democrático y social de derecho al estado comunal socialista, sin reformar la Constitución; la jurisdicción constitucional como garantía del Estado de derecho; y sobre la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales y sus excepciones: algunos casos contrastantes; y sobre *derecho administrativo*: sobre algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad; los actos administrativos normativos como fuente del derecho, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos; la jurisdicción contencioso administrativa como freno al ejecutivo: el sistema panameño y algunas comparaciones con el caso venezolano; y aspectos procesales del proceso contencioso administrativo con especial referencia a las medidas cautelares: comparación entre los sistemas de Panamá y Venezuela; y sobre *derechos humanos y libre ejercicio de la profesión de abogado,* un estudio sobre el libre ejercicio de la abogacía y la independencia judicial.

Finaliza la obra con un Apéndice en el cual se publica el texto del *amicus cureae* sobre la defensa del libre ejercicio de la profesión de abogado y de la independencia judicial, presentado por la *Inter-American Bar Association* bajo la iniciativa de José Alberto Álvarez, en el proceso *Allan Brewer-Carías vs. Venezuela* que se desarrolló ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2014.

Nueva York, enero de 2023

Nota a la Segunda edición:

Sale ahora publicada esta segunda edición de la obra, con el solo agregado del texto de la conferencia que dicté en Panamá, en julio de 2025, invitado por la *Secretaría Presidencial para la Reorganización del Estado y Asuntos Constitucionales*, donde traté el tema de "Los procesos constituyentes en América Latina. A propósito del proyectado proceso constituyente en Panamá."

Nueva York, Marzo de 2026

PRESENTACIONES Y PRÓLOGO

PRESENTACIÓN

Por Tomás POLANCO FERNÁNDEZ

Guardo hacia mis profesores de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, una gran estima y agradecimiento por todo lo que me aportaron, incluyendo en la mayoría de los casos una amistad que ha perdurado en el tiempo de manera muy especial. Pero hay un profesor en particular, Allan R. Brewer-Carías , con quien he llevado esa relación a una situación aún más privilegiada, quizás gracias a tantas coincidencias que hemos podido desarrollar, con motivo de mi mudanza a Panamá ; también al hecho de haber sido Brewer alumno de mi Padre, Tomás Polanco Alcántara, en sus cursos de Derecho Administrativo Especial en el año 1959, y a tantos factores familiares y sociales que en el camino se atravesaron para acompañarnos, incluyendo la condición de Madrina que le concedí a su muy querida Esposa Beatriz, en un sentido que trasciende lo religioso .

En América Latina el Derecho Público nos ha acompañado inteligentemente, con el Derecho Constitucional, desde la independencia de cada país, apoyando la organización de los nuevos Estados, y contribuyendo a su existencia y funcionamiento, y a la determinación de sus poderes y formas de existencia, en las diferentes constituciones, que han ido variando en el tiempo , ajustándose a las circunstancias de cada lugar. El Derecho Administrativo también ha sido una eficaz herramienta para el desarrollo de nuestros pueblos, pues nos ha ido aportando y desarrollando normas, que regulan en las diversas actividades las relaciones de los ciudadanos con el Estado.

Los estudios del Derecho Público se desarrollaron en las diversas universidades, y en el caso venezolano durante muchos años , se concentraron en la entonces Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela , donde además entre los años 1948 y 1953 se creó el Instituto de Derecho Público , que incorporó a los mejores profesores de entonces , venezolanos y extranjeros , para lograr convertirse en la principal fuente de bibliografía en Derecho Público en Venezuela , insistiendo además en la formación de especialistas jóvenes en el extranjero , y en la difusión a través de publicaciones, y de su propia revista , y de la participación en eventos nacionales y extranjeros , para el desarrollo de ese tema tan importante .

Podríamos afirmar que el Instituto de Derecho Público de la UCV, ha sido uno de los principales centros regionales de estudio y difusión del Derecho Público , que en las épocas de democracia ha podido dar mayores frutos, y que en sus orígenes estuvo dirigido por los profesores extranjeros Antonio Moles Caubet , y de Juan De Stefano , pero en el cual todos los profesores de Derecho Público siempre estuvieron de alguna u otra forma vinculados .Menciono a mi Padre como uno de los impulsores y colaboradores importantes de la época , y a Gustavo Urdaneta su actual Director

El Profesor Brewer ha sido un factor fundamental en la evolución y desarrollo de dicho Instituto , que además dirigió en el período 1978 y 1987, convirtiéndose en el mayor facilitador y difusor , no solo de su propia obra escrita sobre la materia de Derecho Público , sino apoyando e incentivando a todos los profesores y colegas en sus trabajos .La revista de Derecho Público , La Editorial Jurídica Venezolana , y posteriormente la Editorial Jurídica Internacional , son consecuencia de su trabajo y dirección , que armonizan con el instituto y las escuelas de Derecho de Venezuela , y la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas de la cual Brewer es uno de sus miembros vitalicios , una gran categoría de apoyo al desarrollo del Derecho Público en Venezuela .

Sirvió también al desarrollo del Derecho Público, nuestro querido Profesor, habiendo servido en instituciones y funciones públicas que van : desde Consultor Jurídico del ente comicial Venezolano, Ministro para la descentralización, Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, etc

El estudio y difusión del Derecho Público han conducido a nuestro querido Profesor también por el mundo. Comenzando por sus experiencias académicas y docentes en Paris, luego en Cambridge, en Bogotá, en Nueva York, y participando en seminarios y conferencias, celebrados en muchas ciudades de América y Europa. En esa experiencia internacional, un lugar muy especial ha ocupado para Brewer Panamá. Prueba de ello es el libro que nos ocupa en esta presentación, que contiene reflexiones muy interesantes, que abarcan todos sus trabajos referidos a al Derecho Público en este País.

El Profesor Brewer analiza diversos aspectos del Derecho Público en Panamá, y termina la Obra con un tema muy especial para él y para Panamá, que es : "La Defensa del Libre Ejercicio de la Profesión de abogado y de la independencia Judicial", que debemos enfatizar para darle mayor sentido y libertad a nuestra profesión, y poder contar con la Justicia cuando las dudas puedan aparecer en su acoso.

Bienvenido pues este libro, que nos honramos en presentar, y que agradecemos al Profesor Brewer haber escrito, organizado y editado conjuntamente entre Editorial Jurídica Venezolana, y Sistemas Jurídicos S.A. SIJUSA, Panamá, con material que será difundido internacionalmente, a la orden de quienes quieran estudiar, o enfatizar sus conocimientos acerca de los asuntos en este libro tratados.

Panamá, enero de 2023

MENSAJE

Por Jose ALBERTO ALVAREZ

Mi gran amigo, Allan Randolph Brewer Carias, conocido ampliamente como Randy, me ha pedido que escriba una presentación sobre su más reciente obra "ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO. CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. REFLEXIONES EN PANAMA." Definitivamente, una distinción viniendo de Randy, el mejor administrativista de América. Un honor que se basa en la amistad más que en otras consideraciones.

Randy, a sus 83 años (1939) continúa escribiendo, y de manera prolífica. Este libro lo considero un homenaje que este hermano venezolano le hace a Panamá. Randy ha escrito más de 170 libros y unos 900 estudios monográficos de diferentes temas, especialmente de derecho.

La historia del origen del establecimiento de las bases del derecho en la recién descubierta y conquistada América son temas que trata en esta obra. Pasa revista por la fundación de la ciudad de Panamá y las diferentes expediciones que salieron del Istmo a conquistar otras tierras. Con amplios conocimientos maneja esa parte de nuestra historia.

También, estudia con extraordinario y profundo conocimiento nuestro texto constitucional el cual permite a la Corte Suprema de Justicia el control exclusivo y excluyente de todos los actos estales, a diferencia de otros países donde este control es difuso. Establece que este control (Constitución 1941) sin duda está inspirado en la Constitución Colombiana (Reforma de 1910).

Explica, con detalle y derecho comparado, que esas decisiones de la Corte, como juez constitucional, son pro futuro, ex nunc, no retroactivas. En cambio, si se trata de declaratoria de inconstitucionalidad de sentencia son declarativas, ex tunc y, por tanto, retroactivas.

El libro, en si, está dividido en 2 grandes secciones; una sobre Derecho Constitucional y otra de Derecho Administrativo. En la primera, de Derecho Constitucional, hay 6 artículos y en la segunda 5 con un apéndice sobre el

Amicus Curie presentado por la Federación Interamericana de Abogados en su caso que fue discutido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nadie a la fecha había hecho una selección de temas y artículos sobre nuestro derecho constitucional y administrativo como el que se nos presenta el autor; por ello, para todo panameño estudioso del derecho, es de obligatoria lectura, consulta y cita.

Por la cantidad de información, muy detallada por cierto, pareciera que nuestro amigo Randy ha pasado gran parte de su vida recopilando y verificando nuestra legislación constitucional y administrativo. Un mérito innegable.

El doctor Brewer Carías con su obra le hace honor a la diosa Temis, la del buen consejo, la que le da imagen a la Justicia. Temis sí, la hija de Gea y de Urano.

Con especial maestría y conocimiento, adornado con vasta jurisprudencia comparada, aborda el tema de los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas.

La invitación del doctor Brewer Carías a presentar este libro es una tentación para tratar de hacer un resumen de su valiosa obra; sin embargo, es claro que esa no es la idea, por ello me he ceñido a algunas pinceladas sobre el texto y su autor.

Nuestra historia constitucional es rica en momentos históricos y en aportes académicos, pero nuestro derecho administrativo requiere de una estructura de juzgados y tribunales administrativos a nivel nacional. Esta es tarea que con prontitud debemos acometer los panameños.

Dijo alguien "cuando se cierras las puertas de la legalidad, se abren las de la violencia". Sostenemos, entonces, que la permanente acción del doctor Brewer Carías para impulsar la educación y la vigencia de las leyes es porque las considera necesarias para el sostenimiento de la Democracia.

No cabe duda que los abogados panameños debemos conocer más sobre el funcionamiento de la Sala Tercera de la Corte de lo Contencioso – Administrativo, único Tribunal que ejerce la jurisdicción contenciosa administrativa de Panamá.

Panamá tiene amplios vacíos en las normas que deben regir el trámite contencioso administrativo, de allí la extraordinaria relevancia de esta obra pues servirá a abogados y administradores de justicia a la hora de presentar escritos o decidir casos.

Han transcurrido más de 80 años, desde su establecimiento en el texto constitucional de 1941; y, todavía, la jurisdicción contencioso administrativa se mantiene sin transformaciones, ello a pesar de la Ley 38 de 2000.

Al terminar de leer la obra vemos con mayor claridad el amplio mundo del derecho constitucional y administrativo en Panamá. Esta obra es imprescindible para todo aquel que aspire a conocer nuestra realidad en esas dos amplias ramas del derecho.

Como conclusión: Aplaudimos y agradecemos al autor al obsequiarnos esta obra. Su incalculable valor académico hace obligatorio para los estudiosos del derecho constitucional y administrativo su permanente consulta. Y nos obliga a realizar verdaderos esfuerzos por lograr una real jurisdicción contencioso – administrativa.

Marzo 2023

PRESENTACIÓN

Por Víctor Leonel BENAVIDES
Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá

Recibí con mucho agrado y entusiasmo la invitación del amigo y catedrático venezolano, **Allan R. Brewer-Carías**, para escribir unas breves palabras de presentación de su obra **"ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. Reflexiones en Panamá"**, invitación que consideré doblemente honrosa, primero, porque proviene de un connotado estudioso del Derecho Constitucional y Administrativo Iberoamericano; segundo, porque algunos de los escritos que componen la obra, se refieren al derecho panameño.

Tuve el honor de conocer personalmente al Dr. **Brewer-Carías** en el año 2009, en Panamá, con motivo de la celebración del **VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo**, donde disertó sobre la "**La Discrecionalidad Administrativa**". En los siguientes Foros en que coincidimos, compartimos ideas e interesantes conversaciones personales y académicas, en las que siempre exteriorizó su interés por el desarrollo de la Administración de justicia panameña, en particular, la importancia de una reforma al sistema Contencioso-Administrativo, y la actualización de las normas que regulan el Amparo de Garantías Constitucionales. Posteriormente, a través del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, hemos seguido y valorado sus meritorias conferencias y aportes a la bibliográfica del Derecho Público.

La obra del maestro **Brewer-Carías**, en términos generales, aborda diversas cuestiones enmarcadas particularmente en el campo del Derecho Constitucional y el Administrativo, cuya temática de fondo es sin duda alguna la defensa del Estado de Derecho, de los principios e instituciones democráticas y de los derechos fundamentales, el cuestionamiento de la función de los jueces constitucionales como defensores de la supremacía de la Constitución y la constante y fundada crítica hacia los sistemas políticos, e incluso judiciales, que erosionan el valor de la Constitución.

Una mirada a los **"ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. Reflexiones en Panamá"**, permite advertir que la mayoría de los escritos que lo componen están infundidos por ese espíritu de ***"defensor de la institucionalidad democrática"***, que ha caracterizado al **Dr. Brewer-Carías** a lo largo de la mayor parte de su vida y de sus distintas experiencias en el campo del derecho, ya sea como abogado, profesor, investigador, académico, escritor, entre otros roles.

Se aprecia lo anterior en ***"Los Retos de la Justicia Constitucional en América Latina a Comienzos del Siglo XXI"***, escrito donde el profesor **Brewer-Carías** analiza el rol de los tribunales encargados de ejercer la defensa de la supremacía de la Constitución, en el marco de cambios constitucionales ocurridos en Venezuela y Ecuador, y puntualiza varios retos que el Juez Constitucional debe enfrentar, los que se resumen en su obligación de constituirse en un efectivo ***"guardián del poder constituyente",*** asegurando que la Constitución se cumpla cabalmente, tanto en el proceso de introducir cambios constitucionales, como en su interpretación por parte del juez constitucional.

Esa misma línea de pensamiento, en la que se identifica el genuino origen del poder constituyente, condujo al profesor **Brewer-Carías** a describir con detalles un verdadero "fraude" a la Constitución venezolana de 1999, lo que hizo en su artículo sobre ***"La Desconstitucionalización del Estado de Derecho en Venezuela: Del Estado Democrático y Social de Derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución" (2012),*** en el que cuestiona tenazmente un proceso de cambios normativos realizado al margen de la Constitución Política, con el único fin de establecer en ese país hermano, un Estado paralelo al Estado Constitucional, es decir, "un Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial" denominado "Estado Comunal". Al final se trató, afirma, de un verdadero fraude a la voluntad popular, la cual nunca aprobó los cambios normativos que él denuncia y que, lamentablemente, fueron legitimados por decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Lo anterior permite entender las preocupaciones que subyacen en muchos de los escritos del profesor **Brewer-Carías**, donde resuena como una voz redundante el concepto de **"Estado de Derecho"**, que él entiende no como un concepto abstracto, sino dotado de un sentido material, basado en el sometimiento del poder público al orden jurídico establecido, particularmente, a la Constitución; el pleno respeto a los derechos fundamentales, con un gobierno libremente elegido, que obra en función del interés general; que posee los instrumentos jurídicos adecuados para controlar cualquier abuso del poder público, o contravención a ese orden jurídico. Esa ansiosa preocupación por el Estado de Derecho, y más que eso, por su efectiva vigencia en Iberoamérica, encausó al maestro **Brewer-Carías** a ocuparse en temas puntuales como la jurisdicción constitucional, el control de

constitucionalidad y el carácter intangible de las sentencias de los tribunales constitucionales.

Es así que en su escrito sobre "**La Jurisdicción Constitucional como garantía del Estado de Derecho"**, el profesor **Brewer-Carías** resalta el papel de los tribunales de justicia en la existencia y fortalecimiento del Estado de Derecho, papel que ejercen a través del control judicial, ya sea de constitucionalidad, de la actividad administrativa (contencioso-administrativo), de las decisiones de los tribunales de justicia (medios de impugnación), o incluso, a través de los mecanismos de protección de derechos fundamentales (amparo). En ello, los jueces y particularmente, los jueces constituciones deben actuar sin desviaciones en sus cometidos constitucionales, garantizando siempre la supremacía de la Constitución, apunta el Maestro.

El carácter intangible de las sentencias de los tribunales y en especial, de los tribunales constitucionales es, sin duda alguna, otra garantía del Estado de Derecho, cuyas bases a lo largo de la historia, se han cimentado precisamente, en importantes decisiones judiciales. Además, si un elemento es importante para el pleno respeto de las normas y de las instituciones democráticas, es la "seguridad jurídica" que emanan de esas decisiones. En su estudio "**Sobre la Intangibilidad de las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Excepciones: Algunos Casos Contrastantes"**, el profesor **Brewer-Carías** destaca la vigencia de ese "principio de intangibilidad" con respecto a los fallos de los tribunales constitucionales y plantea al mismo tiempo varias excepciones a ese principio en el derecho comparado, esencialmente, en los casos de graves violaciones al debido proceso.

Un elemento que se advierte en los escritos del profesor **Brewer-Carías**, es su enfoque jurídico desde la perspectiva del Derecho Comparado, el cual contribuye enormemente a entender cómo funciona una misma institución o instituciones semejantes en diversas latitudes (v. gr. el control constitucional), cuáles son las peculiaridades que presenta en una región o país, pero sobretodo, permite identificar cambios necesarios para mejorar dichas instituciones y para hacer efectivo el fin para el cual fueron creadas. Es este enfoque el que orienta el escrito sobre ***"El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes. Estudio de Derecho Comparado"***, donde el **Dr. Brewer-Carías** sustenta laboriosamente su tesis de que el control constitucional en Panamá es concentrado y no mixto, exponiendo con suma nitidez el alcance, las diferencias y los mecanismos a través de los cuales se ejercen ambos tipos de control. A la vez, hace un recorrido por los sistemas de control constitucional de varios países de Latinoamérica y Europa, lo que le permitió concluir con respecto al sistema de control constitucional panameño, que se trata de "uno de los más concentrados y amplios que se conocen en el derecho comparado."

En el campo del Derecho Administrativo también es vasta la producción jurídica del profesor **Brewer-Carías,** en la que igualmente deja entrever su interés por el "control judicial", en este caso, de la actividad de la Administración. Es por ello que en sus **"ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. Reflexiones en Panamá"**, dedica una sección para abordar ***"Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad"***, en la que expone con claridad en qué consiste la discrecionalidad de la Administración y destaca cuáles son los principios y fundamentos de su control judicial, tomando como referencia la jurisprudencia de varios países latinoamericanos.

En el mismo sentido, el maestro **Brewer-Carías** se enfoca en la función de control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa, concebida básicamente como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración. De allí la amplitud de las materias sometidas a ese control, que busca garantizar al administrado la tutela judicial efectiva de sus derechos, frente al poder de la Administración. De estas cuestiones trata el artículo sobre ***"La jurisdicción contencioso administrativa como freno al Ejecutivo: el sistema panameño y algunas comparaciones con el caso venezolano."***

Otro tema igualmente vinculado al control judicial de la Administración, es el relativo a las **"medidas cautelares"**, que son objeto de análisis en el estudio sobre los ***"Aspectos procesales del proceso contencioso administrativo con especial referencia a las medidas cautelares: Comparación entre los sistemas de Panamá y Venezuela"***, en el que se puntualiza el carácter de las medidas cautelares como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva frente a las actividades ilegales de la Administración.

Este estudio, de índole comparativo, cuestiona que en Panamá la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley N° 135 de 1943, modificada por la Ley N° 33 de 1946), admite como única medida cautelar la *suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por ilegal*, mientras que en Venezuela, el juez contencioso-administrativo goza de una mayor amplitud en materia cautelar, aunque, como apunta el profesor **Brewer-Carías**, tales medidas no resultan eficaces "en la práctica por el férreo control político que el régimen totalitario ejerce sobre los tribunales."

La constante preocupación del ilustre profesor **Brewer-Carías** por la plena vigencia del Estado de Derecho, se advierte también en el escrito sobre **"*Los actos administrativos normativos como fuente del derecho, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos",*** donde deja claro que la potestad reglamentaria del Estado, provenga de donde provenga, tiene límites jurídicos muy marcados, lo que deben entender los entes que dictan reglamentos, pero también los tribunales encargados de su control judicial, ya

que como garantes del Estado de Derecho, son los responsables de anular cualquier acto normativo contrario al orden legal.

En resumen, la obra **"ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. Reflexiones en Panamá"**, es un animoso llamado, en estos tiempos en que el Estado de Derecho sufre en todo Latinoamérica fuertes atentados, sino la muerte, a reflexionar, pero también a tomar acciones en función de la importancia y el valor de las instituciones democráticas en nuestras vidas. Y es que, por más idealista o romántico que ello parezca, puede llegar el día en que los intereses oscuros y egoístas de los abusadores del poder, por decir lo menos, socaven los cimientos democráticos y destruyan el Estado de Derecho que un día disfrutamos. Es el lamentable caso de la patria de nuestro colega y amigo **Brewer-Carías**, cuya profunda convicción democrática ha sido uno de los motores que lo han animado e impulsado a seguir luchando como uno de los más conspicuos defensores del Estado de Derecho en todo el mundo.

Por estas razones, celebramos con gran entusiasmo esta nueva obra del profesor **Allan P. Brewer-Carías**, como un recordatorio de una incansable lucha, que nunca termina. Enhorabuena amigo y Maestro

PRÓLOGO

Por Carlos GASNELL ACUÑA

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Santa María la Antigua (USMA). Socio-Director de CGA Abogados y Consultores.

Conocí a Don Allan Brewer-Carías, antes de que me lo presentaran en el Colegio Nacional de Abogados de Panamá, hace muchos años, a través de algunas de sus obras. Como estudioso del derecho administrativo, una de las que más me llamó la atención y utilicé y sigo utilizando en mis artículos y clases como profesor, es: "Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina", por lo que cuando tuve la oportunidad de conversar brevemente con él, confirmé el espíritu activo e inquieto que se desprendía de sus escritos, y que lo ha llevado a ser uno de los constitucionalistas y administrativistas que más ha publicado en Latinoamérica acerca de diversos temas y sobre diversos derechos, incluido el panameño.

De manera que la obra que se me encargó prologar representa la evidencia de su gran capacidad investigativa y su dedicación como observador de los fenómenos jurídicos, desde una perspectiva comparativa.

Desde la presentación de su obra, está demostrado su interés por Panamá, que como lo indica al final de aquella, no solo unió las américas, sino que sirvió como punto de encuentro y partida para diferentes expediciones de conquista, que al final representaron el inicio de nuestras instituciones administrativas las cuales sirvieron de base para las que conocemos en la actualidad.

El primer artículo de la compilación titulado, "**EL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO"**, lleva a cabo un análisis profundo, desde un punto de vista descriptivo y crítico, sobre el tipo de control que impera en Panamá, defendiendo que no se trata de un control mixto como aseveran algunos juristas locales, en función de la existencia del Habeas Corpus y el Amparo de Garantías Constitucionales, el cual puede interponerse en diferentes instancias, sino de un control sumamente concentrado, y que este

control, no solo se refiere a leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que destaca, lo hace único en el derecho comparado.

El segundo artículo titulado: "**LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI",** producto de una ponencia de 2012, expuesta en el Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, como se indica en su introducción, tiene como objetivo destacar los casos más importantes de lo que puede denominarse la patología de la justicia constitucional en Latinoamérica, y Brewer-Carias, advirtiéndonos los riesgos de que el mal desarrollado se propague, en virtud de que el juez constitucional, en lugar de ser efectivamente el guardián de la Constitución, ha terminado convirtiéndose en el verdugo del Estado constitucional. Luego de analizar una serie de retos, así como los casos venezolano, ecuatoriano y nicaragüense, se advierte a Panamá, de forma indirecta, los riesgos que se pueden correr si los Tribunales Constitucionales olvidan su papel y su misión en el balance de los poderes, cuando cruzan la línea y se convierten en legisladores, cumpliendo funciones estatales sin estar sometidos a control ni del pueblo ni de otros órganos, lo que "podría transformar al guardián de la constitución en soberano".

En **"LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO COMUNAL SOCIALISTA, SIN REFORMAR LA CONSTITUCIÓN",** destaca los riesgos de la tentación de los Estados de regular en paralelo a través de normas que quieren supuestamente reforzar el poder popular, como la Ley Orgánica del Poder Popular, y complementarias, aprobadas en Venezuela en el 2010, para consolidar el Estado Comunal o Socialista , que como bien lo describe gráficamente, se han convertido en un árbol de "matapalo" o "ficus Benjamina L"., que poco a poco ha ido estrangulando la Constitución, ignorándola y consolidando el fraude a la voluntad popular, creando un modelo de Estado desde el Ejecutivo, que gobierna a través de leyes orgánicas. Un modelo, como bien señala, por el que nadie ha votado.

La compilación continúa con **"LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO",** producto de una ponencia dictada en Panamá en 2015, donde vuelve a destacar las particularidades del sistema de justicia constitucional desarrollado en Panamá, donde todo el control de constitucionalidad de los actos estatales está concentrado en la Corte Suprema de Justicia, lo que difiere en forma, en cómo se ha desarrollado la justicia constitucional en el mundo contemporáneo, donde no se identifica la justicia constitucional con la jurisdicción constitucional, y hay dos sistemas de control. Destaca en el artículo, que ya es hora de que en Panamá, se empiece a revisar el sistema descrito, ya que lejos de reforzar la garantía de la supremacía constitucional, se está debilitando su carácter garantista, por lo que se debería, a pesar de las

circunstancias, abandonar su carácter centralista y la excesiva desconfianza en los jueces, y abrirlo y hacerlo más garantista del estado de derecho.

Al abordar el interesante tema de "**LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS EXCEPCIONES: ALGUNOS CASOS CONTRASTANTES"**, Brewer-Carías se enfoca en la experiencia y jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional Peruano, donde los propios tribunales pueden declarar la nulidad de las sentencias decididas por ellos mismos cuando surge un conflicto entre la seguridad jurídica "derivado de la cosa juzgada y la garantiza del debido proceso y la tutela judicial efectiva". En la parte final del artículo, hace un amplio recorrido por la jurisprudencia venezolana sobre el tema de la intangibilidad de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cuya legislación, destaca, que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que recoge el mismo principio establecido en el artículo 999 del Código Judicial de Panamá, después de pronunciada la sentencia definitiva no puede el juez ni revocarla ni reformarla, pudiendo solo y a solicitud de parte, *aclarar* los puntos dudosos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia. En este recorrido, resalta los abusos y excesos cometidos por dicha Sala, lo cual efectivamente representa un aporte para Panamá, sobre los límites que deben respetarse cuando se asume la intangibilidad de las sentencias como norma.

El tema de la discrecionalidad administrativa y sus límites, que tanto preocupa a los ciudadanos y a los administrativistas, también es abordado ampliamente en el artículo: "**ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD",** donde se nos brinda un detallado recorrido doctrinal sobre el tema, abordando su tratamiento en varias de las legislaciones latinoamericanas, la situación en España, e incluso en Francia, llegando a la conclusión respecto a América Latina, que a pesar del principio que ha permitido al juez, no juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia, para la adopción de un acto administrativo, so pretexto de que el juez no puede sustituir a la Administración, tanto la jurisprudencia con en sus legislaciones, desde hace décadas (con referencia a 2009), se aprecian esfuerzos significativos, donde el juez contencioso administrativo ha penetrado el ámbito de la discrecionalidad, controlando la arbitrariedad, con base en la aplicación efectiva de los principios generales del derecho administrativo. Todo este debate es positivo para Panamá, donde todavía el control de la excesiva discrecionalidad requiere de un mayor desarrollo en la normativa sobre procedimiento administrativo, para no quedar a merced de las decisiones de los jueces.

El séptimo artículo de esta interesante compilación, desarrolla el tema de "**LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS COMO FUENTE DEL DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS"**, que si bien se circunscribe a la

doctrina, jurisprudencia y experiencia venezolana, en virtud del debate sobre la naturaleza de los actos administrativos, desde España, liderada por García de Enterría y Fernández, en su obra sobre derecho administrativo, donde hacen una diferenciación clara con las normas, pero que en Latinoamérica, depende de las legislaciones y el tratamiento que tenga el acto administrativo y su dinámica de acceso al contencioso. De manera que la diferenciación que hace Brewer-Carias sobre los actos administrativos de efectos generales (mal llamados actos generales) y su naturaleza normativa o no, y los actos administrativos de efectos particulares (mal llamados actos individuales o actos particulares), a través de su tratamiento jurisprudencial en Venezuela, representan información muy valiosa para Panamá, para que haya ajustes en la nuestra, mientras decidimos, por medio de una reforma al sistema algo anacrónico que tenemos, sobre este debate que se da en ocasiones en Panamá. Lo cierto, que la conclusión a la que llega es clara, y alimenta aún más la discusión en nuestro país, donde en ocasiones, son admitidas demandas de nulidad (acción popular), contra actos con efectos particulares, frente a lo cual Brewer-Carías expresa lo siguiente: "En consecuencia, el carácter de "acción popular" del recurso contra los actos administrativos de efectos generales sólo se justifica por el contenido normativo, *erga omnes* de los mismos. Identificar la expresión actos de efectos generales (normativos) con acto general (normativo o no) como a veces lo hace la ley, podría implicar abrir la acción popular contra un acto de efectos particulares, general y no normativo, lo cual no se ha admitido jamás en Venezuela".

En "**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COMO FRENO AL EJECUTIVO: EL SISTEMA PANAMEÑO Y ALGUNAS COMPARACIONES CON EL CASO VENEZOLANO"**, el autor vuelve a enfocarse en los problemas que enfrenta esta jurisdicción en Panamá, destacando aspectos importantes del mismo, como su universalidad, pero destacando también su excesiva concentración y centralismo, la falta del principio de doble instancia, lo cual podría violentar Convenciones sobre Derechos Humanos, suscritas por Panamá, y trata de encontrar soluciones viendo el problema desde la perspectiva de Venezuela, cuyo sistemas de acceso al contencioso son bastante similares.

Las medidas cautelares en el contencioso administrativo son las protagonistas, del penúltimo artículo que forma parte de la presenta publicación ("**ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES: COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE PANAMÁ Y VENEZUELA").** En este se destaca, cómo enfáticamente la jurisprudencia panameña, ha negado la posibilidad de aplicar medidas precautorias distintas a la suspensión de los efectos de los actos y normas administrativas recurridas, lo cual fue la situación que se dio en Venezuela, hasta 1988, con la Ley Orgánica de Amparo, reconociéndose a partir de allí, medidas cautelaras distintas a las

suspensión, lo que se consolidó con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativva de 2010, invistiendo al juez de las "más amplias potestades cautelares", lo que es positivo, sin embargo, también advierte Brewer-Carías, que para que esta ampliación sea operativa y cumpla su función, es indispensable, además de que exista un control efectivo de la actuación del Estado, que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y esté fuera del alcance el Poder Ejecutivo, lo que actualmente no existe en Venezuela.

En último lugar, y no por ello menos importante que los demás, se incluye en esta compilación un artículo relacionado con el tema de Derechos Humanos y el Libre Ejercicio de la Profesión de Abogado, titulado, **"SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL"**, que contiene la transcripción de sus palabras en el acto de presentación del libro con el mismo nombre, de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), en el Colegio Nacional de Abogados, el 30 de enero de 2014, donde agradece, que producto de su caso, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Venezuela, hayan surgido iniciativas pro derechos humanos de los abogados, como la de la FIA, que resaltan la protección de principios de gran importancia como de "libertad del ejercicio de la abogacía y el principio de independencia judicial", sin los cuales, concluye, no puede haber Estado de Derecho.

En conclusión, estamos ante un conjunto de artículos que dibujan con mucha propiedad nuestro derecho constitucional y administrativo, que debería ser objeto, una vez publicado, de un profundo análisis de parte de los juristas panameños, estudiosos de estos tema y sobre todo de quienes estamos preocupados de que se realicen cambios profundos en nuestro legislación procesal constitucional y procesal contencioso administrativa, lo cual de seguro incluye a los servidores públicos y a los operadores judiciales.

Panamá, mayo 2023

DERECHO CONSTITUCIONAL

PRIMERA
EL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO (1995)

Este trabajo tiene su origen remoto en el texto que preparé por invitación de mi apreciado y recordado amigo, el Profesor Cesar A. Quintero, para la conferencia que dicté en las Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Procesal J. Fabregas, en Panamá, el 31 de enero de 1995. En su momento le agradecí muy especialmente al Profesor César Quintero y el Lic. Sebastián Rodríguez, la cuidadosa revisión que han hecho de este texto, así como de las observaciones y sugerencias formuladas. El texto fue inicialmente publicado en el libro: *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano, IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional,* Volumen II, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, pp. 889-974; en la *Revista Registro Judicial,* Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá, Panamá, Enero 1997, pp. I-XXII; y Febrero 1997, pp. I-XXVI. Una versión actualizada del estudio fue publicada en la *Revista Novum Ius*, Edicion Nº 15º, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010. pp. 130-168; que es la que aquí se reproduce.

I. BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. El sistema exclusiva y privativamente concentrado

La Constitución de Panamá de 2004, siguiendo la orientación de la de 1972 reformada en 1978, 1983 y 1994, en sus artículos 171 y 206,1, establece

las bases de uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios de control de la constitucionalidad que existen en el derecho comparado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y, como consecuencia, el poder exclusivo para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de todos los actos estatales.

Dichas normas disponen lo siguiente:

"Artículo 171. Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto por inexequible y la Asamblea Nacional, por la mayoría expresada, insistiere en su adopción, aquél lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su inconstitucionalidad. El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.

Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para la cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir."

Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez por instancia."

De estas normas se deduce la conformación de un sistema exclusivamente concentrado que atribuye a la Corte Suprema de Justicia el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos o no,[1] en la siguiente forma:

---

1 Véase en general sobre el sistema panameño de justicia constitucional: Carlos Bolívar Pedreschi. *El control de la constitucionalidad en Panamá*. Ediciones Guadarrama, España, 1965; Edgardo Molina Mola, *La jurisdicción constitucional en Panamá.* Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1998; Rigoberto González Montenegro, *Los desafíos de la justicia constitucional panameña,* Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá 2002, consultada también en

1. Por vía de acción popular, de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales. La amplitud del sistema radica en que se trata de un control concentrado de la constitucionalidad, no sólo de las leyes y demás actos de rango legal como sucede, en general, en el derecho comparado, sino de todos los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales, con lo cual, entre otros efectos, el control contencioso-administrativo de los actos administrativos sólo se ejerce por razones de ilegalidad. Además, la acción para el ejercicio del control de constitucionalidad, está concebida como una acción popular, que corresponde a cualquier persona y por tanto, sin legitimación específica sino basada en un simple interés en la constitucionalidad, siguiendo en este aspecto la orientación de los sistemas venezolano y colombiano.

2. Por vía incidental, de las disposiciones legales o reglamentarias, cuando un funcionario público que imparta justicia, de oficio o por advertencia de una de las partes en un proceso público concreto, someta la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia.

Se trata de un control de constitucionalidad incidenter tantum, que no sólo puede incitar un tribunal o autoridad judicial, sino cualquier funcionario de la Administración actuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales. En cuanto a los primeros, el método sigue la orientación general del derecho comparado, con la advertencia de que no sólo se refiere a las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias; y

3. A requerimiento, del Presidente de la República, cuando objetare un proyecto de Ley por inconstitucional (inexequible) y la Asamblea Nacional por mayoría de los 2/3 de los Legisladores que la componen, insistiere en la adopción del proyecto. En este sentido, el sistema da origen a un control previo de constitucionalidad de las leyes, cuando el veto presidencial se funda en razones de inconstitucionalidad. En este aspecto, el sistema recoge la orientación de los sistemas venezolano y colombiano.

Por otra parte, de acuerdo con los artículos 23 y 54 de la Constitución y con los artículos 2611 y 2616 del Código Judicial,[2] las acciones de habeas corpus de la libertad personal y de amparo constitucional de los derechos y garantías consagrados en la Constitución se pueden interponer en general ante los tribunales judiciales (incluyendo la Corte Suprema de Justicia). Las decisiones judiciales dictadas en protección de los derechos y garantías constitucionales, sin duda, también se integran dentro del sistema de justicia constitucional. Sin embargo, en el caso de Panamá, si para la decisión de la acción de habeas corpus o amparo el juez respectivo que conozca de la acción

---

http://www.asamblea.gob.pa/debate/Ediciones_anteriores/Ponencias/DESAFIOS_JUST_CONST_PANAME%C3%91A.pdf;

2 Ley 23 de 01-06-2001, *Gaceta Oficial* No. 24.384 de 10-09-2001

debe declarar la inconstitucionalidad de una ley u otro acto normativo, esa decisión no la puede adoptar y debe proceder a someter la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, el carácter "difuso" de la competencia judicial ara las decisiones en materia de habeas corpus o amparo, no cambia el sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad.

Por ello, el sistema de control de constitucionalidad de Panamá, como se dijo, es uno de los más concentrados y amplios que se conocen en el derecho comparado, siguiendo la orientación de los sistemas también exclusivamente concentrados de Uruguay, Honduras y Paraguay, en el sentido de que no se lo combina con el sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes. En Panamá, si bien el control difuso se estableció en el los Códigos Judicial y Civil de 1916 y 1917[3] en el marco de la Constitución de 1904, el mismo fue eliminado totalmente a partir de la reforma constitucional de 1941.

Este sistema panameño de control de la constitucionalidad, exclusivamente concentrado, se desarrolla en el Código Judicial al establecer en su artículo 2545, lo siguiente:

> "Art. 2545.- Al pleno de la Corte Suprema de Justicia le corresponderá privativamente conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:
>
> 1. De la inexequibilidad de los proyectos de ley que el Ejecutivo haya objetado como inconstitucional por razones de fondo o de forma.
>
> 2. De las consultas que de oficio o por advertencia de parte interesada, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución, eleve ante ella cualquier autoridad o funcionario que, al impartir justicia en un caso concreto, estime que la disposición o disposiciones aplicables pueden ser inconstitucionales por razones de fondo o de forma; y
>
> 3. De la inconstitucionalidad de todas las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad impugnados por razones de fondo o de forma."

3 Véase Rigoberto González Montenegro, "La justicia constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, pp. 276 ss.

2. El sistema panameño de control de la constitucionalidad no es de carácter mixto

Ahora bien, a pesar de que algunos autores han calificado el sistema panameño de control de la constitucionalidad como un sistema mixto[4], en realidad, el mismo no tiene dicho carácter, pues dentro de sus componentes no hay, técnicamente, ningún elemento de control difuso de la constitucionalidad de las leyes que permita a cualquier juez, incluso al llamado a decidir una acción de habeas corpus o amparo, desaplicar una ley o acto normativo en la decisión del caso concreto por razones de inconstitucionalidad. El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, en efecto, es aquél en el cual se combina el método concentrado con el método difuso de control de constitucionalidad, como ha sido el modelo tradicional que desde el siglo XIX se ha aplicado en Venezuela y Colombia,[5] y que también funciona en Guatemala, Perú, Brasil, El Salvador y más recientemente en México.

En efecto, en Venezuela, en la Constitución de 1858 se previó la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción popular de inconstitucionalidad de los actos de las Legislaturas Provinciales al atribuírsele en el artículo 113,8 competencia para:

> "Declarar la nulidad de los Actos Legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución".

Esta atribución de la Corte Suprema se amplió a partir de la Constitución de 1893, respecto de las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110,8). En la Constitución de 1999, la competencia de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de control concentrado de la constitucionalidad, con poderes anulatorios, se extiende a leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución; a las Constituciones y leyes estadales, a las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella; a los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución; y a los actos en ejecución directa

---

4. Véase Arturo Hoyos, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Nº 75, UNAM México 1992, págs. 788 y 789; Arturo Hoyos, "La justicia constitucional en Panamá: estructura y evolución reciente", en *Contribuciones (Estado de Derecho),* Fundación Konrad Adenauer, Nº 2, Buenos Aires, 1994, p. 184; Arturo Hoyos, *La interpretación constitucional.,* Edit. Temis, Bogotá, p. 8

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público Nº 39; y Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae Nº 5, Bogotá 1995.

e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta (art. 336).[6]

Este control concentrado de la constitucionalidad se estableció, en paralelo, con el control difuso, desarrollado durante el siglo XIX por la previsión expresa de la garantía objetiva de la Constitución (nulidad de los actos inconstitucionales) a partir de 1811[7], el cual encontró consagración legal expresa a partir del Código de Procedimiento Civil de 1897, en la cual se estableció:

> "Art. 10. Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia."

La Constitución de Venezuela de 1999 recogió este principio del control difuso y dispuso en su artículo 334:

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

En el caso de Colombia, la competencia de la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad se estableció por primera vez en la Constitución de 1886, respecto de los actos legislativos, en forma limitada y preventiva cuando hubiesen sido objetados por el Gobierno (arts. 88, 90 y 151, ord. 4º), y sólo fue mediante el Acto Legislativo Nº 3 de 31-10-1910 (reformatorio de la Constitución Nacional), que el sistema de justicia constitucional adquirió plena consagración, de carácter mixto, al establecerse en los artículos 40 y 41, la acción popular de inconstitucionalidad, en paralelo con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la forma siguiente:

> "Art. 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.
>
> Art. 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:
>
> Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre

---

6 Veáse Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales),* Editorial Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2007

7. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid, 1987, pp. 25 y ss.

todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación."

De lo anterior resulta que, en realidad, Colombia no fue el primer país que creó la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes[8], la cual tiene su antecedente en la Constitución venezolana de 1858.

En todo caso, estas competencias se recogieron en la Constitución de 1991 en la cual además de ratificarse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, se consolidó el control concentrado al atribuirse la potestad de declarar la nulidad de las mismas una Corte Constitucional.

Este sistema de justicia constitucional que existe en Venezuela y Colombia, aún en la actualidad, es un sistema mixto, que combina el control concentrado con el control difuso, y que además, está concebido en paralelo con la consagración de garantías judiciales para la protección de los derechos constitucionales a través de la acción de amparo o de tutela, cuyo conocimiento corresponde como en Panamá, a todos los tribunales, generalmente de primera instancia.

Los autores panameños que han calificado el sistema de control de constitucionalidad como sistema mixto, lo han hecho al señalar que el sistema concentrado de justicia constitucional, coexiste con la consagración de las acciones de habeas corpus y amparo, cuyo conocimiento corresponde a todos los tribunales ordinarios[9]. En realidad, la existencia de garantías judiciales de los derechos constitucionales mediante las acciones de habeas corpus, amparo (tutela o protección), habeas data o los medios judiciales ordinarios (writs, référés, procedimientos de urgencia)[10], es un signo de nuestro tiempo, por lo que todos los países con régimen de Estado de Derecho las consagran.

En general, la competencia para conocer y decidir las acciones de amparo o habeas corpus corresponde a los tribunales ordinarios, siendo excepcional su conocimiento exclusivo atribuido a Tribunales Constitucionales (es el sistema europeo de Alemania, Austria, España) o a la Corte Suprema de Justicia (es el caso excepcionalísimo, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y de El Salvador). Lo normal y común, se insiste, sobre todo en los países anglosajones, en Francia e Italia y en América Latina es la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de estas acciones de protección de los derechos constitucionales. En todo caso, al decidirlas,

8. Como lo afirmó Cesar A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fabrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño,* Panamá, 1987, p. 826.

9. A. Hoyos, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *loc. cit.,* p. 790.

10. Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa),* Caracas 1994.

por supuesto, los jueces resuelven como jueces constitucionales cuestiones de inconstitucionalidad, pero limitadamente en relación a la protección de los derechos constitucionales.

El sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en cambio, es mucho más amplio, no sólo cuando se les plantea una cuestión de constitucionalidad en relación a la protección de derechos constitucionales, sino básicamente, cuando en un caso judicial ordinario que no tiene por objeto una cuestión constitucional, los jueces actúan como jueces constitucionales en todo caso en el cual deban aplicar una ley, que juzguen inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución.

Por ello, en realidad, el sistema de control de constitucionalidad de Panamá es un sistema exclusiva y privativamente concentrado, donde no existe control difuso de la constitucionalidad de las leyes y donde además, como es natural, se prevén garantías judiciales (habeas corpus y amparo) de los derechos constitucionales cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios.

3. Aproximación general al sistema concentrado de control de constitucionalidad

Como se deduce de las disposiciones constitucionales y legales antes transcritas, el sistema de panameño de control de constitucionalidad es un sistema exclusivo y privativo de control concentrado, de una amplitud tal, que lo distingue de todos los sistemas que muestra el derecho comparado[11].

En efecto, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, generalmente de ciertos actos estatales, es decir, este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de determinados actos estatales, particularmente de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar. Como se ha señalado, en el caso de Panamá, el control no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el derecho comparado.

Ahora bien, el órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Panamá; o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En

11. Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado),* Caracas 1994.

ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al "modelo europeo" de Tribunales constitucionales especiales[12,] no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general, son las Cortes Supremas de Justicia las que lo ejercen; y en el caso de que se haya atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, estos están integrados al Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador, Bolivia y Chile) con la sola excepción del caso del Perú, cuya Constitución de 1993 creó el Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial.

En realidad, el sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional. Ésta es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia) o un Tribunal especializado en materia constitucional, dentro del Poder Judicial; sea que se trate de un órgano constitucional especial, creado fuera de la organización judicial, aun cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción.

Ahora bien, en el caso de Panamá, tratándose de un sistema de control concentrado de la constitucionalidad, exclusivamente concentrado en la Corte Suprema de Justicia, a continuación analizaremos los aspectos más relevantes de dicho sistema, encuadrándolo adecuadamente en el derecho comparado.

II. LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION Y EL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. La lógica de los sistemas de justicia constitucional

Desde un punto de vista lógico y racional, puede afirmarse que el poder conferido a un órgano estatal que ejerce una actividad jurisdiccional para que actúe como juez constitucional, es una consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución. Así, en todo sistema de justicia constitucional, siendo la Constitución la Ley suprema del país, es evidente que en caso de conflicto entre un acto estatal y la Constitución, ésta última debe prevalecer.

Sin embargo, las Constituciones no siempre confieren poderes a todos los tribunales para que actúen como jueces constitucionales. Cuando así lo hacen

12 M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World,* Indianapolis, 1971, pp. 46,50,53.

se trata de un sistema de control difuso de la constitucionalidad, como el que existe en casi toda América Latina concebido sea en forma exclusiva (Argentina, por ejemplo) o en forma mixta, mezclado con un sistema concentrado (Guatemala, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, El Salvador, Brasil, México), establecido bajo la inferencia norteamericana; y como el que existió en Panamá, hasta 1941.

Al contrario del sistema difuso, en muchos casos, las Constituciones reservan este poder a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que respecta a algunos actos del Estado, los cuales solamente pueden ser anulados por dicho órgano cuando contradicen la Constitución. En algunos casos excepcionales, como sucede en Panamá, el poder de la Corte Suprema para actuar como juez constitucional se refiere a absolutamente todos los actos estatales.

2. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad de ciertos actos estatales

En efecto, de manera general puede señalarse que la lógica del sistema concentrado, así como del sistema difuso, reside en el principio de la supremacía de la Constitución y del deber de los tribunales de decidir la ley aplicable a cada caso en particular; ello, sin embargo, con una limitación precisa en el sistema concentrado: el poder de decidir la inconstitucionalidad, generalmente de los actos legislativos y otros actos del Estado del mismo rango, se reserva a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional.

Debe decirse, sin embargo, que en casi todos los países en los cuales existe un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, este sólo se refiere a las Leyes y actos de similar rango, por lo que todos los otros tribunales continúan teniendo plenos poderes para decidir sobre la constitucionalidad de las normas aplicables en cada caso concreto, salvo las de las leyes u actos dictados en ejecución inmediata de la Constitución.[13] Por ejemplo, en materia contencioso administrativa en Venezuela, los tribunales de la jurisdicción tienen plena competencia para declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos administrativos por razones de inconstitucionalidad o por ilegalidad. En el caso de Panamá, sin embargo, el sistema de control concentrado de la constitucionalidad atribuido a la Corte

13 Cf. M. García Pelayo, "El 'Status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1, Madrid, 1981, p. 19; E. García de Enterría*, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 65. En particular en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, los tribunales dotados de funciones de justicia administrativa siempre tienen el poder para actuar como juez constitucional de los actos administrativos. Ver C. Frank, L*es fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel,* París, 1974.

Suprema de Justicia es total, pues se refiere a todos los actos estatales, con lo cual ningún otro Tribunal de la República puede hacer pronunciamientos sobre constitucionalidad de los actos estatales. Ello además se confirma con la atribución que hace el artículo 206,2 de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, de la competencia en materia de:

> "La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal."

En cambio, por ejemplo, en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad europeos atribuidos a Tribunales Constitucionales, el poder de éstos para declarar la nulidad de actos estatales por inconstitucionalidad sólo se extiende a las leyes (o proyectos de Leyes), incluyendo las leyes aprobatorias de Tratados, y demás actos de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución, como los actos de gobierno y los interna corporis de las Cámaras Legislativas (es el caso, en general, con diferencias entre uno u otro país, de Alemania, Austria, Italia, España y Portugal). La misma orientación, en general, la tienen los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes en América Latina, sea atribuido a Tribunales Constitucionales (Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile) o a las Cortes Supremas de Justicia (El Salvador, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay, México). En general, y con diferencias entre cada país, el poder anulatorio de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, como juez constitucional sólo se refiere a las leyes o proyectos de leyes y a los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, como los Decretos Leyes, los actos de gobierno y los actos parlamentarios sin forma de Ley; adicionalmente, en algunos países, a los reglamentos.

De resto, los otros actos estatales incluyendo los actos administrativos, no están sometidos a control concentrado de la constitucionalidad ante la Jurisdicción Constitucional, y desde el punto de vista de su conformación al texto constitucional están sometidos al control de los jueces respectivos, por ejemplo, los jueces contencioso-administrativos que conocen de la contrariedad al derecho (ilegalidad o inconstitucionalidad) de los actos administrativos, incluyendo los Reglamentos.

En general debe recordarse que conforme a las orientaciones de Kelsen[14] los actos del Estado sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser considerados como actos subordinados a la Constitución de manera inmediata; por lo tanto, el control de la constitucionalidad aparece como la consecuencia de la expresión jerárquica del ordenamiento legal[15.] Por ello, el control de la constitucionalidad de los actos ejecutivos, normalmente subordinados a las leyes, generalmente se confiere en Europa, a la jurisdicción administrativa y no a las Cortes Constitucionales.[16] Sin embargo, en particular, según Kelsen, sólo debían quedar excluidos de la jurisdicción constitucional los actos del Estado con efectos particulares (administrativos o judiciales)[17]; lo que implica que por ejemplo en Austria, las normas ejecutivas o los actos administrativos con efectos generales también estén sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

3. La amplitud del sistema exclusiva y privativamente concentrado de Panamá respecto de todos los actos estatales

En contraste con esa orientación general, el sistema de Panamá es totalmente concentrado, al atribuir en su artículo 206,1 a la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, competencia exclusiva para conocer y decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, y además, de todos "los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos" estatales; o como lo precisan los artículos 2554,3, 2559 y 2561 del Código Judicial, de "las leyes, decretos de gabinete, decretos-leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad". Esta enunciación del artículo 206,1 de la Constitución, precisada por los mencionados artículos del Código Judicial, conduce a un objeto amplísimo para el ejercicio del poder de control

14 Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger,* París, 1928.

15 Cf. H. Kelsen, *loc. cit*., pp. 228-231.

16 "No obstante, a pesar de estas directrices, el control jurisdiccional de los actos ejecutivos se confiere también, en Austria, al Tribunal Constitucional. Al respecto, Kelsen afirmaba: Tal vez estos reglamentos no sean ...actos inmediatamente subordinados a la Constitución; su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y, de manera mediata solamente, en su inconstitucionalidad. A pesar de ello, si nos proponemos aplicarles también la competencia de la jurisdicción constitucional, no es tanto por considerar la relatividad ...de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta, sino en razón de la frontera natural entre actos jurídicos generales y actos jurídicos particulares". Idem, p. 230.

17 Idem, p. 232.

concentrado por parte de la Corte Suprema de Justicia, que abarca, como lo destacó César A. Quintero, el control sobre:

> "La constitucionalidad de leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales y actos políticos dictados por el Órgano Legislativo; de decretos-leyes y decretos de gabinete, así como de resoluciones, órdenes y otros actos administrativos dictados por el Órgano Legislativo o cualquier autoridad administrativa nacional, provincial o municipal; de sentencias u otras decisiones definitivas dictadas por cualquier tribunal judicial o especial".[18]

Sin duda, la redacción del texto constitucional le da una amplitud única al sistema panameño, permitiendo el control de constitucionalidad, exclusivo y excluyente, de todos los actos estatales, es decir, los provenientes de cualquier autoridad, nacional, provincial o municipal, sea legislativa, ejecutiva o judicial. Por ello, estimamos que las excepciones a este control exclusivo y privativo sólo podrían tener fundamento constitucional, como por ejemplo, la previsión del artículo 207 de la Constitución que establece que "no se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas". En el mismo sentido, se destaca la exclusión que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema para conocer de la inconstitucionalidad de reformas constitucionales, las cuales, al tener rango constitucional no podrían ser inconstitucionales. Ello no excluye, sin embargo, que pudiera plantearse recurso de inconstitucionalidad por razones de forma, concernientes al procedimiento de reforma constitucional.[19]

Pero adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha excluido del control de constitucionalidad otros actos estatales: las leyes o normas que no estén vigentes, es decir, las leyes derogadas; los contratos civiles celebrados por el Estado y los Tratados Internacionales. En relación al primer caso, entendemos que ello es consecuencia del carácter constitutivo, con efectos ex nunc, de las sentencias de inconstitucionalidad, pues si los efectos fueran ex tunc procedería la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas derogadas. Sin embargo, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia "excepcionalmente" ha admitido ejercer el control de la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias derogadas, en virtud del principio de la ultra actividad o vigencia residual que pudieran tener dichos preceptos conforme al cual, la norma derogada puede ser aplicada para regular ciertos efectos de eventos que se produjeron cuando estaba vigente[20]. Se destaca, sin embargo, que estas sentencias se han dictado con motivo del ejercicio del control de

18. César A. Quintero, *loc. cit.,* p. 829.

19. César A. Quintero, *loc. cit.,* p. 830.

20. Véase sentencia de 26-3-93, en la cual se citan sentencias anteriores de 8-6-92 y 26-2-93.

constitucionalidad incidental, planteado como advertencia en casos concretos, y no con motivo del ejercicio de una acción popular.

En cuanto a los últimos dos supuestos, coincidimos con los comentarios de Jorge Fábrega P. y César A. Quintero en el sentido de que la exclusión no está justificada en el marco del sistema constitucional panameño[21]. Por lo demás, las leyes aprobatorias de Tratados son en general objeto de control de constitucionalidad en los países con sistema concentrado de control, como por ejemplo sucede en Austria, Alemania y España; y en América latina en Colombia y Venezuela[22].

III. EL CARACTER EXPRESO DEL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTIA DE LA CONSTITUCION

1. La creación pretoriana del sistema difuso y el carácter expressis verbis del sistema concentrado

Un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual se basa en el principio de la supremacía de la Constitución, no puede desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, como en cambio sucedió en el caso del sistema difuso de control de la constitucionalidad, por ejemplo, en los Estados Unidos y en Argentina. Al contrario, debe ser expresamente establecido en la Constitución, como sucede en Panamá. Por tanto, las funciones de justicia constitucional relativas a ciertos o a todos los actos del Estado, reservadas a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional, requieren texto expreso.

Por consiguiente, dadas las limitaciones que ello implica tanto al deber como al poder de todos los jueces de determinar, en cada caso, la ley aplicable, un sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad sólo se puede implantar en la medida en que está previsto, *expressis verbis,* por normas constitucionales. En esta forma, la Constitución, como Ley suprema de un país, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes, en lo referente a ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, sea la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad solamente puede ser un sistema de control establecido y

---

21. Cfr. Jorge Fábrega P., "Derecho Constitucional Procesal Panameño" en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Panama 1987, pp. 902-903; César A. Quintero, *loc. cit.,* pp. 830-831.

22. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado....,* cit., pp. 51, 75, 119, 163.

regido expresamente por la Constitución. Los órganos del Estado a los cuales la Constitución reserva el poder de actuar como jueces constitucionales respecto de algunos o todos actos del Estado, tienen el carácter de jueces constitucionales, es decir, de órganos del Estado creados y regidos expresamente por la Constitución, trátese de la Corte Suprema de Justicia existente o de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado para tal fin.

2. El caso panameño: del control difuso al control concentrado de la constitucionalidad

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad se estableció en Panamá, en la Constitución de 1941, mediante una previsión expresa de la Constitución (artículo 188) inspirada, sin duda, en el artículo 149 de la Constitución colombiana cuyo texto resultó de la reforma constitucional establecida mediante el Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 41).

Con anterioridad, la Constitución de 1904 no contenía previsión alguna sobre atribución de la Corte Suprema en materia de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales. La Constitución de 1904 establecía, en cambio, normas expresas derivadas del principio de la supremacía constitucional, como la contenida en el artículo 48 que prohibía "a la Asamblea Nacional dictar leyes que disminuyan, restrinjan o adulteren cualquiera de los derechos individuales consignados" en la Constitución.

Sin duda, con fundamento en el principio de la supremacía constitucional, se desarrolló el control difuso de la constitucionalidad, sin texto constitucional expreso, para lo cual, además, los jueces encontraron apoyo legal en dos normas fundamentales del Código Civil y del Código Judicial de la época.

En efecto, el artículo 12 del Código Civil, establecía y aún establece:

> "Art. 12.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla."

Por su parte el artículo 4 del Código Judicial disponía:

> Art. 4.- Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del Poder Ejecutivo que sea contrarios a la Constitución."

Estas normas, por supuesto, formalizaban el sistema de control difuso de la constitucionalidad que se desarrolló en Panamá, conforme al modelo desarrollado en materialmente toda América Latina, con algunas excepciones como en Uruguay y Paraguay. Este sistema, fue duramente criticado por

algunos autores como Eusebio A. Morales y José D. Moscote[23], resumiéndose esas críticas por Carlos Pedreschi según el cual, el sistema "estaba cargado de inconvenientes y deficiencias" pues dejaba en manos de cualquier funcionario judicial la trascendental función de interpretar los preceptos constitucionales y creaba, a la vez "cierta amargura... al legitimar tantas interpretaciones de la Constitución como jueces existieran en la República[24].

En realidad, esta crítica, necesariamente debe vincularse a la realidad del momento del Poder Judicial en Panamá, pero no puede erigirse en apreciación general y objetiva, pues ello sería la negación del sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que es el más difundido en el mundo. En todo caso, las propuestas formuladas por Morales y Moscote, cristalizaron en la reforma constitucional de 1941, cuyo artículo 188, en parte, se inspiró, en parte, en el texto constitucional colombiano conforme a la reforma de 1910, ya señalada. Decimos que en parte, se inspiró en parte de dicho texto, por lo siguiente: En primer lugar, porque la Constitución de Colombia, conforme a la reforma de 1910, establecía un sistema mixto de control de la constitucionalidad, a la vez difuso y concentrado. La reforma panameña de 1941, sólo tomó en cuenta el sistema concentrado que atribuía a la Corte Suprema la guarda de la Constitución, desechando el sistema de control difuso de la constitucionalidad que también preveía la Constitución colombiana. En segundo lugar, la inspiración en el texto colombiano fue en parte, pues en éste no se estableció el sistema de control concentrado incidental que se incorporó a la Constitución panameña; y además, el texto colombiano sólo prevería la acción popular de inconstitucionalidad contra "todas las leyes" y contra ciertos decretos ejecutivos, particularmente los dictados en ejercicio de facultades extraordinarias que le confiriera el Congreso; en cambio, la Constitución de Panamá la previó respecto de "todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones".

En esta forma, el sistema panameño de control de la constitucionalidad pasó de ser un sistema de control difuso a ser un sistema concentrado de control, amplio, exclusivo y excluyente, precisamente por previsión expresa de la Constitución. El sistema establecido es único por lo que, en realidad, no siguió "el modelo de la Constitución colombiana de 1910", como lo ha señalado César A. Quintero[25] salvo, en parte de la fraseología relativa a la

23. Véase Eusebio A. Morales "Leyes Inconstitucionales", en *Ensayos, Documentos y Discursos,* Panamá 1928, Tomo I, p. 221; y José D. Moscote, *Introducción al Estudio de la Constitución,* Panamá 1929, p. 116. Citados por César A. Quintero, *loc. cit*., p. 818 y 819 y Jorge Fábrega P., *loc. cit.,* pp. 897 a 899.

24. Carlos B. Pedreschi, El control de la constitucionalidad en Panamá, Madrid, 1965, pp. 155; cit. por César A. Quintero, *loc. cit.,* p. 818.

25. *loc. cit.* p. 825.

atribución a la Corte Suprema "la guarda de la integridad de la Constitución", y al incorporar la institución de la "acción popular".

3. Otros sistemas de control concentrado y exclusivo de constitucionalidad atribuido a las Cortes Supremas de Justicia en América Latina: Uruguay, Honduras, Paraguay

Desde el punto de vista del derecho comparado latinoamericano, en realidad, se puede encontrar alguna similitud con la estructura general del sistema panameño de control de la constitucionalidad, en los sistemas de Uruguay, Paraguay y Honduras,[26] con la advertencia, en todo caso, de que, en general, en estos países no es tan amplio, pues sólo se refiere a las leyes o actos estatales de similar rango; de que en esos países no existe la acción popular y de que los efectos de la decisión de la Corte Suprema en materia de inconstitucionalidad, en el caso de Uruguay y Paraguay son más bien inter partes. En Honduras, en cambio, los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de normas legales son erga omnes.

En efecto, en el sistema uruguayo, la Constitución cuya última reforma es de 1989, atribuye a la Corte Suprema de Justicia la jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales (arts. 256 y 257). De acuerdo con la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicación al caso concreto, puede ser solicitada ante la Corte por todos aquellos que estimen que sus intereses personales y legítimos han sido lesionados por la misma (art. 258). En consecuencia, en contraste con la acción popular de Panamá, en Uruguay, la acción de inconstitucionalidad está sometida a una condición general de legitimación, similar a la que existe en materia de control contencioso administrativo.

La cuestión constitucional también puede ser sometida a la Corte Suprema de manera incidental mediante remisión del asunto por un tribunal inferior, sea que éste actúe de oficio, sea como consecuencia de una excepción presentada por cualquier parte en el proceso concreto (art. 258). En este caso, el juez debe enviar a la Corte un resumen de la cuestión, pudiendo seguir el procedimiento hasta el nivel de decisión. Una vez que la Corte Suprema haya decidido, el tribunal tiene que tomar su propia decisión, de conformidad con lo que la Corte Suprema decida (arts. 258 y 259).

En Uruguay, al contrario que en Panamá, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren, exclusivamente, al caso concreto, teniendo, por tanto, efectos sólo en los procedimientos en los que fueron adoptados (art. 259). Obviamente, esta solución es clara con

26. Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado*..., pp. 41 y ss.

respecto a las vías incidentales de control de la constitucionalidad, pero no lo es en los casos en que el asunto constitucional se plantea como una acción directa. En este caso, la Ley Nº 13747 de 1969, referente al procedimiento en materia de justicia constitucional, señala que la decisión puede impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales con respecto al que entabló la acción y que obtuvo la decisión, y autoriza a utilizarla como excepción en todos los procedimientos judiciales, incluyendo el control contencioso administrativo.

De manera similar al modelo uruguayo, en Paraguay, la Constitución de 1992 ha mantenido el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, atribuido exclusivamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Esta, por tanto, de acuerdo con el artículo 260, tiene competencia para decidir las acciones o excepciones que se le planteen con el fin de declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de disposiciones contrarias al texto fundamental, en la siguiente forma:

> 1. Conocer y resolver la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso; y
>
> 2. Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

De acuerdo con la misma norma, el procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

En este último caso, el procedimiento relativo al caso concreto debe continuar hasta el nivel de decisión. De todas formas, como se dijo, en ambos casos la decisión de la Corte Suprema sólo tiene efectos con respecto al caso concreto y al peticionante.

En Honduras, a pesar de la existencia de normas constitucionales expresas,[27] también se ha establecido un sistema de control de la constitucionalidad de carácter concentrado, atribuido a la Sala Constitucional

27 Véase 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), No. 4, 2005, Editorial Porrúa, México, pp. 57-77

del la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el artículo 184 de la Constitución de 1982, con redacción similar a la Constitución de Uruguay, establece lo siguiente:

> "Art. 184.- Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido.
>
> A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas."

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Constitucional, tiene la potestad exclusiva de actuar como juez de la constitucionalidad. Su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, puede ser solicitada por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, a través de las siguientes vías (art. 185 de la Constitución):

1. Por vía de acción que se entabla directamente ante la Corte Suprema de Justicia.

2. Por vía incidental, sea como excepción que puede oponerse en cualquier procedimiento judicial; sea a instancia del Juez o Tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, quien puede solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución. En este caso de la vía incidental, las actuaciones se deben elevar a la Corte Suprema de Justicia, y el procedimiento debe seguirse hasta el momento de la citación para sentencia, momento a partir del cual se debe suspender en espera de la resolución sobre la inconstitucionalidad.

Debe señalarse además, que de acuerdo con el artículo 183,2 de la Constitución de Honduras, también procede el amparo contra leyes, que se intenta ante la Corte Suprema de Justicia, para que se declare en casos concretos que la ley no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergisversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución.

4. La compatibilidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos

Como resulta de lo anterior, puede señalarse que al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, sin duda, es compatible con todos los sistemas jurídicos, es decir, no es propio de los sistemas de derecho civil ni tampoco incompatible con la tradición del common law. En realidad, se trata de un sistema que debe establecerse en una Constitución escrita, y

poco importa que el sistema jurídico del país sea de derecho civil o de common law, aun cuando es más frecuente en países de derecho civil[28].

Por ello, la expresión de que "la práctica del common law siempre ha sido incompatible con la noción de tribunal constitucional especial según el modelo continental"[29] en materia de control de la constitucionalidad, debe entenderse como una referencia al modelo europeo de Corte, Consejo o Tribunal Constitucional especial, y no, a un sistema "en el que la jurisdicción está determinada y limitada a ciertas cuestiones"[30]. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad no puede reducirse a los sistemas constitucionales en los cuales existe una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional. Por esta razón, como hemos dicho, consideramos que es erróneo para estudiar el sistema, el enfoque que consiste en identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el "modelo europeo" de Cortes, Consejos o Tribunales constitucionales especiales.

De hecho, aun cuando el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes se conozca también como el sistema "austríaco"[31] o "modelo europeo"[32] debido a la existencia de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, encargado por la Constitución de actuar como juez constitucional fuera del Poder Judicial, debe recalcarse el hecho de que la característica fundamental del sistema no es la existencia de una Corte, una Consejo o un Tribunal Constitucional especial, sino más bien, la atribución exclusiva a un solo órgano constitucional del Estado del poder de actuar como juez constitucional en lo que respecta algunos actos del Estado,

28. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge 1989, pp. 186 y ss.

29 E. Mc Whinney, "Constitutional Review in the Commonwealth", en E. Mosler (ed.), Max-Plank-Institut für Ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Verfassungs gerichtsbarkeit in der Gegenwart, *Internationales Kolloquium*, Heidelberg, 1961, Köln - Berlín, 1962, p. 80.

30 Idem, p. 80.

31 M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World, Indianapolis*, 1971, p. 50; J. Carpizo et H. Fix Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho comparado,* 52, 1985, p. 36.

32 L. Favoreu, "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale", *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* 1985 (5), París, p. 1149. Publicado también en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents,* París, 1986, pp. 17-68.

trátese de la Corte Suprema de Justicia existente en el país o de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado.

La adopción del sistema es una elección constitucional, tomada en función de las circunstancias concretas de cada país, pero no necesariamente implica la creación de Tribunales Constitucionales especiales con el fin de garantizar la justicia constitucional, ni la organización de tales Tribunales fuera del Poder Judicial.

En Europa, por ejemplo, la multiplicación de los Tribunales Constitucionales encargados de ejercer el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, debe considerarse como una consecuencia práctica de una tradición constitucional particular, vinculada al principio de la supremacía de la Ley, a la separación de los poderes y a la desconfianza hacia los jueces en lo que respecta al control de los actos estatales y particularmente de los administrativos[33]. Sin embargo, esto no puede llevar a considerar que el "modelo" del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes esté limitado a la creación de órganos constitucionales fuera del Poder Judicial, para que actúen como jueces constitucionales. Antes del "descubrimiento" europeo de la justicia constitucional a través de la creación de Cortes o Tribunales constitucionales especiales después de la Primera Guerra mundial, otros países con tradición de derecho civil habían implantado, a partir de mitades del siglo pasado, sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, atribuyendo a sus Cortes Supremas una jurisdicción exclusiva y original, con el fin de anular leyes y otros actos del Estado con efectos similares, cuando éstos contradicen la Constitución. Este es el caso de los sistemas constitucionales latinoamericanos, incluso si, con alguna frecuencia, han combinado el sistema concentrado con el sistema difuso de control de la constitucionalidad.

IV. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE FUNDAMENTA EL CONTROL CONCENTRADO

Como se ha señalado anteriormente, la esencia del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, es la noción de supremacía de la Constitución, de manera que si la Constitución es la Ley suprema de un país y, por lo tanto, prevalece ante todas las demás leyes, entonces un acto del Estado que contradiga la Constitución no puede constituir una norma efectiva; al contrario, debe considerarse nulo. Ahora bien, el principal elemento que aclara la diferencia entre los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad (difuso y concentrado) no es una posible concepción distinta de la Constitución y de su supremacía, sino más bien el tipo de

33 Cf. M. Cappelletti, *op. cit*., p. 54; M. Cappelletti y J.C. Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation", *Harvard Law Review,* Vol. 79, (6), 1966, p. 1211.

garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía.

Como lo indicó Hans Kelsen en 1928, estas "garantías objetivas" son la nulidad o la anulabilidad del acto inconstitucional. Por nulidad se entiende, como lo explicó Kelsen, que el acto inconstitucional del Estado no puede considerarse objetivamente como un acto jurídico; en consecuencia, no se requiere, en principio, de ningún otro acto jurídico para quitarle al primero su calidad usurpada de acto jurídico. En este caso, teóricamente, cualquier órgano, cualquier autoridad pública o cualquier individuo tendría el derecho de examinar la regularidad de los actos considerados nulos, con el fin de decidir su irregularidad y juzgarlos no conformes y no obligatorios. En cambio, si otro acto jurídico fuera necesario para establecer la nulidad del acto inconstitucional, la garantía constitucional no sería la nulidad sino la anulabilidad.[34]

Ahora bien, en principio, la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado es la garantía de la Constitución que conduce al sistema difuso de control de la constitucionalidad, aun cuando la ley positiva restrinja el poder que podría tener cualquier persona para juzgar como nulos los actos inconstitucionales[35] y atribuya este poder de manera exclusiva a los tribunales, como se puede observar en forma generalizada, dado la necesidad de confiabilidad y seguridad jurídicas.

Por otra parte, la otra garantía de la Constitución, a saber la anulabilidad de los actos inconstitucionales del Estado es precisamente la que conduce, en principio, al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes. Este es el caso del sistema panameño.

1. Características generales del sistema concentrado de control de constitucionalidad como garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales

En efecto, el aspecto fundamental que muestra la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, es el principio de anulabilidad de los actos del Estado, cuando contradicen la Constitución.

Contrariamente a la nulidad de los actos del Estado, la anulabilidad de dichos actos, cuando se considera como una garantía objetiva de la Constitución, significa que el acto del Estado, aun irregular o inconstitucional, una vez producido por una institución pública, debe considerarse como un acto del Estado y, como tal, válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue o revoque, o hasta que se decida su anulación por otro órgano del Estado, con los poderes constitucionales correspondientes.

34 H. Kelsen, *loc. cit*., 1928, París, p. 214.

35 Idem, p. 215.

Este es precisamente el caso de los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, en los cuales la Constitución confiere el poder para anular, generalmente algunos actos del Estado, cuando se juzgan inconstitucionales, a un solo órgano constitucional, sea éste la Corte Suprema existente o un órgano creado especial y separadamente dentro o fuera del Poder Judicial, con funciones jurisdiccionales, que le permiten actuar como juez constitucional.

Sin embargo, debe señalarse que, en general en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, la anulabilidad de los actos del Estado no constituye la única garantía de la Constitución, puesto que siempre va acompañada de la nulidad. En cierta manera, se configura como una restricción a la regla de la nulidad que deriva de la violación de la Constitución.

En efecto, se ha afirmado que en lo que respecta a la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado, en el sistema difuso de control de la constitucionalidad, la ley positiva, con miras a evitar la anarquía jurídica, limita el poder teórico general de las autoridades públicas y los individuos para considerar como inexistente e inválido un acto inconstitucional del Estado, reservando dicho poder a los jueces. Esto significa que, de hecho, el acto inconstitucional del Estado sólo puede ser examinado por los tribunales, los cuales son los únicos en tener el poder para considerarlo nulo; lo que significa que, hasta ese momento, el acto irregular debe considerarse efectivo y obligatorio para las autoridades públicas y los individuos. Por ello, en el sistema difuso de control de la constitucionalidad, una vez que un tribunal ha apreciado y declarado la inconstitucionalidad del acto estatal en relación a un juicio particular, el acto se considera nulo con relación a dicho juicio.

En todo caso, esta misma situación también se presenta en los sistemas constitucionales dotados de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, con relación a todos los actos del Estado distintos de aquellos que sólo pueden ser anulados por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema. En efecto, como se ha señalado, en lo que respecta a los actos del Estado de rango inferior en la jerarquía de las normas, por ejemplo, los actos administrativos normativos, todos los jueces, en un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, tienen normalmente el poder de considerarlos nulos cuando son inconstitucionales, con relación al juicio particular en el cual fueron cuestionados. En estos casos, la garantía de la Constitución es la nulidad del acto inconstitucional del Estado, aun cuando solamente los tribunales estén habilitados para examinarlo.

En consecuencia, la particularidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad reside en el hecho de que la ley positiva establece un límite adicional a los efectos de la inconstitucionalidad de los actos, a saber que respecto de algunos de éstos, el poder para declarar su inconstitucionalidad y su invalidez, y por lo tanto, para considerarlos sin

efectos, ha sido reservado exclusivamente a un solo órgano constitucional: la Corte Suprema existente o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial. En estos casos, y con relación a tales actos, tratándose normalmente de actos legislativos y otros actos del Estado de rango o efectos similares en el sentido en que están inmediatamente subordinados a la Constitución, la garantía de la Constitución ha sido reducida a la anulabilidad del acto del Estado considerado inconstitucional.

En conclusión, en los sistemas constitucionales que poseen un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, el deber de todos los jueces y tribunales consiste en examinar la constitucionalidad de los actos del Estado. Sin embargo, cuando el acto cuestionado es una ley u otro acto inmediatamente subordinado o de ejecución directa de la Constitución, los tribunales ordinarios no pueden juzgar su inconstitucionalidad, puesto que dicho poder está reservado a un Tribunal Constitucional especial o a la Corte Suprema de un país determinado, el cual puede anular el acto. En este caso, la garantía de la Constitución es la anulabilidad y entonces el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general.

Salvo esta excepción jurisdiccional particular, la cual es propia del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, todos los demás tribunales o jueces pueden, en un juicio concreto, decidir la inaplicabilidad de los actos normativos del Estado no contemplados por esta excepción, considerándolos nulos cuando los juzguen viciados de inconstitucionalidad. En estos casos, la garantía de la Constitución es, sin lugar a dudas, la nulidad.

En el sistema de control concentrado de Panamá, como se ha señalado, el mismo es sumamente amplio, en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia tiene el monopolio total para anular todos los actos estatales por inconstitucionalidad. En este caso, por tanto, la excepción mencionada se ha convertido en regla absoluta, pues ningún otro tribunal puede declarar la nulidad de ningún acto estatal por inconstitucionalidad.

2. El poder de un órgano constitucional para anular algunos o todos los actos inconstitucionales del Estado

El otro aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad es que el poder para declarar la nulidad de las leyes está conferido a un órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, sea la Corte Suprema existente en un país determinado, sea una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado. Por consiguiente, el sistema concentrado posee, en general una particularidad doble: en primer lugar, el poder para anular ciertos actos inconstitucionales está conferido a un solo órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, y, en segundo lugar, de acuerdo con la excepción mencionada, el poder de dichos órganos constitucionales para juzgar la inconstitucionalidad y declarar la nulidad de actos del Estado, no concierne todos los actos del Estado, sino un número

limitado de ellos, normalmente las leyes y otros actos del Congreso o del Gobierno, inmediatamente subordinados a la Constitución o dictados en ejecución directa de ésta y únicamente sometidos a sus regulaciones. Como se dijo, este, sin embargo, no es el caso de Panamá, donde la Corte Suprema de Justicia es el sólo órgano con poder para anular, por inconstitucionalidad, todos los actos estatales.

3. El rechazo de considerar el modelo europeo de justicia constitucional como "el modelo" del control concentrado de la constitucionalidad

Se ha señalado anteriormente que el sistema concentrado de control de la constitucionalidad no implica necesariamente el otorgamiento del poder para anular leyes a una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado, tal como sucede en Europa, sino que dicho poder puede ser conferido a la Corte Suprema existente en el país, como es el caso en muchos países de América Latina, mucho antes de que Europa continental implantase el modelo de los Tribunales Constitucionales en 1920.

En efecto, como ya lo hemos señalado, desde mediados del siglo pasado, muchos países latinoamericanos han adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, confiriendo a la Corte Suprema del país el poder para decidir la nulidad de las leyes. Debe insistirse en los casos de Colombia y Venezuela, que poseen desde hace más de un siglo, un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, en paralelo con el sistema difuso, en el cual la Corte Suprema ha tenido el monopolio de la anulación de las leyes. En Colombia, en 1991, este poder ha sido transferido a una Corte Constitucional.

Debe insistirse que al contrario del sistema panameño, por lo general, los sistemas de control de la constitucionalidad que se han desarrollado en América Latina, se han ido orientando progresivamente hacia sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en los cuales coexisten el sistema difuso y el sistema concentrado. Este es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Brasil, Perú, Costa Rica, El Salvador, México y Guatemala. No obstante, como hemos señalado, algunos sistemas de América Latina, como el de Panamá, Uruguay, Bolivia, Honduras y Paraguay permanecieron concentrados, donde la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Constitucional que tiene una jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Debe destacarse, sin embargo, que la modalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad basado en la creación de un órgano constitucional especial, una Corte, un Consejo o un Tribunal para actuar como juez constitucional dotado del poder original y exclusivo para anular las leyes y otros actos de rango y efectos similares, ha marcado, por su carácter novedoso, la evolución de la justicia constitucional en las últimas décadas, desde la creación de las primeras Cortes Constitucionales en Austria y

Checoslovaquia en 1920. El sistema fue adoptado más tarde en Alemania y en Italia después de la Segunda Guerra Mundial, y hace unas décadas en España y Portugal. También había sido adoptado, antes de 1990, en algunos países ex socialistas (Yugoslavia, Checoslovaquia y Polonia) y se desarrolló bajo una forma particular en Francia. Bajo la influencia del modelo europeo pero de una manera incompleta, el sistema también se implantó en Guatemala, en la década de los sesenta, y en Chile hacia principios de los años 70, con la creación de un Tribunal Constitucional, y luego apareció en Ecuador y Perú donde fueron creados Tribunales de Garantías Constitucionales. En Perú, en 1993 dicho Tribunal fue sustituido por un Tribunal Constitucional. En 1991, la nueva Constitución colombiana, como se dijo, creó una Corte Constitucional, al igual que sucedió en Bolivia en 1994.

A pesar del desarrollo del constitucionalismo desde principios del siglo pasado, principalmente gracias a las experiencias norteamericanas, debe admitirse que Europa continental se había quedado atrás de las concepciones constitucionales, por lo que el sistema de justicia constitucional sólo fue adoptado en Europa después de la Primera Guerra Mundial. Dicha adopción se hizo en dos etapas. La primera terminó con la Constitución de Weimar (1919) mediante la cual Alemania instituyó un Tribunal dotado de una jurisdicción para decidir los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado y, particularmente, entre los distintos poderes territoriales, distribuidos verticalmente como consecuencia de la organización federal del Estado. La segunda fue el sistema austríaco, creación personal del Profesor Hans Kelsen, quien concibió un sistema que fue recogido inicialmente en la Constitución austríaca de 1920, y luego perfeccionado por la reforma constitucional de 1929.

4. Las influencias de Kelsen en la concepción del modelo europeo

En todo caso, puede considerarse que la introducción de un sistema de justicia constitucional en Europa fue el resultado de la influencia de las teorías de Hans Kelsen, quien diseñó la norma constitucional como fuente de validez para todas las normas del ordenamiento jurídico con un corolario fundamental: la necesidad de un órgano del Estado encargado de garantizar la Constitución, es decir, de resolver los conflictos entre las normas reglamentarias y aquellas de jerarquía superior en las que se basan las primeras (las legales), y entre todas ellas, y en última instancia, con la Constitución.[36]

Kelsen concibió la justicia constitucional como un aspecto particular de un concepto más general de garantía de la conformidad de una norma inferior con una norma superior de la cual la primera deriva y en base a la cual ha sido determinado su contenido. Así, la justicia constitucional es una garantía de la

36 H. Kelsen, *loc. cit.,* pp. 201, 223.

Constitución que se desprende de la "pirámide jurídica" del ordenamiento legal donde se encuentran determinadas tanto la unidad como la jerarquía de las diferentes normas.

Debe recordarse que, fuera de Austria y bajo la influencia de Kelsen, Checoslovaquia fue el primer país europeo en adoptar el sistema de control de la constitucionalidad, en su Constitución del 29 de febrero de 1920[37]. Los fundamentos de la adopción del sistema concentrado de control de la constitucionalidad en Checoslovaquia provinieron de una norma constitucional, la cual estableció de manera explícita la supremacía de la Constitución con respecto al resto del ordenamiento legal, consagrando que "Todas las leyes contrarias a la Constitución o a una de sus partes así como a las leyes que la modifican y la completan se consideran nulas" (art. I,1); prohibiendo expresamente a los tribunales ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes[38.] Además, la Constitución estableció la obligación para todos los tribunales de consultar el Tribunal Constitucional en casos de aplicación de una ley considerada como inconstitucional. Todos estos elementos llevaron a la concentración de la jurisdicción constitucional para juzgar la constitucionalidad de las leyes en un órgano especial, el Tribunal Constitucional, el cual existió hasta 1938.[39]

La concepción de Kelsen acerca del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, contrariamente a la del sistema difuso en el cual todos los jueces tienen el poder para abstenerse de aplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución, tendía a conferir a un órgano especial el poder exclusivo para declarar la inconstitucionalidad de una ley y para anularla. Este órgano es un Tribunal Constitucional al cual deben recurrir todos los tribunales cuando deben aplicar una ley cuya constitucionalidad sea dudosa. En tal sistema, por lo tanto, los tribunales ordinarios no tienen el poder para abstenerse de aplicar leyes inconstitucionales.

Dentro de su concepción teórica original, este sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes no había sido concebido por

---

37 Artículo I.1. Ver en P. Cruz Villalón, "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, Madrid, 1982, p. 119.

38 El artículo 102 establece que "Los tribunales pueden verificar la validez de los reglamentos ejecutivos, cuando examinan una cuestión legal específica; en lo que se refiere a las leyes, sólo pueden verificar si han sido correctamente publicadas", ver en P. Cruz Villalón, l*oc. cit.,* p. 135.

39 También debe observarse que en el régimen constitucional rumano existió un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, en el Artículo 103 de la Carta Fundamental del 29 de marzo de 1923. Sin embargo, este control sólo se confiaba a la Corte de Casación y fue eliminado por la República Popular, bajo la influencia soviética, en la Ley Fundamental de 1948.

Kelsen como el ejercicio de una función jurisdiccional, sino más bien como un "sistema de legislación negativa"[40]. En este caso, se consideraba que la Corte Constitucional no decidía específicamente la constitucionalidad de las leyes; tal función estaba reservada al tribunal a quo que hubiera planteado la cuestión de la constitucionalidad por ante la Corte Constitucional. Normalmente, la competencia de esta última estaba limitada a la cuestión puramente abstracta de la compatibilidad lógica que debía existir entre la ley y la Constitución. Desde este punto de vista puramente teórico, puesto que no había ninguna aplicación concreta de la ley en un caso específico, se consideraba que no se trataba del ejercicio de una actividad jurisdiccional que implicara una decisión concreta. Esto llevó a Kelsen a sostener que, cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, la decisión, por tener efectos erga omnes, era una "acción legislativa" y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía "fuerza de ley". Es también la razón por la cual la ley debía ser considerada válida hasta la adopción de la decisión de anularla, por la cual los jueces estaban obligados a aplicarla.[41]

Tal concepción fue desarrollada por Kelsen para responder a las objeciones eventuales que podían formularse al control jurisdiccional de la acción legislativa, dado el concepto de supremacía del Parlamento, hondamente arraigado en el derecho constitucional europeo. En esta forma, prohibiendo a los jueces ordinarios abstenerse de aplicar las leyes, y confiriendo a una Corte Constitucional el poder para declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos erga omnes, el Poder Judicial quedaba subordinado a las leyes sancionadas por el Parlamento y, al mismo tiempo, se mantenía la supremacía de la Constitución con respecto al Parlamento. La Corte Constitucional, así, más que una competidora del Parlamento, se concebía como su complemento natural. Sus funciones se limitaban a juzgar la validez de una ley empleando la pura lógica racional, sin tener que decidir conflictos en casos específicos, y a actuar como un "legislador negativo", aun cuando no espontáneamente, sino a instancia de las partes interesadas. Según Kelsen, el Poder Legislativo se dividió así en dos partes: la primera, ejercida por el Parlamento con la iniciativa política, el "legislador positivo"; y la segunda, ejercida por el Tribunal Constitucional, el "legislador negativo", con el poder para anular las leyes que violasen la Constitución.[42]

---

40 H. Kelsen, *loc. cit*. pp. 224, 226. Ver los comentarios de E. García de Enterría, op. *cit.,* pp. 57, 132.

41 H. Kelsen, *loc. cit.,* pp. 224,225.

42 Ver los comentarios relativos al pensamiento de Kelsen en E. García de Enterría, *op. cit*., pp. 57, 58, 59, 131, 132, 133.

De acuerdo con esta concepción, por supuesto, era necesario que la Corte Constitucional fuese un órgano separado de los poderes tradicionales del Estado y no formara parte de las autoridades judiciales.[43]

Hoy día, si bien se ha aceptado el carácter jurisdiccional (no legislativo) de la actividad de estas Cortes Constitucionales especiales rechazando su llamado carácter de "legislador negativo"[44], la idea de conferir funciones jurisdiccionales a un órgano constitucional especialmente creado (Corte, Consejo o Tribunal Constitucional) generalmente ubicado fuera de la organización judicial, prevaleció en Europa continental y abrió camino al "modelo europeo" de control de la constitucionalidad. Este, en cierta manera, se desarrolló como consecuencia de un compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, la cual niega el poder a los jueces para juzgar la invalidez de las leyes inconstitucionales.[45]

En todo caso, es evidentemente erróneo identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el "modelo europeo", ya que un sistema en el cual la jurisdicción exclusiva y original para anular las leyes y otros actos del Estado se confiere a la Corte Suprema de Justicia existente en un país dado y ubicada en la cúspide de la organización judicial, como es el caso de Panamá, también debe ser considerado como un sistema concentrado de control de la constitucionalidad. Por esta razón, el otro aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad es el otorgamiento, a un órgano constitucional particular, sea la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado, del papel de juez constitucional con el fin de anular leyes con efectos erga omnes.

En el caso de Panamá, como hemos señalado, el carácter concentrado del sistema es sumamente amplio, pues al contrario de la generalidad de los países que han adoptado el sistema de control concentrado, la Corte Suprema de Justicia panameña no sólo tiene el poder exclusivo de anular las leyes y demás actos estatales de similar valor o rango, sino materialmente todos los actos estatales. En esa forma, la garantía que la Constitución ha adoptado respecto de su propia supremacía, es la de anulabilidad, con caractér general y absoluto; y no la de la nulidad.

---

43 H. Kelsen, *loc. cit.,* p. 223.

44 M. Cappelletti y J.C. Adams, l*oc. cit.,* pp. 1218, 1219.

45 M. Cappelletti, *op. cit*., p. 67.

V. EL CARACTER PREVIO O POSTERIOR DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad puede tener un carácter previo o posterior, o ambos. Tal sistema de control funciona en Austria, Italia y España donde se crearon constitucionalmente Cortes, Tribunales o Consejos constitucionales encargados de ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Con funciones similares se crearon Tribunales constitucionales en Alemania y Portugal, pero integrados al Poder Judicial.

Estas Cortes Constitucionales ejercen su poder jurisdiccional de control bien sea antes de que la ley entre en vigencia, es decir antes de su promulgación, o una vez en vigencia. Por ello se distingue el control a priori del control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes.

En general, puede decirse que los sistemas concentrados de control jurisdiccional que conforman al modelo europeo se caracterizan por la utilización de varios medios de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes vigentes, es decir, una vez promulgadas y después de que se hayan iniciado sus efectos normativos jurídicos. Sólo excepcionalmente algunos sistemas concentrados europeos prevén un medio de control preventivo sobre algunos actos del Estado, como por ejemplo en Francia, en relación a las leyes; en Italia, con respecto a las leyes regionales, y en España, en cuanto a las leyes orgánicas y los tratados internacionales.

En todo caso, el fundamento de la existencia de un sistema de control jurisdiccional a posteriori reside en la superación del dogma de la soberanía del Parlamento y de la ley, así como en la flexibilización del principio de separación de los poderes. El control jurisdiccional implica la existencia de una Constitución escrita y rígida, dotada de un carácter normativo directamente aplicable a los individuos; de manera que sus límites se imponen a todos los órganos constitucionales, incluyendo al legislador cuyas actividades deben estar en conformidad con su texto y, por lo tanto, sujetas a un control jurisdiccional.

De lo anterior se deduce que en general, puede decirse que lo característico del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, sin duda, es el control posterior, que permite anular actos estatales efectivos inconstitucionales. Sin embargo, algunos sistemas de control concentrado sólo preveían un control previo de la constitucionalidad de las leyes, es decir, respecto de proyectos de ley, o de leyes sancionadas, antes de su promulgación, como sucedió en Francia hasta 2009 y en Chile hasta 2005, por ejemplo.

1. El abandono de los sistemas de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, como único método de control concentrado: Francia y Chile

En efecto, en el derecho comparado, como sistemas de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes en tanto que único método de control concentrado, se destacaban los sistemas de Francia y Chile, donde la situación cambió a partir de 2008 y 2005, respectivamente.

En cuanto al sistema preventivo francés de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, el mismo fue definitivamente implantado por la Constitución del 5 de octubre de 1958, la cual creó el Consejo Constitucional (arts. 56 a 63) como órgano constitucional encargado de establecer la conformidad de las leyes a la Constitución "antes de su promulgación" (art. 61). Tal innovación institucional fue producto de una reacción en contra de por lo menos dos de los fundamentos del sistema constitucional francés tradicional, a saber, el absolutismo de la ley y el rechazo de cualquier injerencia judicial con respecto a los demás poderes del Estado, en especial al Parlamento.

En efecto, uno de los principales dogmas políticos derivados de la Revolución Francesa fue la profunda desconfianza del legislador revolucionario para con los jueces, a quienes les negó cualquier posibilidad de controlar los demás poderes del Estado. Esta posición antijudicial tuvo su razón política de ser en el papel desempeñado por los *Parlements* prerevolucionarios, los cuales como Altas Cortes, examinaban las leyes y los decretos que se les sometían con el fin de garantizar que no contenían nada contradictorio con "las leyes fundamentales del Reino", lo que confería a dichos *Parlements* un poder político conservador considerable[46]. Este poder lo ejercieron particularmente en la víspera de la Revolución.

Esta desconfianza hacia el Poder Judicial llevó a una interpretación revolucionaria extrema del principio de separación de los poderes: todos los jueces se vieron impedidos no sólo del derecho de controlar los actos legislativos y administrativos, lo que explica porqué, al inicio, la Corte de Casación era un órgano legislativo; sino del poder de interpretar las leyes, el cual había sido reservado al Legislador, quien lo ejercía por decreto promulgado a instancia de los jueces, mediante el denominado *référé législatif*, lo que se producía en caso de dudas respecto a la interpretación del texto de una ley[47]. Por consiguiente, los jueces sólo eran, como decía Montesquieu "la boca de la ley", es decir, la boca que pronunciaba las

46. M. Cappelletti, *op. cit*, pp. 33-35; F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980, pp. 5-6.

47. Idem.

palabras de la ley, y por lo tanto, seres totalmente pasivos, incapaces de apreciar la fuerza o el rigor de la ley.[48]

En todo caso, como se ha señalado, la Constitución de 1958, al crear el Consejo Constitucional y sin rechazar totalmente el dogma de la supremacía de la ley ni la prohibición para los tribunales y los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes, permitió el ejercicio de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación (Art. 61).En esta forma, en Francia, hasta 2008, el Consejo Constitucional había ejercido el control de constitucionalidad sólo bajo dos tipos de control preventivo de la constitucionalidad: sobre las leyes no promulgadas y sobre la repartición de las competencias normativas del Estado entre la ley y los reglamentos. En ambos casos, el Consejo Constitucional, aun cuando no tenía el poder para controlar la constitucionalidad de las leyes vigentes, sin embargo desempeñó un papel muy significativo en lo que respecta al desarrollo del principio de la constitucionalidad.[49]

El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes no promulgadas es ejercido por el Consejo Constitucional de dos maneras: en forma obligatoria, en cuanto a los reglamentos parlamentarios y las leyes orgánicas, y en forma facultativa, en cuanto a las leyes ordinarias y los tratados internacionales.

En cuanto a las leyes ordinarias estas pueden ser sometidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas. La reforma constitucional de 1974 también legitimó para formular la solicitud a 60 diputados y senadores, quienes pueden someter al Consejo Constitucional la cuestión de la constitucionalidad de las leyes ordinarias (art. 61), dando así a las minorías la posibilidad de cuestionar las decisiones adoptadas por la mayoría.

Este control facultativo de la constitucionalidad también se puede ejercer respecto de los tratados internacionales, a instancia del Presidente de la República, del Primer Ministro o del Presidente de cualquiera de las Asambleas. En este caso, el Consejo Constitucional debe decidir si un tratado internacional contiene cláusulas contrarias a la Constitución, por lo que la autorización necesaria para su firma o aprobación sólo puede otorgarse previa una reforma constitucional (art. 54).

En todos los casos en los cuales se recurre al Consejo Constitucional con miras al control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios, leyes ordinarias o tratados internacionales, antes de su

48 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Book XI, Ch. VI, citado por Ch. H. Mc Ilwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy,* Yale, 1910, p. 323.

49 Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review...,* cit., pp. 255 y sig.

promulgación, la interposición de la petición produce efectos suspensivos, los cuales comienzan en el momento en que el Consejo recibe la solicitud, por lo que a partir de ese momento, la promulgación del texto normativo cuestionado queda suspendida (art. 61).

Este sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Francia. exclusivamente preventivo, ha sido reformado sustancialmente mediante la reforma constitucional de 2008, al establecerse en el arículo 26 de la ley de reforma n° 2008-724, una nueva provisión a continuación del artículo 61 de la Constitución (que regula el control a priori), como artículo 61,1, en el cual se prevé que el control a posteriori incidental, disponiéndose que cuando en el curso de una controversia que se desarrolle ante el Consejo de Estado o la Corte de casación, se alegue que una disposición legal infringe los derechos y libertades consagrados en la Constitución, dichos altos tribunales podrán requerir del Consejo Constitucional para que decida la materia, remitiendo la Constitución a una Ley Orgánica para que regule la aplicación de este artículo.[50]

En cuanto al sistema de Chile, debe decirse que si bien el Tribunal Constitucional tenía competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad respecto de los decretos ejecutivos que tuvieran fuerza de ley; en cuanto a las leyes, , hasta 2005 estas sólo podían ser objeto de un control preventivo, antes de su promulgación. En tal sentido, el artículo 82 de la Constitución, atribuía al Tribunal Constitucional competencia para juzgar, antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes orgánicas o las que interpretan preceptos de la Constitución. El Tribunal estába igualmente autorizado, a petición de parte, para ejercer el control preventivo sobre toda cuestión que surja durante la discusión de los proyectos de ley, de los proyectos de reforma de la Constitución y de las leyes aprobatorias de los Tratados Internacionales sometidos a la sanción del Congreso.

En todos estos casos, como en el original modelo francés ahora también superado, el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional podía ser obligatorio o ejercido a petición de parte. En el caso de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpretan una disposición constitucional, el control preventivo realizado por el Tribunal es obligatorio, a cuyo efecto el Presidente de la Cámara debe enviarle los textos dentro de los cinco días siguientes a su sanción. Dicho control preventivo, incluso, no sólo es obligatorio, sino que el Tribunal puede ejercerlo de oficio, no siendo el procedimiento, en estos casos, de carácter contencioso. Si en su decisión, el Tribunal considera inconstitucional una o varias disposiciones del texto impugnado, debe enviarlo nuevamente a la Cámara correspondiente, cuyo

50 Véase Federico Fabbrini, "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional review of legislation", en *German Law Journal,* Vol 09, No, 10, pp. 1297 ss.

Presidente, a su vez lo debe enviar al Presidente de la República a los efectos de su promulgación, con excepción de las disposiciones consideradas inconstitucionales.

En el caso de proyectos de enmienda constitucional o de los tratados internacionales, el ejercicio del control preventivo por el Tribunal Constitucional sólo es posible si antes de la sanción del texto y durante la discusión del proyecto, se le formula una petición por el Presidente de la Républica, por una de las Cámaras del Congreso o por una cuarta parte de sus miembros. Por ello, esta petición no tiene efectos suspensivos sobre el procedimiento legislativo y la acción interpuesta por ante el Tribunal es de carácter contenciosa, razón por la cual, en estos casos, el Tribunal debe notificar a los órganos constitucionales interesados y oir sus argumentos.

En todo caso, la decisión del Tribunal que considere inconstitucionales las disposiciones de un proyecto de ley o de un tratado, impide su promulgación.

Debe decirse, sin embargo que hasta 2005, el control de la constitucionalidad en Chile, podía ser a posteriori únicamente con respecto a las formalidades relativas a la promulgación de las leyes a cargo del Presidente de la República; a cuyo efecto la Constitución otorgaba al Tribunal la competencia para resolver las peticiones que le formulen las Cámaras del Congreso, en casos en que el Presidente de la República no promulgase una ley estando obligado a ello, o cuando promulgase un texto distinto del que haya sido objeto del procedimiento de formación de las leyes (art. 82).

En todo caso, el sistema de exclusivo control concentrado a priori también ha sido reformado en Chile, mediante la reforma constitucional de 2005, en la cual se ha establecido la posibilidad de un control de constitucionalidad a posteriori de carácter incidental. En tal sentido, la reforma al artículo 82,6 de la Constitución, asignó al Tribunal Constitucional competencia para revisar la constitucionalidad y decidir la inaplicabilidad con efectos inter partes, respecto de preceptos legales cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. El requerimiento ante el Tribunal lo puede formular el juez correspondiente de oficio o a solicitud de parte en el proceso. El control concentrado a posteriori de la constitucionalidad también lo ejerce el Tribunal Constitucional Chileno en vía principal, al decidir la acción de inconstitucionalidad de las leyes que se regula como acción pública, con respecto de preceptos legales que hayan sido previamente declaradas inaplicables en casos concretos conforme a lo antes expuesto (artículo 82,7).

La decisión en estos casos de acción pública, que también puede ser hecha de ***oficio*** por el Tribunal Constitucional, tiene efectos erga omnes.[51]

2. La fórmula general del control concentrado a posteriori de la constitucionalidad de las leyes

Habiéndose superado la situación precedente de los sistemas francés y chileno, puede decirse que, en general, los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango y valor de las leyes, son de carácter a posteriori, sea que dicho control lo ejerzan Tribunales Constitucionales como en Europa y algunos países de América Latina, sea que lo ejerzan las Cortes Supremas de Justicia, como sucede en Colombia, Venezuela y Panamá. En estos casos, el control se ejerce en relación a las leyes vigentes, para que sean anuladas si son inconstitucionales, generalmente con carácter erga omnes.

En estos sistemas, además, por lo general el sistema es de carácter mixto, pues se combina el control preventivo con el control a posteriori. En Europa, es el caso de Portugal, donde la Constitución, además del sistema difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, ha instituido paralelamente, un sistema concentrado de control de la constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional, el cual lo ejerce no solamente en relación con las leyes promulgadas y, por lo tanto, a posteriori en relación con su aplicación, sino también a título preventivo, a semejanza del modelo francés.

En cuanto al sistema de control preventivo de la constitucionalidad, este está referido a los tratados y acuerdos internacionales, a las leyes, y los decretos-ley oficiales, en el nivel nacional; y a nivel regional, a los actos del Poder legislativo, y a los de carácter normativo de los Ejecutivos regionales.

La constitucionalidad de las leyes en Portugal también puede ser objeto de un "examen abstracto minucioso" por parte del Tribunal Constitucional, mediante recurso o acción directa.

En efecto, la inconstitucionalidad de una disposición legal puede ser objeto de un recurso que puede ser introducido ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, los Ombudsman, los Procuradores Generales o una decena de miembros de la Asamblea de la República (art. 281,1). Además, las Asambleas Regionales o los Presidentes de los Gobiernos regionales igualmente tienen la posibilidad de ejercer el recurso directo de inconstitucionalidad contra las leyes que puedan haber lesionado los derechos de las regiones autónomas (art. 281,1).

---

51 Véase Humberto Nogueira Alcalá, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur,* Editorial Jurídica Venezolana, caracas 2006.

En América Latina, el sistema mixto también es la regla, existiendo un control preventivo pero sólo mediante objeción formulada por el Presidente de la República, al vetar las leyes por razones de inconstitucionalidad; en paralelo al control concentrado de la constitucionalidad de las leyes promulgadas ejercido por la propia Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Constitucional. Es el caso de Colombia, Venezuela y Panamá.

En Venezuela, en efecto, además de que existe un sistema difuso de control de constitucionalidad, también funciona en paralelo un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes[52] ejercido por la Corte Suprema de Justicia en Sala Constitucional. Se trata en principio de un control de la constitucionalidad a posteriori, ejercido mediante una acción popular, luego de que la ley cuestionada haya entrado en vigor y haya producido efectos. Sin embargo, en el sistema venezolano puede identificarse también un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes con carácter previo (a priori), ejercido por la la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a petición del Presidente de la República antes de la promulgación de las leyes aprobadas por las Cámaras Legislativas, incluso independientemente del procedimiento de veto legislativo. Por consiguiente, el sistema concentrado de justicia constitucional en Venezuela puede ser tanto preventivo como a posteriori. En tal sentido la Constitución de 1999, en su artículo 214, si bien regula el veto presidencial, luego, en párrafo aparte, establece que:

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

Conforme a esta norma, la posibilidad de que el Presidente de la República someta al pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de una ley sancionada que se le haya enviado para su promulgación, no está por tanto ligada al veto presidencial a la ley y su

52. Véase nuestros trabajos: Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad de los actos estatales,* Caracas 1977; "Algunas Consideraciones sobre el control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de los actos estatales en el Derecho Venezolano", *Revista de Administración Pública*, Madrid Nº 76, 1975, pp. 419 a 446; *Estado de Derecho y Control Judicial*, cit., pp. 17 a 207; *Judicial Review...,* op. cit., pp. 279 y sig.

devolución a la Asamblea, sino que en el lapso de diez días que tiene para su promulgación, puede dirigirse directamente al Tribunal Supremo, sin necesidad de devolverla previamente a la Asamblea Nacional.

Por otra parte, en cuanto al sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes de carácter a posteriori se ejerce en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando sea requerida mediante una acción popular, que puede ser intentada por cualquier habitante de la República (art. 336). Se trata del medio más importante para el ejercicio, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes nacionales, de las de los Estados y de las de los Municipios (Ordenanzas), así como de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En sentido similar, en Colombia también se ha establecido, además del control difuso de la constitucionalidad, el control concentrado tanto preventivo como a posteriori mediante acción popular.

En cuanto al control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, como se ha dicho, la Constitución colombiana, a partir de 1886, ha previsto un método de control preventivo de la constitucionalidad en virtud del poder de veto a la legislación, atribuido al Presidente de la República (arts. 167 y 241,8).

En efecto, cuando una ley es objeto de un veto por causa de inconstitucionalidad, si las Cámaras Legislativas insisten en su promulgación, el Presidente de la República debe enviar el proyecto de ley a la Corte Constitucional la cual debe decidir en un lapso de seis días. En caso de que la Corte declare inconstitucional el proyecto de ley, éste debe ser archivado. Si por el contrario, la Corte rechaza las objeciones constitucionales presentadas por el Presidente de la República, éste está obligado a promulgar la ley (art. 167).

En cuanto al control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, como se dijo, en Colombia, la Constitución de 1991 atribuyó a la Corte Constitucional la función de "guardián de la integridad y supremacía de la Constitución"(art. 241), que ejerce, además, mediante el control a posteriori a través de la acción popular. Adicionalmente, la Constitución prevé un control obligatorio por parte de la Corte Constitucional respecto de los decretos que emanen del Presidente de la República como consecuencia de un estado de sitio, declarado por causa de guerra, crisis interna o cuando el orden económico y social del país esté gravemente alterado (arts. 213 y 214). En estos casos, al día siguiente de su promulgación, el Presidente de la República debe remitir esos decretos a la Corte Constitucional, a la cual corresponde decidir "definitivamente sobre su constitucionalidad" (art. 121).

En Panamá, como se ha dicho, se establece un sistema similar al de Colombia y Venezuela en cuanto al control concentrado a priori y a posteriori.

En cuanto al primero, de acuerdo al artículo 171 de la Constitución, cuando el Ejecutivo "objetare un proyecto por inexequible" y la Asamblea Nacional, por la mayoría de los dos tercios de los Diputados que la componen, insistiere en su adopción, el Presidente lo pasará a la Corte Suprema de Justicia "para que decida sobre su inconstitucionalidad." El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional, obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.[53]

En tal sentido, el Código Judicial establece en su artículo 2555, lo siguiente:

> Art. 2555. Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto de ley por considerarlo inexequible y la Asamblea Legislativa, por mayoría de las dos terceras partes, insistiere en su adopción, el Órgano Ejecutivo dispondrá de un término de seis días hábiles para enviar el proyecto con las respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá definitivamente sobre la exequibilidad del mismo.

De acuerdo con el artículo 2556, también procede el control previo de la constitucionalidad (exequibilidad) respecto de las reformas constitucionales, sólo cuando el Órgano Ejecutivo la objetare por considerar que no se ajusta a lo establecido por la Constitución.

Adicionalmente, como se dijo, en Panamá existe un sistema amplio de control de la constitucionalidad, a posteriori, de todos los actos estatales, tanto de carácter principal como de carácter incidental.

VI. EL CARACTER PRINCIPAL E INCIDENTAL DEL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. La situación general en el derecho comparado

Contrariamente al sistema difuso de control de la constitucionalidad, el cual siempre tiene un carácter incidental, el sistema concentrado puede tener bien sea un carácter principal o un carácter incidental, en la medida en que las cuestiones constitucionales relativas a las leyes lleguen a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional en virtud de una acción directa intentada ante la misma, o cuando un tribunal inferior donde se planteó, a instancia de parte o de oficio, la cuestión constitucional, remite el asunto a la Corte. En Panamá,

53 Véase en general Rigoberto González Montenegro y Francisco Rodríguez Robles, "La objeción de inexequibilidad constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp 125 ss.

como se dijo, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad es a la vez principal e incidental, como lo es en Uruguay, Honduras y Paraguay.

En consecuencia, otro aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, en el cual el poder para anularlas se confiere a la Corte Suprema o a una Corte especial, es que la cuestión constitucional puede alcanzar la Corte de manera directa o principal mediante una acción contra la ley o el acto estatal concreto o de manera incidental cuando la cuestión constitucional se plantea en un tribunal inferior con motivo de un juicio particular y concreto. En este caso, el juez debe remitir su decisión a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para luego poder adoptar la resolución final del caso, en conformidad con la decisión tomada por la Corte. En ambos casos, el control de la constitucionalidad es de tipo concentrado, porque un solo órgano está autorizado para juzgar la constitucionalidad de la ley. En el caso de Panamá, como hemos dicho, sin embargo, el método incidental de control de la constitucionalidad no sólo se refiere a disposiciones legales sino también, reglamentarias.

Ahora bien, este carácter esencial del control concentrado no siempre implica que la cuestión constitucional deba plantearse sólo de una manera principal o de una manera incidental. Podría ser cualquiera de las s y también ambas paralelamente, como es el caso de Panamá, todo según las normas de la ley positiva.

En esta forma, no existe, en el derecho comparado, ningún motivo para identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad con el carácter principal o abstracto del método de revisión de la cuestión constitucional. Si bien ello era cierto en el sistema original austríaco implantado en 1920, ya no lo es en el derecho constitucional contemporáneo[54], en el cual el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede derivar de ambos métodos: principal e incidental.

En el sistema principal, la cuestión constitucional relativa a una ley u otro acto estatal es "la cuestión principal" y única del juicio iniciado mediante acción directa que puede ser interpuesta por ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, tanto por los ciudadanos mediante una actio popularis o regida por reglas de legitimación particulares, o por funcionarios o autoridades públicas específicas. En el método incidental, la cuestión constitucional puede ser planteada ante un tribunal ordinario como una cuestión incidental en el juicio o de oficio por el tribunal. Este tribunal es, entonces, el único que puede remitir la cuestión constitucional ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, en cuyo caso se debe suspender la

54 Cf. M. Cappelletti, *op. cit.,* pp. 69, 72.

decisión del caso concreto hasta que la cuestión constitucional haya sido resuelta por la Corte Suprema o la Corte Constitucional[55].

2. El control concentrado principal de la constitucionalidad y la acción popular

En el derecho comparado, sin duda, el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad por vía principal, mediante una acción popular es absolutamente excepcional. Lo normal es que se limite el ejercicio de la acción directa a determinados funcionarios u órganos del Estado (Presidente del Gobierno, Ministerio Público, miembros del Parlamento), como sucede en Europa, para acceder a los Tribunales Constitucionales, o se exija una legitimación activa determinada en caso de que se permita el ejercicio de la acción a los particulares, como sucede en Uruguay, Honduras y Paraguay.

En Panamá, como se ha señalado, desde 1941 y, sin duda, en este punto, por influencia del sistema colombiano, se estableció la acción popular como medio procesal para acceder a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Igual sistema existe en Venezuela. La diferencia, en todo caso, entre el sistema panameño y el de Venezuela y Colombia, radica en el objeto del control, que es más amplio en Panamá, donde no sólo las leyes y demás actos estatales de rango o valor similar pueden ser impugnados por inconstitucionalidad mediante la acción popular, sino todos los actos estatales.

Debe señalarse, en todo caso, que además de los casos de Colombia, Venezuela y Panamá, también puede identificarse una acción popular de inconstitucionalidad, en El Salvador y Nicaragua.

En efecto, el artículo 96 de la Constitución de 1950 de El Salvador, cuyo texto recoge el artículo 183 de la Constitución de 1992, establece la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, como "único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano". Por su parte, el artículo 187 de la Constitución de Nicaragua establece "el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución política, el cual podrá ser instaurado por cualquier ciudadano".

Se observa, en todo caso, que una pequeña diferencia podría identificarse en cuanto a la legitimación amplia de la acción popular: en Panamá se otorga a cualquier persona, al igual que en Venezuela; en cambio en El Salvador y

55. Cf. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, cit., pp. 186 y ss.

Nicaragua, se confiere a los ciudadanos, es decir, a quienes gozan de derechos políticos en los respectivos países[56].

En otros países, si bien la legitimación para ejercer la acción de inconstitucionalidad está sometida a algunas restricciones, en definitiva podría identificarse una acción popular de inconstitucionalidad, tal es el caso de Guatemala, cuya Constitución de 1985, reguló los poderes de control de la constitucionalidad ejercidos por la Corte Constitucional, cuando se ejerce un recurso de inconstitucionalidad, concebido como una acción directa (art. 272,a), que puede ser interpuesta contra "las leyes y disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad"(arts. 267 y 272,a). Conforme a la Ley de Amparo, Exhibición personal y de constitucionalidad de 1986, tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, el Ministerio Público, el Procurador de Derechos Humanos y "cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos"(art. 134). Este último convierte el recurso, materialmente, en una acción popular de inconstitucionalidad, como la que existe en Colombia, Panamá, Venezuela, El Salvador y Nicaragua.

A. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela

En efecto, en Venezuela desde 1858, la principal característica de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de sus poderes de control concentrado de la constitucionalidad, es que puede ser requerida por cualquier persona natural o jurídica, que goce de sus derechos[57]. Por consiguiente, el sistema concentrado de justicia constitucional en Venezuela siempre está concebido como un proceso de carácter principal que se desarrolla ante la Corte Suprema, cuando se introduce una acción popular. Dicha acción popular, tal como lo señaló la misma Corte en 1971, está abierta "a cualquiera del pueblo (de ahí su denominación)", siendo su objetivo "la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien, por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferenciado legítimo". Por consiguiente, en Venezuela, la acción popular

56. Cfr. Luis López Guerra, "Protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Constitucional en Centro América y Panamá", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucional México-Centroamérica, *Justicia Constitucional Comparada,* UNAM, México 1993, p. 86.

57 Véase sentencia de la Corte Federal del 22/2/60, *Gaceta Forense* Nº 27, 1960, pp. 107 et 108; así como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 3/10/63, *Gaceta Forense* Nº 42, 1963, pp. 19 y 20, la del 6/2/64 *Gaceta Oficial* Nº 27.373, 21/2/64, la del 30/5/63, *Gaceta Forense* Nº 52, 1968, p. 109, y la del 25/9/73 *Gaceta Oficial* Nº 1643 Extra, 21/3/74, p. 15.

está consagrada "para impugnar la validez de un acto del Poder Público, que por tener un carácter normativo y general, obra erga omnes, y por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual".[58]

En cuanto a la acción popular, cabe señalar que su "popularidad", tradicionalmente muy amplia, fue de algún modo limitada desde 1976, por la ya derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual exigió un interés simple "particularizado" para poder introducirla. En efecto, el artículo 112 de dicha Ley exigía que el acto impugnado debía lesionar, de algún modo, "los derechos e intereses" del recurrente. Por lo tanto, la amplia popularidad de la acción de inconstitucionalidad puede considerarse que fue objeto de una especie de restricción legal, sin que por ello hubiera perdido su carácter de "acción popular". En efecto, una restricción de este tipo podría considerarse razonable ya que en realidad sólo afectaría la legitimación necesaria en casos extremos. Por ejemplo, si se impugna una Ley de una Asamblea Legislativa de uno de los Estados de la Federación, sería lógico que se considere necesario que el recurrente, por ejemplo, al menos, resida en ese Estado, que tenga bienes en su territorio o que sus derechos e intereses puedan, de algún modo, resultar lesionados por dicha ley.[59]

De todos modos, la misma Corte Suprema de Justicia aclaró las dudas con respecto a la posible restricción de la popularidad de la acción[60], y consideró que la exigencia del artículo 112 de la derogada Ley Orgánica en el sentido de que la ley impugnada debe lesionar "los derechos e intereses" del recurrente, no significaba que la acción popular hubiera sido eliminada, ni que se había establecido una exigencia especial de legitimación activa para requerir de la Corte Suprema el ejercicio del control de la constitucionalidad. Según la Corte, el objeto de la acción popular es "la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía", y si bien es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema requiere que los derechos e intereses del recurrente hayan sido afectados, dicha expresión no debe interpretarse de manera "rigurosamente restrictiva"[61]. Basándose en todo lo anterior, la Corte Suprema llegó a la conclusión de que cuando una persona ejerce la acción

58 Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 18/2/71, *Gaceta Oficial* Nº 1472 Extra, 11/6/71, p. 6; ver también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 6/2/64, *Gaceta Oficial* Nº 27373, 21/2/64.

59 Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad...,* op. cit.. p. 122.

60 Véase L.H. Farías Mata, "¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?", *Revista de Derecho Público,* Nº 11, EJV, Caracas 1982, pp. 5/18.

61 Sentencia de la Corte en Sala Plena del 30/6/82, ver en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, EJV, Caracas 1982, p. 138.

popular de inconstitucionalidad en virtud de los términos del artículo 112 de su Ley,

> "debe presumirse, al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario".[62]

En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, dictada en sustitución de la Ley de 1976, se conservó la misma disposición, con la previsión de la acción popular y sobre la legitimación activa de la acción popular.

Conforme a la Constitución de 1999, el control de la constitucionalidad de los actos del Estado a través de la acción popular está reservado a los actos de rango legal o normativo, es decir, a los actos de ejecución inmediata a la Constitución, y a los reglamentos. A nivel nacional, los actos del Estado de rango legal son las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos del gobierno; y a nivel de los Estados miembros de la Federación y de los Municipios, las leyes de las Asambleas Legislativas de los Estados miembros y las Ordenanzas dictadas por los Concejos Municipales[63]. En consecuencia en el nivel nacional, todos los actos estatales de rango legal o dictados en en ejecución directa e inmediata de la Constitución son impugnables ante la Jurisdicción Constitucional.[64]

Sin embargo, de todos los actos sometidos al control de la constitucionalidad, es evidente que las leyes son las más importantes, en virtud de su alcance general. En este sentido, la Constitución prevé expresamente la competencia del Tribunal Supremo para declarar la nulidad total o parcial de

---

62 En esta forma, la Corte reservó este recurso de inconstitucionalidad a los actos que tienen efectos erga omnes y que interesan a cualquiera. Véase al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 14/3/60, *Gaceta Oficial* Nº 26.222, 1/4/60. pp. 154/225.

63 Las ordenanzas municipales tienen el carácter de leyes locales. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen Municipal en Venezuela*, Caracas 1984, p. 162.

64 La Corte Suprema de Justicia enunció claramente este criterio en los términos siguientes: "El examen de una acción de inconstitucionalidad supone la confrontación entre el acto que se considera viciado y las normas de la Constitución presuntamente infringidas por éste. Si tales normas condicionan el acto, es decir, determinan, por ejemplo, la finalidad de éste, la autoridad competente para realizarlo, o los requisitos intrínsecos o extrínsecos cuyo incumplimiento puede afectar su validez, la acción o recurso dirigido a anularlo por colidir con la Constitución, es de inconstitucionalidad". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 13/2/68, *Gaceta Forense* Nº 59, 1968, p. 83.

las leyes nacionales, de las leyes de los Estados y de las Ordenanzas Municipales que colidan con la Constitución (art. 215, ord. 3º y 4º).

B. La acción popular en Colombia

En Colombia, como se ha dicho, conforme a la Constitución de 1991, todos los ciudadanos pueden interponer por ante la Corte Constitucional una acción popular para requerir la anulación, por inconstitucionalidad, de los siguientes actos estatales: actos de reforma de la Constitución, por vicios de procedimiento; actos de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, por vicios de procedimiento; los referéndum referentes a leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, solamente por vicios de procedimiento en la convocatoria o en su realización; leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos que tengan fuerza de ley dictados por el gobierno, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos legislativos gubernamentales, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados (art. 199).

El carácter popular de la acción de inconstitucionalidad viene dado por el hecho de que ésta puede ser ejercida por todos los ciudadanos, incluso sin tener ningún interés en particular, por lo que el procedimiento que se desarrolla ante la Corte Constitucional es de carácter objetivo. En efecto, esta acción no se intenta contra el Estado o contra uno de sus órganos, sino contra una ley o un acto estatal que tenga fuerza de ley. Esa es la razón por la cual, en principio, un ciudadano cualquiera puede intervenir en el procedimiento, adhiriéndose a la petición del accionante, o como parte interesada en el mantenimiento de la ley impugnada (art. 242,2). Igualmente por este carácter popular, de conformidad con el artículo 242.2 de la Constitución, el Procurador de la República debe intervenir en todo caso de acción de inconstitucionalidad.

El carácter objetivo del procedimiento también resulta del hecho de que la Corte Constitucional, como guardián de la Constitución, puede considerar vicios de naturaleza constitucional diferentes de los que fueron denunciados por el accionante o por los ciudadanos que hayan participado en el procedimiento y por consiguiente, puede declarar la inconstitucionalidad de la ley examinada por motivos diferentes a los expresados en la acción (art. 29, Decreto 432 de 1969).

Los vicios de inconstitucionalidad contenidos en el escrito de la acción, por tanto, no limitan en absoluto los poderes de la Corte que, como guardián de la integridad de la Constitución, está autorizada para examinar de oficio el acto cuestionado y para someterlo a todas las condiciones constitucionales[65]. Por otra parte, el desistimiento de la acción por parte del recurrente no tiene

65 L.C. Sáchica, *El Control de la Constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá 1982, p. 106.

efectos inmediatos, dado el papel atribuido a la Corte, y ésta, por consiguiente, puede continuar efectuando el examen constitucional del acto impugnado.[66]

Finalmente, y como consecuencia del carácter popular de la acción, en principio, ningún plazo de caducidad está previsto para su ejercicio; por tanto, como es inextinguible, el ejercicio de la acción popular puede ser considerado como un derecho político de los ciudadanos. Sin embargo, debe señalarse que la reforma constitucional de 1991 estableció que cuando la acción se basa en vicios formales o de procedimiento de la ley impugnada, la acción está sometida a un lapso de caducidad de un año, contado a partir de la fecha de su publicación (art. 242,3).

C. La acción popular en Panamá

En Panamá, como se ha dicho, conforme al artículo 206.1 de la Constitución, la acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia, "por cualquier persona", por razones de fondo o de forma, contra "leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, y demás actos" estatales. Se consagra así la acción popular, cuyo contorno se precisa en el artículo 2559 del Código Judicial, así:

> Art. 2550. Cualquier persona por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

El mismo Código Judicial regula la forma de ejercicio de la acción, exigiendo que la demanda de inconstitucionalidad debe, necesariamente, contener la transcripción literal de la disposición, norma o acto acusados de inconstitucionales; y la indicación de las disposiciones constitucionales que se estimen infringidas y el concepto de la infracción (art. 2560).

Por otra parte, la demanda debe acompañarse de copia debidamente autenticada de la ley, decreto de gabinete, decreto-ley, orden, acuerdo, resolución o acto que se considere inconstitucional. En todo caso, si se trata de una ley u otro documento publicado en la Gaceta Oficial no hay necesidad de acompañar la copia, bastando citar el número y fecha de la respectiva Gaceta Oficial. Además, cuando el recurrente no haya podido obtener dicha copia, debe exponerlo ante la Corte señalando las causas de la omisión, en cuyo caso la Corte debe ordenar de oficio a la corporación o funcionario respectivo que compulse y envíe las copias correspondientes (art. 2561).

66 A. Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional,* Bogotá, p. 246.

El mismo artículo 2561 del Código precisa que la inobservancia de los requisitos referidos anteriormente producirá la inadmisibilidad de la demanda.

El proceso que se sigue con motivo de la acción popular, en todo caso, es un proceso objetivo en interés de la Constitución, contra la ley o acto impugnado, razón por la cual "en la acción de inconstitucionalidad no cabe desistimiento" (art. 2562).

Una vez admitida la demanda la Corte debe dar traslado, por turno, al Procurador General de la Nación o al Procurador de la Administración, para que emita concepto en un término no mayor de 10 días (art. 2563). En el procedimiento, luego de devuelto el expediente por el Procurador, la Corte debe fijar en lista por 3 días en un periódico de circulación nacional, para que en el término de 10 días contados a partir de la última publicación, el demandante y todas las personas interesadas presenten argumentos por escrito sobre el caso (artículo 2564).

3. El control concentrado incidental de la constitucionalidad

El segundo método de control concentrado de la constitucionalidad, además del método principal por vía de acción, es el método incidental que también existe en Panamá, y que aparte de estar establecido en Uruguay, Honduras, Paraguay y Costa Rica, no es frecuente en América Latina. Ya nos hemos referido al sistema en los tres primeros países. En cuanto a Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que todos los jueces de la República pueden formular a la Sala Constitucional una consulta de constitucionalidad, cuando duden de la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar, o de una acción u omisión que deban juzgar en un caso que les sea sometido (art. 120 LJC).

En estos casos, el juez que formule la consulta debe elaborar una resolución donde debe indicar las normas cuestionadas y las razones de las dudas del tribunal con respecto a su validez o interpretación constitucionales. En estos casos, el procedimiento judicial debe suspenderse hasta que la Sala Constitucional haya evacuado la consulta (art. 104), cuya decisión interpretativa tiene carácter obligatorio y efectos de cosa juzgada (art. 117).

En todo caso, debe señalarse que el método incidental de control concentrado de la constitucionalidad es el más desarrollado en Europa, y quizás la característica más destacada del sistema europeo de control de la constitucionalidad.[67]

67. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado...,* pp. 173 y ss.

A. El método incidental ante algunos Tribunales Constitucionales Europeos

Los Tribunales Constitucionales Europeos en general conocen de las cuestiones constitucionales, incidenten tantum, cuando un juez de las jurisdicciones ordinaria o especial le remite el asunto para su decisión.

En Austria, en efecto, la cuestión constitucional relativa a los actos del Estado puede plantearse ante el Tribunal constitucional por vías distintas al recurso o acción directa, para lo cual en la reforma constitucional de 1929, se adoptó un método incidental de control jurisdiccional, el cual fue ampliado en 1975.

En efecto, de conformidad con la Constitución, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes puede plantearse ante el Tribunal Constitucional mediante una remisión que le haga la Corte Administrativa, la Corte Suprema o cualquier Corte de apelación cuando deban aplicar la ley en un procedimiento concreto (art. 140,1). En lo que respecta a los reglamentos ejecutivos, cualquier tribunal puede requerir al Tribunal Constitucional que examine la cuestión constitucional con miras a su anulación por la vía incidental (art. 139,1). En este caso, el procedimiento incidental planteado ante el Tribunal Constitucional tiene efectos suspensivos con respecto al proceso concreto en el cual se planteó la cuestión constitucional, por lo que sólo puede proseguirse el procedimiento, después que se dicte la sentencia del Tribunal Constitucional (art. 57 de la Ley del Tribunal).

Aunque la Corte Suprema y las Cortes de apelación no tengan ningún poder de control jurisdiccional de las leyes en el sistema concentrado austríaco, la vía incidental de control jurisdiccional les confiere, en cierto modo, no sólo el poder sino también el deber de no aplicar las leyes cuya constitucionalidad está cuestionada, sin haber oído previamente la sentencia obligatoria de la Corte Constitucional[68], lo que significa que dichas cortes tienen el poder para juzgar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no para anularlas.

En Alemania, el método incidental, conocido como control concreto de las normas (*Konkrete Normenkontrolle*), está regulado en el artículo 100 de la Constitución Federal, así:

> "Si una Corte considera inconstitucional una ley cuya validez afecta la decisión que debe adoptar, debe procederse a suspender la instancia en espera de una decisión de la Corte de un Land competente en materia de conflicto constitucional cuando se estima que ha habido violación de la Constitución de un Land o de la del Tribunal Constitucional Federal cuando la violación afecta la Ley fundamental. Sucede lo mismo en el caso en que se estime que hay violación de dicha Ley fundamental por

68 M. Cappelletti, *op. cit.,* p. 74.

parte de la ley de un Land cuando una ley de un Land no esté conforme a una ley federal".

Esta disposición constitucional confirma claramente el carácter concentrado del sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el régimen constitucional de Alemania, debido principalmente a la prohibición implícita que tienen los tribunales de controlar la constitucionalidad de las leyes, incluso sí, como lo hemos visto, éstas conservan un poder de control difuso de la constitucionalidad de los actos normativos administrativos del Estado. En todo caso, contrariamente al control abstracto de las normas en el cual el recurso se refiere a cualquier acto normativo del Estado, el control concreto de las normas sólo se refiere al aspecto formal de las leyes.

Conforme a este método incidental de control judicial, la cuestión constitucional que puede plantearse respecto de una ley, siempre es llevada ante el Tribunal Constitucional mediante remisión que le hace un tribunal cualquiera, cuando en un procedimiento en curso, éste considera inconstitucional una ley cuya validez debe servir de base para su decisión en el caso concreto. Por consiguiente, la cuestión constitucional que se plantea en este caso siempre reviste un carácter incidental vinculado a la solución de un caso concreto por el tribunal; de tal manera que ella debe estar vinculada al caso y ser determinante en su decisión.

En este supuesto, si bien es cierto que los tribunales no tienen el poder de declarar la nulidad de leyes, ni tampoco de decidir de oficio acerca de su inaplicación, en cambio poseen el poder de examinar la inconstitucionalidad de las leyes remitiendo el asunto constitucional al Tribunal Constitucional.

Además, en estos casos, el juez debe estar convencido de la inconstitucionalidad de la ley, razón por la cual debe fundamentar su criterio por ante el Tribunal Constitucional, explicando en qué medida su decisión depende de la validez de la ley y precisando con cuál disposición constitucional no está ésta conforme (art. 80,2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

Por otra parte, la posibilidad de plantear ante el Tribunal Constitucional Federal asuntos referentes a la constitucionalidad de las leyes, es una atribución de los tribunales que pueden ejercer de oficio y cuyo ejercicio no está subordinado a la voluntad de las partes. Por consiguiente, la atribución de los tribunales de remitir cuestiones constitucionales al Tribunal Constitucional, es independiente de las partes en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de una disposición legal, razón por la cual el método incidental de control judicial no necesariamente se origina en una excepción alegada por una de las partes en el proceso concreto.

En todo caso, y a pesar de su carácter incidental, los poderes del Tribunal Constitucional sólo se limitan al examen de la cuestión constitucional planteada por el tribunal respectivo. El Tribunal Constitucional, por lo tanto,

no efectúa una revisión del fondo del asunto debatido, sino que se limita a determinar si la ley considerada inconstitucional por el tribunal inferior es o no conforme a la Constitución (art. 80 de la Ley). Por ello, este procedimiento del control judicial concreto de las normas, al igual que aquel de tipo abstracto, también reviste un carácter objetivo.

En todo caso, una vez que el Tribunal Constitucional ha decidido la cuestión constitucional que le ha sido remitida por un tribunal inferior, este último debe retomar la instancia y dictar su sentencia de conformidad con la decisión del Tribunal Constitucional, la cual tiene fuerza obligatoria general (art. 31,1 de la Ley).

En Italia, el medio principal para introducir la cuestión de la constitucionalidad de las leyes por ante la Corte Constitucional y, sin lugar a dudas, el mejor medio para mantener las leyes y los actos legislativos en el marco de la Constitución, es el método incidental expresamente consagrado en la Ley Constitucional Nº 1 de 1948, la cual contiene las normas relativas a las sentencias de ilegitimidad constitucional y a las garantías de independencia de la Corte Constitucional. El artículo 1 de esta Ley Constitucional reza como sigue:

> "La cuestión de la ilegitimidad de una ley o de un acto de la República con fuerza de ley, planteada de oficio o invocada por cualquiera de las partes en un juicio y no considerada sin fundamento por el juez, debe ser referida a la Corte Constitucional".

Las normas fundamentales de este método incidental de control jurisdiccional fueron establecidas en la Ley Nº 87 de 1953, la cual enfatiza el carácter concentrado incidental del sistema italiano de control jurisdiccional.

De conformidad con dicha Ley Nº 87 de 1953, en un juicio intentado por ante un tribunal, cualquiera de las partes o el Ministerio público puede plantear la cuestión de la legitimidad constitucional mediante una petición, indicando, en primer lugar, las disposiciones de la ley o del acto con fuerza de ley del Estado o de la Región, que contienen los vicios de "legitimidad constitucional", y luego las disposiciones de la Constitución o de las "leyes constitucionales" presuntamente violadas.

Una vez planteada la cuestión de la constitucionalidad por ante el juez ordinario, éste debe tomar la decisión de referir la cuestión a la Corte Constitucional cuando se trate de una cuestión prejudicial, es decir, si el caso no permite al juez tomar una decisión evitando la cuestión de la "legitimidad constitucional", e igualmente cuando el juez estime que la cuestión está suficientemente fundamentada (art. 23). En otras palabras, si el juez considera que la cuestión de constitucionalidad está suficientemente fundada y su resolución es esencial para la decisión del juicio, debe tomar una decisión relativa a la existencia de estas dos condiciones y, por lo tanto, referir la cuestión a la Corte Constitucional anexando a la remisión la declaración de

las partes o del Ministerio público, así como el expediente completo del caso, cuyo procedimiento debe suspenderse. La cuestión constitucional invocada por las partes o el Fiscal puede ser rechazada por el juez, mediante una decisión motivada, cuando estime que el caso no es pertinente o no está suficientemente fundamentado. Sin embargo, tal rechazo no impide que las partes puedan volver a plantear la cuestión posteriormente, en cualquier fase del procedimiento (art. 24).

Tal como lo establecen la Ley Constitucional Nº 1 de 1948 y la Ley Constitucional Nº 87 de 1953, la cuestión de la legitimidad constitucional también puede ser planteada de oficio por el juez de la causa; en este caso, el juez también debe tomar una decisión en la cual debe indicar con precisión las disposiciones de la ley o de los actos con fuerza de ley consideradas inconstitucionales, así como las normas de la Constitución o de las leyes constitucionales consideradas violadas por la ley cuestionada. El juez, igualmente, debe justificar en su decisión el carácter prejudicial de la cuestión y las razones de la inconstitucionalidad de la ley.

En todo caso, cuando se plantea la cuestión constitucional de la ilegitimidad constitucional de una ley o de un acto del Estado con fuerza de ley, el juez no está obligado por la voluntad de las partes: puede rechazar sus alegatos relativos a cuestiones constitucionales y plantear éstas de oficio. En todo caso, le corresponde al juez decidir la inconstitucionalidad de las leyes, aun cuando no tenga el poder para anularlas, ya que sus poderes se limitan a remitir la cuestión a la Corte Constitucional.

Además, la Corte Constitucional, cuando examina una cuestión constitucional, tampoco está obligada por las partes del juicio original en el cual se planteó la cuestión constitucional. En consecuencia, incluso si bien se debe convocar y oír a las partes del juicio a quo, así como a la autoridad ejecutiva involucrada (Presidente del Consejo de Ministros o del Consejo regional) (art. 25 de la Ley 87), el procedimiento iniciado por ante la Corte no constituye un procedimiento contencioso entre partes, sino más bien un procedimiento de carácter objetivo, independiente de la voluntad de las partes, incluso, en los casos de desistimiento de la acción.

El método de control jurisdiccional de la constitucionalidad de la leyes con carácter incidental, también está previsto en España por el artículo 163 de la Constitución, que establece:

> "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos"[69].

69 Ver también Artículo 35, 1 de la Ley Orgánica 2/1979.

El primer aspecto de este método incidental de control jurisdiccional de la constitucionalidad en el sistema español, es que los jueces son los únicos órganos habilitados para plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión constitucional, pudiendo actuar de oficio o a instancia de parte. Las partes pueden plantear la cuestión constitucional en cualquier momento del juicio concreto, pero el juez es quien debe tomar una decisión inapelable, por lo que únicamente cuando estima que la norma examinada es contraria a la Constitución, es que debe remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.

De conformidad con la Ley Orgánica que rige el Tribunal, el juez sólo puede plantear esta cuestión constitucional una vez concluido el procedimiento del caso concreto y dentro de los plazos necesarios para decidir el caso. Por este motivo, la cuestión constitucional no tiene efectos suspensivos en el sentido de que el procedimiento debe continuar hasta la adopción de la decisión final.

La remisión al Tribunal Constitucional debe indicar la ley o la norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, así como la norma constitucional presuntamente violada. El juez, además, debe precisar y justificar hasta qué punto la decisión del procedimiento concreto está condicionada por la validez de la norma en cuestión, es decir, debe justificar el carácter prejudicial de la inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo en cuanto al juicio concreto.

De todas maneras, antes de tomar su decisión en la materia, el juez debe oír al Ministerio público y a las partes con respecto a la cuestión constitucional (art. 35,2 de la Ley Orgáncia del Tribunal). Sin embargo, una vez planteada ante el Tribunal Constitucional la cuestión de la inconstitucionalidad, las partes del procedimiento a quo no tienen el derecho de intervenir en el juicio constitucional. El Tribunal Constitucional sólo tiene el deber de notificar la cuestión a los representantes de los órganos cuyo actos fueron cuestionados, con el fin de permitirles que hagan sus declaraciones en la materia ante el Tribunal (art. 37,2 de la Ley Orgánica).

En relación a este método incidental de control jurisdiccional, sin duda, hay una diferencia entre los regímenes existentes en el sistema español y en el alemán. En este último, la cuestión constitucional incidental sólo puede ser planteada por un tribunal ante el Tribunal Constitucional, cuando el juez está convencido de la inconstitucionalidad de la ley, mientras que, en el sistema español, basta que el juez considere que la norma aplicable "pueda ser contraria a la Constitución", lo que se asemeja más al sistema italiano, en el cual el juez puede plantear la cuestión constitucional cuando considera que tiene suficiente fundamento.

El método incidental de control concentrado de constitucionalidad, como se ha dicho, también se ha admitido en 2008 en Francia, aún cuando solo respecto de asuntos en curso ante el Consejo de Estado o la Corte de casación.

B. El método incidental en Panamá: las consultas sobre constitucionalidad

Siguiendo, en líneas generales, la orientación de los sistemas europeos, pero con la advertencia de que el método incidental de control de la constitucionalidad fue establecido en Panamá antes que en Europa (salvo Austria), la Constitución panameña lo prevé, como se ha visto, estando regulado en el artículo 2557 del Código Judicial, así:

> Art. 2557. Cuando un servidor público al impartir justicia, advierta que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, elevará consulta a la Corte Suprema de Justicia y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

De esta norma se debe destacar, primero, que el control de constitucionalidad que prevé en forma incidental es más restringido que el control de constitucionalidad que se ejerce en forma principal, pues la consulta oficial de inconstitucionalidad sólo se puede referir a leyes o a actos reglamentarios.[70] Por otra parte, y esto hace al sistema panameño un sistema único en el derecho comparado, la consulta sobre la constitucionalidad de una ley o norma reglamentaria no sólo podrían formularla los jueces, sino cualquier autoridad pública "al impartir justicia", es decir, actuando en función jurisdiccional. Por tanto, el juez ordinario o cualquier funcionario de la Administración Pública actuando en función jurisdiccional, tendrían competencia para formular la consulta, de oficio. Pero también las partes en el proceso o procedimiento concreto tienen la iniciativa para planteársela, a cuyo efecto el artículo 2558 del Código Judicial dispone que:

> Art. 2558. Cuando alguna de las partes en un proceso, advierta que la disposición legal o reglamentaria es inconstitucional, hará la advertencia respectiva a la autoridad correspondiente, quien en un término de 2 días, sin más trámites elevará la consulta a la Corte Suprema de Justicia, para los efectos del artículo anterior.

En todo caso, queda claro que las partes no pueden acudir directamente ante la Corte Suprema, sino que las consultas de constitucionalidad sólo pueden formularlas los funcionarios judiciales, o los administrativos que ejerzan una función jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte.[71]

---

70 Véase en general Cesar A. Quintero, "La consulta de inconstitucionalidad en Panamá," en *Anuario de Derecho* Nº 23 y 24, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, 1994-1995, pp.224-225

71. Véase Victor L. Benavides P., "Breves comentarios sobre la consulta de constitucionalidad", en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional...,* pp. 851 y ss.

La finalidad de la consulta de constitucionalidad, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia:

> "es la de evitar que una norma legal o reglamentaria contraria a las orientaciones constitucionales sirva de fundamento a una decisión o pronunciamiento conclusivo de un proceso cualquiera, que cursa ante un servidor público para su juzgamiento, en nombre del Estado".[72]

Ha precisado además la Corte Suprema, que para que proceda la consulta de constitucionalidad, es preciso la existencia de un proceso en marcha y la creencia fundada de que la norma será utilizada como fundamento jurídico de la resolución aún no adoptada que concluye la instancia respectiva. No puede entonces la Corte Suprema revisar por esta vía, la constitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, fuera de un proceso en marcha ni lo puede hacer, cuando la norma ha sido ya aplicada o cuando resulta racionalmente inaplicable[73.]

En todo caso, el juez o funcionario que consulta debe explicar las razones por las que ocurre a la Corte y señalar en que concepto las disposiciones legales infringen normas constitucionales[74.] Cuando la advertencia sobre la inconstitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, aplicable al caso, la formule una de las partes ante el juez o funcionario correspondiente, debe argumentar su advertencia, indicando las normas constitucionales infringidas; no correspondiéndole al juez o funcionario decidir sobre el fondo de la misma, es decir, sobre si procede o no la consulta, sino que está obligado a remitirla a la Corte Suprema de Justicia en un término de 2 días, sin trámite alguno[75.] En todo caso, las partes sólo pueden formular la advertencia de inconstitucionalidad una sola vez por instancia.

Por último, debe advertirse como ya indicamos, que la consulta de constitucionalidad, como método de control, tiene un ámbito más reducido que el método principal, pues sólo se refiere a disposiciones legales o reglamentarias, y no puede formularse respecto de otro acto estatal. Por otra parte, la Constitución habla de "disposiciones" legales o reglamentarias, por lo que la consulta debe formularse en relación a normas concretas aplicables al caso y no sobre la totalidad de una ley o reglamento. Además, la consulta no procede sobre la constitucionalidad de disposiciones legales o reglamentarias que ya hubiesen sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema.[76]

---

72. Fallo de 27-10-81.
73. Idem.
74. Fallo de la Corte Suprema de 14-1-91.
75. Fallo de la Corte Suprema de 29-11-1990.
76. Víctor Benavides P., *loc. cit.,* pp. 853 y 855.

VII. EL PODER DE INICIATIVA DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LIMITACION A LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

1. La ausencia de iniciativa del juez constitucional

Como viene de señalarse, en general, la cuestión de constitucionalidad referente a la validez de una ley normalmente se plantea en los sistemas concentrados de control, ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional mediante una acción o por remisión de un tribunal inferior. En ambos casos, el juez constitucional debe decidir en derecho, sin considerar los hechos.

En ambos casos, como se señaló, la cuestión constitucional debe formularse ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional, por lo que ésta no tiene iniciativa propia para actuar como juez constitucional[77]. En esta forma, el principio nemo judex sine actore se aplica, pero una vez que la cuestión constitucional ha llegado a la Corte como consecuencia de una acción o de su remisión por parte de un tribunal inferior, el principio in judex judicet ultra petitum partis ya no es operante. Esto significa que la Corte Suprema o la Corte Constitucional, como juez constitucional, una vez requerida por una parte o por un medio incidental, tiene poderes de oficio para considerar cuestiones de constitucionalidad distintas a las que han sido planteadas, como también sucede en el sistema de Panamá.

2. La iniciativa de control de la constitucionalidad de los jueces ordinarios en el método incidental del sistema concentrado de control de la constitucionalidad

Por otra parte, si bien es cierto que la Corte Suprema o la Corte Constitucional no tienen iniciativa propia para iniciar el procedimiento de control constitucional relativo a las leyes, debe recordarse que en el método incidental de control concentrado de la constitucionalidad, los tribunales inferiores que deben remitir la cuestión constitucional al juez constitucional, pueden tener la iniciativa de plantearla por ante la Corte Suprema o a la Corte Constitucional. Es decir, como se dijo, los tribunales ordinarios, cuando plantean cuestiones constitucionales mediante el método incidental, no siempre están vinculados a lo que las partes o el Fiscal invoquen, por lo que cuando consideran el caso particular, pueden plantear la cuestión constitucional de oficio y transmitirla a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para que ésta decida. Asi sucede en Panamá.

---

77 De manera excepcional, el Tribunal Constitucional Federal de la Antigua Federación de Yugoslavia poseía poderes de oficio para iniciar un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes. Ver Artículo 4 de la Ley de la Corte Constitucional de Yugoslavia, 31-12-1963, en B.T. Blagojevic (ed.), *Constitutional Judicature*, Beograd, 1965, p. 16.

Esta es una consecuencia del principio de supremacía de la Constitución y del deber de los jueces de aplicar la ley. Por tanto, aun cuando en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, la Constitución prohiba a los tribunales ordinarios actuar como jueces constitucionales en cuanto a las leyes y demás actos reglamentarios, esto no quiere decir que en caso de que estos consideren inconstitucional una disposición legal o reglamentaria aplicable a la decisión de un caso concreto, no tengan el poder para plantear la cuestión constitucional y no puedan transmitirla al juez constitucional. Lo contrario significaría la ruptura con el principio de la supremacía de la Constitución y con el papel de los jueces en la aplicación de la ley.

3. Los poderes inquisitivos del juez constitucional

Debe señalarse, por último, que en los casos de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercido por vía principal, como es el caso de la acción popular, la Corte Suprema de Justicia no puede estar ceñida a los motivos o vicios de inconstitucionalidad aducidos por el accionante, por lo que en general se admite el poder de control de oficio por la Corte Suprema, respecto de otros motivos de inconstitucionalidad distintos a los invocados por el accionante. Así sucede en Panamá y en otros países como Venezuela[78.]

En efecto, la acción popular en Venezuela pone en juego la validez de una ley y la supremacía constitucional, por lo que estimamos que, como ya hemos señalado, la Corte Suprema puede apreciar la inconstitucionalidad del acto cuestionado, por vicios no invocados por el recurrente, sin tener que limitarse a conocer únicamente las denuncias formuladas en el escrito. Por consiguiente, si bien es cierto que la acción popular debe ser formulada por un recurrente por ante la Corte Suprema (art. 82 Ley Orgánica de la Corte), ésta no está totalmente sujeta a la voluntad del mismo en el juicio de inconstitucionalidad. Por ello, a pesar de que el recurrente puede desistir del recurso una vez que este haya sido intentado, la Corte tiene el poder de seguir conociendo del caso (art. 87 de la Ley Orgánica).

En Panamá, el Código Judicial es expreso, en el sentido de otorgar poderes a la Corte Suprema para apreciar, de oficio, en relación a la norma o acto impugnado, cuestiones constitucionales distintas de las alegadas por el demandante, al establecer:

> Art. 2566. En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estimen pertinentes.

Pero además, en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad en muchos casos, los jueces constitucionales tienen poderes para, de

78. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado....,* cit., p. 58.

oficio, apreciar y declarar la inconstitucionalidad de otras normas de una ley distintas a las referidas en la acción[79].

Es el caso del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cuya decisión sobre la conformidad o no de una Ley con la Constitución, si bien, en principio, puede adaptarse al contenido de la petición, del recurso constitucional o de la remisión que haya hecho un tribunal inferior, según el método utilizado para los fines del control; al pronunciar su decisión, el Tribunal Constitucional no está vinculado a las denuncias efectuadas, en el sentido de que puede plantear de oficio cualquier otro asunto de orden constitucional vinculado con la ley cuestionada o con cualquiera de los artículos de la misma, y por lo tanto, decidir ultra petita. Esta es la razón por la cual el mismo artículo 78 de la Ley Federal que instituye el Tribunal Constitucional Federal estipuló que:

> "En caso de que otras disposiciones de la misma ley no estén conformes a la Constitución o a cualquier otra norma de la ley federal, el Tribunal Constitucional Federal puede al mismo tiempo declararlas nulas".

En Italia, en cambio, en todos los casos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, la Corte Constitucional debe decidir, "dentro de los límites" de la acción o del planteamiento judicial de la cuestión constitucional (art. 27 de la Ley 87), cuáles son las normas consideradas "ilegítimas", es decir inconstitucionales. En consecuencia, de conformidad con los términos de la Ley Nº 87, se ha considerado que la Corte Constitucional no tiene poderes de oficio para analizar cuestiones constitucionales distintas de aquellas que le son sometidas mediante el método incidental o mediante la acción o recurso en el método directo o principal de control de la constitucionalidad. Al respecto, la Corte sólo tiene el poder para declarar "cuáles son las otras disposiciones legislativas cuya ilegitimidad es producto de la decisión adoptada" (art. 27), pero no puede declarar la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas diferentes de aquellas indicadas en la remisión efectuada por el juez ordinario o en la acción directa.

En España, como hemos dicho, el Tribunal Constitucional como juez constitucional e intérprete supremo de la Constitución, si bien no puede plantear de oficio una cuestión de inconstitucionalidad, una vez que se haya sometido una cuestión al Tribunal, éste tiene poderes de oficio para plantear otras cuestiones de inconstitucionalidad con respecto a la norma cuestionada, es decir, que puede "basar la declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier disposición constitucional, haya sido o no invocada en el juicio" (art. 39,2 de la Ley Orgánica del Tribunal). Igualmente, el Tribunal puede ampliar la declaración de inconstitucionalidad a otras disposiciones de

79. Idem, pp. 85 y ss.

la ley a pesar de que se haya producido un cuestionamiento parcial, en casos afines o como consecuencia de la declaración relativa a las disposiciones cuestionadas.

VIII. LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El último aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad se refiere a los efectos de las decisiones dictadas por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la ley, sea que la cuestión constitucional haya sido planteada mediante una acción o de manera incidental, por remisión de un tribunal inferior. Este aspecto de los efectos de la decisión judicial responde a dos preguntas: primero, ¿a quién afecta la decisión?, y segundo, ¿cuándo comienzan los efectos de la decisión?

1. Los efectos erga omnes de la decisión anulatoria

A. La situación general en Panamá y en el derecho comparado

En lo que a la primera pregunta se refiere, la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad implica que la decisión dictada por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional, actuando como juez constitucional, tiene efectos generales erga omnes. Este es el valor de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Panamá cuando actúa como juez constitucional.

Esto sucede cuando el control de la constitucionalidad se ejerce mediante una acción directa interpuesta por ante la Corte Constitucional o la Corte Suprema, sin conexión con algún caso concreto contencioso. En estos casos, cuando se interpone una acción directa por ante un juez constitucional, la relación procesal no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una ley o acto estatal cuya constitucionalidad está cuestionada. En este caso, el objeto de la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley es su anulación, y los efectos de la decisión son necesariamente erga omnes. Nunca deberían ser inter partes, particularmente debido a la ausencia de las partes propiamente dichas, en el procedimiento. Sin embargo, como se ha señalado, en Uruguay y Paraguay, de manera excepcional, las decisiones de la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad siempre tienen efectos inter partes.

Por otra parte, en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, iniciado por el método incidental, cuando se plantea una cuestión constitucional referente a una ley en un procedimiento concreto y el tribunal inferior la remite a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para que sea objeto de una decisión, dicha decisión también debe adoptarse en base a los aspectos de derecho y no con respecto a los hechos, por lo que también tiene efectos erga omnes, es decir, no limitados al juicio concreto en el que se planteó la cuestión constitucional ni a las partes del mismo.

En efecto, en ambos casos del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, a través del método principal o del incidental, la Corte Suprema o la Corte Constitucional respectiva, de manera abstracta, debe decidir la cuestión de la constitucionalidad de la ley, sin ninguna referencia a los hechos ni al juicio concreto en el que se planteó la cuestión constitucional. Por consiguiente, en el sistema concentrado, el juez constitucional no decide una cuestión constitucional con miras a resolver un caso concreto entre partes; el juez constitucional, como se señaló, no toma decisiones con respecto a un caso concreto, sino únicamente con respecto a una cuestión de constitucionalidad de una ley. La lógica del sistema consiste pues, en que la decisión debe aplicarse en general a todos y a cualquier órgano del Estado por sus efectos erga omnes.

En consecuencia, cuando una ley sea considerada inconstitucional por la Corte Constitucional o por la Corte Suprema actuando como juez constitucional, ello significa que dicha ley queda anulada y no pueda ejecutarse ni aplicarse a la resolución del caso concreto, pero tampoco a ninguna otra cosa.

B. La situación en otros países donde está admitida la acción popular

En todo caso, y por lo que respecta a los países que cuentan con acción popular, como es el caso de Colombia, Venezuela, El Salvador y Nicaragua, la situación es similar[80].

En efecto, como en casi todos los casos de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, cuando la Corte Constitucional colombiana declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo, esta decisión tiene efectos erga omnes. Además, tiene un valor de res judicata constitucional, y sus contenido es obligatorio para todos, de forma tal que con posterioridad no puede presentarse otra acción de inconstitucionalidad contra el mismo acto[81]. En particular, este valor de res judicata de las decisiones de la Corte Constitucional rige tanto en los casos en los cuales la Corte rechaza la acción de inconstitucionalidad, como en los casos en los cuales declara la inconstitucionalidad del acto impugnado.

Por tanto, y aun cuando en Colombia todos los Tribunales pueden ejercer el control de la constitucionalidad de leyes mediante el sistema difuso, sin embargo no pueden declarar la inaplicabilidad de la ley por el motivo de inconstitucionalidad que la Corte Constitucional hubiese rechazado.

---

80. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado*...., cit., pp. 96 y 59 y ss.

81 Como lo establecía la reforma constitucional sancionada por el acto legislativo Nº 1, luego anulado. Véase L.C. Sáchica, *El Control*..., op. cit., pp. 148-149.

En el caso de Venezuela, la decisión de la Corte Suprema de Justicia al declarar la nulidad de una ley por inconstitucionalidad como consecuencia, de una acción popular, también tiene un valor general, es decir, erga omnes lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia de la misma Corte desde hace más de medio siglo. En efecto, en una sentencia fechada el 17 de noviembre de 1938, la antigua Corte Federal y de Casación expresó:

> "La Corte Federal y de Casación está en el grado más alto de la jerarquía judicial; la cosa juzgada por ella establecida, aun suponiendola errada en doctrina, es siempre la última palabra del Poder Judicial, contra la cual no pueden nada en derecho, ni ella misma ni los otros dos Poderes. Siendo una institución federal, con atribuciones exclusivas para anular erga omnes las leyes y los actos del Poder Público que violen la Constitución, esto la constituye en soberano intérprete del texto constitucional y de las Leyes ordinarias, y en único juez de los actos de los Poderes Públicos y de los altos funcionarios del Estado. Cualquier funcionario, por elevado que sea, o cualquiera de los otros Poderes Públicos que pretenda hacer prevalecer su propia interpretación de la ley, sobre la interpretación y aplicación que de la misma haya hecho esta Corte al decidir o resolver algo sobre el mismo asunto, usurpa atribuciones y viola la Constitución y las leyes de la República".[82]

La antigua Corte Federal y de Casación se pronunció en el mismo sentido, mediante una sentencia del 21 de marzo de 1939, cuando calificó sus decisiones como "disposiciones complementarias de la Constitución y de las leyes de la República, y surten sus efectos erga omnes"[83]. Así mismo, por sentencia del 16 de diciembre de 1940, cuando señaló que sus decisiones "entran a formar una legislación especial emergente del Poder Constituyente secundario que en tales materias ejerce este Alto Tribunal"[84]. La antigua Corte Federal fue coherente con ese criterio y, por sentencia del 19 de junio de 1953, señaló que sus decisiones "cobran fuerza de ley"[85] porque tienen efectos erga omnes.

---

82 Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 17/11/38, *Memoria, 1939*, pp. 330 a 334.

83 Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 21/03/39, *Memoria, 1940,* p. 176.

84 Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa del 16/12/40, *Memoria, 1941*, p. 311.

85 Véase sentencia de la Corte Federal del 19/3/53, *Gaceta Forense* Nº 1, 1953, pp. 77-78. Por otra parte, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 19/11/68, *Gaceta Forense* Nº 62, 1968, pp. 106 a 113, se sostuvo que "los efectos de las decisiones dictadas por Corte Suprema

La antigua Corte Suprema de Justicia, en época más reciente, a través de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, precisó su posición en la materia, por sentencia del 12 de diciembre de 1963, de la manera siguiente:

> "El control absoluto de constitucionalidad lo ejerce la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, cuando declara la nulidad total o parcial de una ley nacional por inconstitucional. Tal decisión deja sin efecto la Ley o la parte de ella que sea anulada, y tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes. Esta nulidad es pronunciada en virtud de la llamada acción popular.
>
> Una atribución similar, pero sólo en cuanto a leyes estadales y a ordenanzas municipales es ejercida por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, también por acción popular y su declaratoria produce igualmente cosa juzgada erga omnes.
>
> Quiere esto decir que la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una Ley, por acción principal (popular) es definitiva y surte efectos contra todos, pues tal presunta Ley deja de serla desde el momento de ser declarada inconstitucional. Lo mismo ocurre en los casos de Leyes estadales y ordenanzas municipales, cuya inconstitucionalidad sea pronunciada".[86]

En definitiva, según la doctrina establecida por la Corte, la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, que por consiguiente anula esta última, tiene efectos erga omnes, con carácter de cosa juzgada.

En El Salvador, como lo dice el artículo 183 de la Constitución, la sentencia anulatoria de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema se pronuncia "de modo general y obligatorio", es decir, con efectos erga omnes.

C. La situación en los países europeos

En los países europeos dotados de Cortes o Tribunales Constitucionales, los efectos de las decisiones de los mismos, son siempre erga omnes[87].

Es la situación en Alemania con las decisiones del Tribunal Constitucional, las cuales siempre tienen fuerza obligatoria para con todos los órganos constitucionales de la Federación y de los Lander, así como para con todas las autoridades y los tribunales, y, naturalmente, para todos los particulares. Por tanto, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen efectos erga omnes (art. 31,1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Particularmente en los casos de control abstracto o concreto de las normas ejercido mediante petición o recurso por un órgano del Estado o remisión por

---

en el ejercicio de sus atribuciones, sólo son válidos mientras subsiste la aplicación del precepto constitucional en el que se basan".

86 Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en SCCMT del 12/12/63, *Gaceta Forense* Nº 42, 1963, pp. 667 a 672.

87. Véase Allan R. Brewer Carías, *El control concentrado...,* cit. pp. 86 y 185 y ss.

un Tribunal inferior, en los casos en los que el Tribunal Constitucional declara la nulidad de una ley, la decisión reviste la misma fuerza que una ley (art. 31,2), en el sentido de que tiene un carácter obligatorio, erga omnes, inclusive para el propio Tribunal Constitucional.

Una situación similar se observa en Austria, donde la decisión del Tribunal Constitucional en materia de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, de los decretos y otros actos del Estado, cuando anula una ley, tiene efectos erga omnes, es decir que es obligatoria para todos los tribunales, todas las autoridades administrativas (art. 139, 6; 140, 7) y los particulares.

En Italia, la decisión de la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de una ley también tiene efectos erga omnes y, como consecuencia, conforme al artículo 137 de la Constitución, el acto "no puede aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la decisión".

En España, en lo que se refiere a las decisiones de anulación de una ley o de otras normas con fuerza de ley por cualquier medio de control jurisdiccional, sea cuando el Tribunal Constitucional decide un recurso de inconstitucionalidad, o cuando decide acerca de una cuestión de inconstitucionalidad planteada de manera incidental, el artículo 164,1 de la Constitución establece los efectos erga omnes de las decisiones, ya que tienen "plenos efectos frente a todos". Además, en los casos de aplicación del método incidental de control jurisdiccional, el Tribunal Constitucional debe inmediatamente informar el tribunal respectivo encargado del juicio, el cual debe a su vez notificar las partes. En este caso, la Ley Orgánica del Tribunal prevé que el juez o el tribunal deberá cumplir la decisión a partir del momento en que se entere, y las partes a partir del momento en que sean notificadas (art. 38,3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

2. Los efectos constitutivos de la decisión anulatoria del juez constitucional

A. La situación general del sistema, aplicada en Panamá

Los efectos erga omnes de la decisión jurisdiccional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes antes señalados, están estrechamente vinculados a la cuestión de los efectos temporales de la decisión, en particular, como consecuencia del principio anulabilidad de algunos actos del Estado como garantía de la Constitución.

En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, el más importante aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, es que la supremacía de la Constitución con respecto a todos los demás actos del Estado, lleva a considerar que una ley contraria a la Constitución debe ser nula. También se señaló que, aun cuando la garantía de la Constitución en los sistemas de control de la constitucionalidad sea, en principio, la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado, la

Constitución ha restringido su propia garantía, en lo que respecta a algunos actos del Estado, como las leyes, reservando el examen y la declaración de su nulidad a un solo órgano constitucional: la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado, al cual se ha conferido el poder exclusivo de declarar la nulidad de dichos actos. En Panamá, como se ha dicho, el poder de la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad se refiere no sólo a las leyes, sino a todos los actos estatales.

En consecuencia, cuando un juez constitucional decide la anulación por inconstitucionalidad de una ley, la decisión jurisdiccional tiene efectos constitutivos: declara la nulidad de la ley debido a su inconstitucionalidad, habiendo ésta producido efectos hasta el momento en que se estableció su nulidad. De esta manera, la Corte considera, en principio, que la ley cuya nulidad ha sido declarada y establecida, ha sido válida hasta ese momento. Así sucede también en Panamá, al establecer el Código Judicial en su artículo 2573, que:

> Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo."

Es la razón por la cual se afirma que, siendo la decisión de la Corte Suprema de carácter constitutivo, tiene efectos prospectivos, ex nunc o pro futuro, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional, de manera que las relaciones jurídicas consolidadas o cumplidas no ueden ser modificadas por la sentencia de inconstitucionalidad.[88] Por lo tanto, los efectos producidos hasta el momento de la anulación de la ley se consideran válidos. En consecuencia, la ley declarada inconstitucional por un juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, debe considerarse como un acto válido que ha producido efectos completos hasta su anulación por la Corte.

Este aspecto de la lógica del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, sin embargo, está matizado en algunos sistemas constitucionales, cuando establece una distinción entre los vicios de inconstitucionalidad que pueden afectar las leyes, con nulidad absoluta o nulidad relativa. En el caso de los vicios constitucionales que pueden acarrear la nulidad absoluta de una ley, la anulación de la ley decidida por un juez constitucional produce evidentemente efectos ex tunc, puesto que una ley

88 Véase, Francisco Rodríguez Robles, *El proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño,* Universidad de Panamá, Panamá 1991, p. 113; Rigoberto González Montenegro, "La Justicia constitucional en Panamá," p. 287, consultado en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_001_275.pdf

considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En consecuencia, en estos casos, la anulación de la ley tiene efectos pro praeterito o efectos retroactivos, ya que es considerada nula ab initio. En cambio, si el vicio constitucional de la ley que llevó a su anulación por el juez constitucional no es tan grave como para producir su nulidad absoluta, sino una nulidad relativa, entonces los efectos de la anulación de la ley son únicamente ex nunc, pro futuro.

Ahora bien, en el caso de Panamá, como se dijo, conforme al artículo 2573 del Código Judicial, si bien las sentencias de la Corte Suprema de Justicia adoptadas al decidirse una acción popular, en principio, tienen efectos constitutivos, ex nunc, cuando anulan el acto estatal, ello es claro cuando se trata de leyes, reglamentos y demás actos normativos. Sin embargo, al referirse también el control constitucional a actos individuales, podría haber casos en los cuales la justicia exigiría atribuir efectos ex tunc a la sentencia de la Corte, por ejemplo, cuando se trata de asuntos criminales. En tal sentido debe destacarse la doctrina de la Corte Suprema establecida en fallo de 8 de agosto de 1990, en el cual se estableció lo siguiente:

> "La Corte ha sostenido en innumerables fallos que la declaratoria de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Esta posición ha sido siempre sostenida cuando la que se declara inconstitucional es una norma legal. Igualmente, el artículo 2564 del Código Judicial establece que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad no tienen efectos retraoctivos. Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que las decisiones de la Corte en materia constitucional no producen efectos retroactivos. Sin embargo, la Constitución Nacional, en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales. (Salvo los fallos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de los mismos y no continúan rigiendo, como es el caso de las normas legales que mantienen su vigencia hasta que sean derogadas por los diferentes medios que la Constitución consagra.
>
> Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua. Lo que realmente ocurre es que el fallo de inconstitucionalidad de una norma legal produce una derogatoria por mandato constitucional, ya que la Constitución establece en su artículo 311 que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, y, como la Corte tiene por atribución constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, cuando declara que una norma legal es inconstitucional la deroga constitucio-

nalmente, en virtud de lo que establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.

Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, los actos jurisdiccionales deben declararse nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una nulidad constitucional, como consecuencia de la violación de normas constitucionales por un acto jurisdiccional"[89]

Por tanto, en Panamá, en los casos de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de sentencias, los efectos de la decisión de la Corte Suprema son de carácter declarativo, ex tunc y por tanto, retroactivo.

En todo caso, en algunos países, como Costa Rica, expresamente se prevé, en el derecho constitucional positivo, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y anulación de la ley por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, son ex tunc y, por consiguiente, declarativos y retroactivos, salvo en lo referente a los derechos adquiridos de buena fe (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial (art. 92 de la Ley).

B. La situación en Colombia y Venezuela

En Colombia, el debate tradicional de los efectos ex tunc o ex nunc de las decisiones dictadas por la Corte al ejercer el control de la constitucionalidad, también se ha dado, aún cuando la mayoría de los autores tienden a atribuir a las mismas sólo los efectos ex nunc, pro futuro[90,] lo cual ahora regula expresamente el Decreto 2067 de 1991.

Por tanto, en razón de la presunción de constitucionalidad, las leyes se tienen como efectivas hasta que la Corte pronuncie su nulidad. En consecuencia, las situaciones jurídicas creadas por la ley antes de su anulación sólo podrían ser sometidas a revisión por los procedimientos judiciales ordinarios.

En Venezuela, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siguiendo la orientación de la anterior Ley Orgánica la Corte Suprema de 1976 no resolvió el problema planteado, sino que se limitó a señalar que la Corte debe determinar "los efectos de su decisión en el tiempo" (art. 21,18). Sin embargo, para precisar los efectos de las sentencias que anulan una Ley por inconstitucionalidad, debe recordarse que en Venezuela existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, lo que implica el funcionamiento de dos sistemas de justicia constitucional en paralelo: por un lado, el sistema difuso, ejercido por todos los jueces, y por otro, el sistema concentrado,

89. Fallo de 8-8-90.

90 Cf. L.C. Sáchica, El Control..., *op. cit*., p. 68; E. Sarría, *Guarda de la Constitución,* Bogotá, p. 83.

ejercido por la Corte Suprema. Por consiguiente, no deben confundirse los efectos de las decisiones en materia de control de la constitucionalidad en uno y otro sistema.

En efecto, en relación a los casos de control difuso de la constitucionalidad, está claro que la decisión judicial de no aplicar una ley inconstitucional, incluso si tiene sólo y exclusivamente efectos inter partes, equivale a una decisión simplemente declarativa, con efectos retroactivos, pro praeterito o ex tunc. Al ejercer este control difuso, el juez no anula la ley, sino que declara o constata únicamente una inconstitucionalidad preexistente; de forma que ignora la existencia de la ley (es decir, que la considera inexistente) y no la aplica en el caso concreto que corresponde el conocimiento del juez.

Ahora bien, los efectos del control difuso de la constitucionalidad de las leyes son completamente diferentes de los efectos producidos por el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, cuando la Corte Suprema declara la nulidad de una ley por inconstitucionalidad. En esos casos, cuando la Corte Suprema, en el ejercicio de sus atribuciones previstas en el artículo 215, párrafos 3 y 4 de la Constitución, "declara la nulidad" de la ley, es decir anula la ley, ésta, en principio, es válida y efectiva hasta que se publique la sentencia de la Corte, habiendo producido todos sus efectos a pesar de su inconstitucionalidad, en virtud de la presunción de la constitucionalidad de las leyes.[91]

Como el control de la constitucionalidad de las leyes atribuida a la Corte Suprema por el artículo 215, ordinales 3º y 4º de la Constitución es un control concentrado, ejercido mediante acción popular, resulta claro que la sentencia que anula la ley tiene efectos constitutivos, por lo que los efectos de la anulación de la ley por inconstitucionalidad, al no existir una norma expresa constitucional o legal que disponga la solución, sólo pueden producirse erga omnes pero hacia el futuro, es decir que las sentencias son, en principio, constitutivas, pro futuro y con efectos ex nunc, que no pueden referirse al pasado (no pueden ser retroactivas). Se puede afirmar que ese es el criterio que sigue no sólo la doctrina venezolana[92], sino también la jurisprudencia de

91 J.G. Andueza, *op. cit*., p. 90.

92 En su libro *La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano* (op. cit.). José Guillermo Andueza demostró clara y abundantemente que la sentencia de nulidad por inconstitucionalidad tiene un carácter constitutivo. En efecto, señaló que "la presunción de constitucionalidad de que gozan los actos de los Poderes Públicos hace que produzcan todos sus efectos jurídicos hasta tanto la Corte no pronuncie su nulidad. En consecuencia, la sentencia de la Corte deberá necesariamente respetar los efectos que el acto estatal produjo durante su vigencia" (p. 93), pues ésta "realiza una modificación en los efectos del acto estatal. Es decir, la sentencia hace ineficaz un acto que antes era válido" (p.94).

la Corte Suprema de Justicia, aun cuando la Corte no haya sido siempre constante.[93]

En todo caso, a partir de 1976, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuye a la Corte el poder de determinar "los efectos de su decisión en el tiempo". Por consiguiente, la Corte puede corregir los efectos desfavorables que podría engendrar el efecto ex nunc de sus decisiones, particularmente en el campo de los derechos y garantía constitucionales, y puede atribuir a sus sentencias efectos retroactivos, pro praeterito, ex tunc.

C. La situación en los países europeos

Puede afirmarse que el conjunto de los sistemas de control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes en Europa, ejercido por Cortes Constitucionales, confieren efectos generales a las decisiones de las Cortes Constitucionales que declaran la nulidad de una ley por su inconstitucionalidad, así como la eficacia ex nunc de éstas, es decir, únicamente hacia el futuro. Asimismo, se puede afirmar que ningún sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes atribuye en Europa, a la decisión de la Corte Constitucional, efectos generales hacia el pasado, es decir, ex tunc, pro praeterito. Dichas decisiones no son puramente declarativas sino que son solamente constitutivas y no acarrean efectos retroactivos. Cuando se atribuyen efectos hacia el pasado, como en los sistemas alemán e italiano, éstos se limitan fundamentalmente al ámbito penal. Por otra parte, ello es lógico; pues sería monstruoso, debido a las repercusiones respecto a la seguridad pública, pretender que las decisiones de anulación de una ley por ser inconstitucional, tengan efectos puramente declarativos y que, por esta razón, los actos realizados previamente a la declaración de nulidad de la ley, deban ser considerados como no habiendo sido dictados ni cumplidos.

Asimismo, sería injusto que, en asuntos penales, las decisiones adoptadas de conformidad con una ley posteriormente declarada inconstitucional, y por lo tanto, nula, no sean consideradas también como nulas. Esta es la razón por la cual existe la excepción respecto a los asuntos penales establecida en la

---

Según Andueza, y según la doctrina más ortodoxa, "lo que caracteriza a las sentencias constitutivas, es la ausencia de efectos retroactivos. Ellas estatuyen siempre pro futuro, ex nunc; es decir, que la sentencia produce sus efectos desde el día de su publicación" (p. 94). Por lo tanto, no compartimos el punto de vista de Humberto J. La Roche, *El Control Jurisdiccional en Venezuela y Estados Unidos,* Maracaibo, 1972, p. 153.

93 Véase en general al respecto Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, op. cit., pp. 185 y sig.

legislación italiana, en relación los efectos de las decisiones de anulación de una ley por inconstitucional, que en principio sólo se refieren al futuro.

Igualmente, esta misma situación conflictiva que se puede presentar entre la seguridad pública y las decisiones en materia penal ha llevado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a formular excepciones al principio contrario. En efecto, en los Estados Unidos, el control judicial de la constitucionalidad tiene un carácter difuso; de allí el carácter retroactivo de los efectos de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad que son puramente declarativas. Estas decisiones, en principio, tienen un ámbito de aplicación inter partes, pero sin embargo, en virtud de la técnica del precedente y de la regla stare decisis, dichas decisiones revisten un carácter general obligatorio. En todo caso, a pesar de ello, la jurisprudencia ha reducido el carácter retroactivo a las cuestiones penales, respetando en cambio los efectos producidos en materia civil y administrativa por una ley declarada inconstitucional[94.]

Ahora bien, en cuanto a las decisiones del Tribunal Constitucional en Austria, estas tienen efectos constitutivos en la medida en que anulan la ley o el decreto, pro futuro, ex nunc. Sin embargo, el Tribunal Constitucional tiene plenos poderes para anular leyes o decretos ya abrogados, es decir sin validez formal (arts. 139,4 y 140,4), lo que, en principio, implica los efectos retroactivos del control jurisdiccional, o sea una excepción a los efectos ex nunc.

De acuerdo con la regla general de los efectos ex nunc, propuesta por Hans Kelsen como una cuestión de principio[95], las situaciones de hecho o aquellas verificadas antes de la anulación de la ley o el decreto, siguen estando sujetas a ésta o éste, salvo en el caso considerado en la decisión, a menos que el Tribunal decida de otra manera (arts. 139,6 y 140,7). Por consiguiente, las

94. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review...,* cit., pp. 201, 223, 233; y *El control concentrado...*cit., pp. 180 y ss.

95 H. Kelsen, loc. cit., p. 242. Por ejemplo, en lo que se refiere al sistema austríaco, L. Adamouch declaraba en 1954: "No se puede atribuir un simple valor declarativo a la decisión del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley; no establece que una ley ha sido nula desde su origen y cuyos efectos deben ser nulos ex tunc, es decir, como si se tratara de un acto sin ningún valor jurídico desde su origen. Al contrario, la decisión del Tribunal Constitucional sólo anula el acto inconstitucional, es decir que destruye ex nunc su existencia jurídica, exactamente como si hubiese sido abolido por un acto legislativo posterior y como si la existencia jurídica de este acto hubiese terminado", en "Esperienza della Corte Constituzionale della Republica Austriaca", *Revista Italiana per la scienze giuridiche,* Milán, 1954.

consecuencias negativas eventuales de la regla ex nunc pueden ser compensadas por la decisión del Tribunal.

Sin embargo, por lo general, los efectos de la decisión del Tribunal sólo comienzan el día de la publicación de la revocación del acto anulado por parte de la autoridad ejecutiva implicada, a menos que el Tribunal determine un plazo para la expiración de los efectos del acto anulado (arts. 139,5 y 140,5) no superior a un año. En este caso y sobre una base puramente discrecional, el inicio de los efectos ex nunc, derivados de la anulación de la ley puede ser pospuesto por el Tribunal.

En el caso de Italia, las decisiones de la Corte Constitucional también tienen carácter constitutivo ya que anulan la ley inconstitucional, y sus efectos son ex nunc, pro futuro. Sin embargo, esta regla ha sido objeto de numerosas discusiones habiendo interpretado la Corte Constitucional la norma constitucional del artículo 136, la cual establece que el acto inconstitucional anulado ya no puede aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la decisión de la Corte, de la manera siguiente:

> "... la decisión relativa a la inconstitucionalidad, si bien es cierto que excluye todos los efectos irrevocablemente producidos por la norma declarada inconstitucional, produce en cambio efectos sobre las situaciones jurídicas que aún no han concluido y que pueden ser regidas de una manera distinta como consecuencia de la decisión. La declaración de inconstitucionalidad de una ley acarrea su inaplicabilidad a todas las relaciones jurídicamente cuestionadas ya que éstas aún no han sido objeto de una decisión con fuerza res judicata. La consecuencia es que, en cualquier fase del juicio, el juez debe tomar en consideración, incluso de oficio, dicha decisión de ilegitimidad constitucional cuando decide la relación jurídica concreta de un caso, de la misma manera y en la misma medida que si se tratase de ius superveniens".[96]

En realidad, este criterio de la Corte Constitucional confirma el carácter constitutivo de los efectos de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, cuyas excepciones establece la Ley Nº 87 de 1953, en la cual los efectos retroactivos de la decisión sólo son aplicables en los casos penales, cuando se ha pronunciado una condena judicial sobre la base de una ley considerada luego como inconstitucional. En este caso, conforme al artículo 30 de la Ley Nº 87, su ejecución y sus efectos penales deben cesar. Otra excepción indirecta de los efectos ex nunc de la decisión deriva de la posibilidad de anulación de leyes ya revocadas.

En el caso español de conformidad con el artículo 164,1 de la Constitución, la "declaración de inconstitucionalidad" o "declaración de

96 Decisión Nº 3491, 1957. Citado en F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional Italiana,* Caracas 1966, p. 30.

nulidad" de una ley significa la anulación de ésta, siendo la garantía de la Constitución la anulabilidad de los actos del Estado inconstitucionales más que su nulidad. Por lo tanto, la ley declarada inconstitucional es anulada y la declaración tiene efectos ex nunc, pro futuro. Por este motivo el artículo 161,1 de la Constitución establece expresamente que las decisiones ya adoptadas en los procedimientos judiciales no pierden su valor res judicata y el artículo 40,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé lo siguiente:

> "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales...".

Como sucede en la mayoría de los sistemas concentrados de control jurisdiccional de la constitucionalidad en Europa, la excepción a los efectos ex nunc se establece en los casos penales, permitiendo efectos retroactivos limitados, lo que se ha ampliado a las decisiones de los tribunales contenciosos administrativos en el caso de sanciones administrativas. Al respecto, el artículo 40,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé la posibilidad de revisar los juicios, en los casos siguientes:

> "procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad".

Por último, en contraste con la situación en Austria, Italia y España y contrariamente a lo que afirmaba Hans Kelsen con respecto a los efectos de la decisión del juez constitucional en un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, cuando éste resuelve la nulidad de una ley[97]; según la tradición constitucional alemana[98], en el caso de ejercicio de los controles abstracto y concreto de las normas y tratándose de una decisión acerca de un recurso constitucional contra una ley, cuando en la decisión se declara nula una ley, se entiende que dicha ley es declarada nula e inexistente ab initio, es decir que la decisión del Tribunal tiene efectos retroactivos, ex tunc. Esta doctrina tradicional sin embargo, fue mitigada por el Legislador, en la Ley federal que instituyó el Tribunal Constitucional, al limitar expresamente el alcance de la decisión estableciendo que cuando se declara una ley nula por inconstitucionalidad, sólo se pueden revisar las causas criminales en los casos en que la decisión judicial definitiva esté basada en dicha ley declarada nula (art 79,1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Todas las demás

97 H. Kelsen, *loc. cit,* p. 243.

98 Cf. J.C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédéral d'Alemagne,* París 1982, pp. 209-228.

sentencias definitivas y no revisables, así como los actos administrativos basados en la ley declarada nula, deben quedar intactos; sin embargo su ejecución, en caso de que no se hubiese efectuado previamente, debe ser considerada ilegal (art. 79,2 de la Ley del Tribunal).

CONCLUSION

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir, como lo señalamos al inicio, que el sistema panameño de control de la constitucionalidad, si bien es un sistema de control concentrado de la constitucionalidad que sigue las pautas generales de esa técnica de justicia constitucional, presenta características particulares que lo hacen único desde el punto de vista del derecho comparado.

En efecto, los sistemas de control de la constitucionalidad que muestra el derecho comparado se pueden clasificar de la manera siguiente:

1. Según el órgano a quien compete su ejercicio, se clasifican en difusos o concentrados. En el primer caso, corresponde a todos los jueces; en el segundo caso, sólo corresponde a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional.

2. Según el objeto del control, se clasifican en restringidos o amplios. El control difuso generalmente es restringido en el sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes, reglamentos y actos normativos aplicables para la decisión de un caso. El control concentrado, generalmente también es de carácter restringido, en el sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes y otros actos de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución. Un sistema amplio de control de constitucionalidad se refiere a todos los actos estatales.

3. Según el momento en el cual se ejerce el control concentrado, se clasifican en previos o posteriores, según que el control lo ejerza la Corte o el Tribunal Constitucional, antes o después de la promulgación de la Ley.

4. Según el método utilizado para obtener el control concentrado, se clasifican en control por vía principal o por vía incidental. En el primer caso, la acción de inconstitucionalidad puede ser atribuida a determinados funcionarios u órganos del Estado, a quien tenga interés personal, legítimo y directo o a cualquier persona o ciudadano (acción popular). En el segundo caso, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental, corresponde al juez ordinario, teniendo poderes de oficio para ello.

5. Según la garantía objetiva que se establezca de la Constitución, se clasifican en controles que declaran la inconstitucionalidad de un acto estatal, con efectos ex tunc; y controles que anulan un acto estatal, generalmente con efectos ex nunc. En el primer caso las sentencias son declarativas; en el segundo caso constitutivas. En general, el primer caso coincide con el sistema difuso de control de constitucionalidad; y el segundo, con el sistema concentrado de control.

Ahora bien, en cuanto al sistema panameño de control de la constitucionalidad, puede señalarse lo siguiente:

1. Es un sistema exclusivamente concentrado, en el cual se atribuye a la Corte Suprema de Justicia, en pleno, poderes privativos y excluyentes en materia de justicia constitucional. Dicho sistema de control, en consecuencia, no es mixto, pues el sistema de control difuso se eliminó en Panamá a partir de 1941.

El sistema concentrado de justicia constitucional panameño es tanto a priori como a posteriori, y se ejerce tanto por vía de acción como por vía incidental.

2. El control concentrado a priori de la constitucionalidad, referido a las leyes no promulgadas, se ejerce por la Corte Suprema a requerimiento del Ejecutivo, cuando éste objete un proyecto de ley emanado de la Asamblea Legislativa por razones de inconstitucionalidad.

3. El control concentrado a posteriori se refiere a todos los actos estatales (leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales), y se ejerce por la Corte Suprema por vía principal, cuando se le requiere el ejercicio de dichos poderes de control, mediante acción popular.

4. Este control concentrado a posteriori referido a disposiciones de una ley o de un reglamento, también se ejerce por la Corte Suprema por vía incidental, mediante remisión que le haga un funcionario que esté impartiendo justicia, de oficio o a instancia de parte, de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones de la ley o reglamentos aplicables para la resolución de un caso concreto.

Dicho sistema se asemeja al de Uruguay, Honduras y Paraguay en cuanto al carácter exclusivamente concentrado de constitucionalidad, pero con la diferencia de que en esos países no existe acción popular, y de que en Uruguay y Paraguay los efectos de la decisión de la Corte Suprema son ad casu et inter partes.

Dicho sistema, además, se asemeja al venezolano y colombiano en cuanto al control de la constitucionalidad a priori y a posteriori de las leyes y en cuanto al control por vía principal, mediante acción popular, se asemeja al de Venezuela, Colombia, Nicaragua y El Salvador con la diferencia de que en estos países, sólo se refiere a las leyes, los decretos-leyes y demás actos estatales de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución y a los Reglamentos. Además, en Colombia, Venezuela y El Salvador, a diferencia de Panamá, existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, que mezcla el control difuso con el concentrado; pero no existe el método incidental del control concentrado de la constitucionalidad, que sí se aplica en Panamá.

SEGUNDA

LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

Texto de la conferencia dictada en el *I Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional*, y l *III Congreso Internacional: Proceso y Constitución,* Panamá, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, 27/29 de junio de 2012. El texto fue enviado para su publicación en el libro: David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Aquize Cáceres (Coordinadores), *Tendencias actuales del Estado Constitucional contemporáneo: apuntes para una discusión*", Editorial ARA Editores, Lima Perú, 2013.

INTRODUCCIÓN

La aceptación generalizada de la justicia constitucional como potestad asignada a los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los órganos del Estado a los efectos de garantiza la supremacía de la Constitución, fue la culminación de la configuración del Estado Constitucional de derecho de nuestro tiempo.[1] Ello se completó en el mundo contemporáneo, en general después de la segunda guerra mundial, con base

---

[1] Tal como lo señaló Manuel García Pelayo, al referirse al Tribunal Constitucional, el mismo es "un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución," el cual "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." Véase en Manuel García Pelayo, "El Status del Tribunal Constitucional," en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 1, Madrid, 1981, p. 15.

en varios de los principios fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, entre los cuales están:

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.

En segundo lugar, el principio de que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, es el que otorga la Constitución, de manera que la misma sólo puede ser modificada por el pueblo o mediante los mecanismos por éste dispuestos en la propia Constitución.

En tercer lugar, el principio de que la Constitución otorgada por el pueblo es la ley suprema del Estado y 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 Constitución y, por tanto, al control de constitucionalidad que los ciudadanos tiene 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*.[2]

Estos tres principios del constitucionalismo fueron en definitiva, los que originaron la justicia constitucional como potestad estatal para garantizar la

---

[2] Véase en general sobre los sistemas de justicia constitucional, Allan R. Brewer–Carías, "La Justicia Constitucional," en *Revista Jurídica del Perú,* nº 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, 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.Procesos .

Constitución,[3] que fue desarrollada en América desde comienzos del siglo XIX, y en Europa desde comienzos del siglo XX, pero afianzada particularmente después de la segunda guerra mundial al ponerse fin a la soberanía del parlamento.

Esos mismos principios, en todo caso, ante la práctica constitucional experimentada en América Latina en los últimos lustros, continúan planteando los retos fundamentales que sigue teniendo la justicia constitucional en el mundo contemporáneo, entre los cuales se destacan:

Primero, que el juez constitucional debe efectivamente actuar como comisario del poder constituyente, de manera que la soberanía permanezca siempre en el pueblo y no sea usurpada por los órganos constituidos;

*Segundo***,** que el juez constitucional, como garante de la Constitución, debe efectivamente asegurar que las modificaciones o reformas a la misma se realicen conforme a lo que ha sido la voluntad del pueblo plasmada en sus normas;

Tercero, que el juez constitucional como comisario del poder constituyente y garante de la Constitución en si mismo, en su carácter de poder constituido, tiene que estar sometido a la Constitución misma, sin poderla mutar ilegítimamente;

Cuarto, que el juez constitucional como garante del régimen político previsto en la constitución, debe asegurar que el acceso y el ejercicio del poder solo se haga conforme a sus previsiones; y

Quinto, que el juez constitucional como garante de los derechos fundamentales, debe asegurar su efectiva vigencia y protección sobre la base del principio de la progresividad.

Mi intención, en estas notas, particularmente de cara a las recientes experiencias constitucionales en algunos países de América Latina, donde se han arraigado autoritarismos tanto en fraude a la Constitución como a la propia voluntad popular, es referirme ahora a los tres primeros de los retos mencionados, a cuyo efecto destacaré en contraste, los casos más importantes de lo que puede denominarse la patología de la justicia constitucional, y que hay que insistir en advertir a los efectos de evitar que el mal desarrollado se propague, conforme a la cual el juez constitucional en lugar de ser efectivamente el guardián de la Constitución, ha terminado siendo el verdugo del Estado constitucional.

---

[3] Véase H. Kelsen. "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* París, 1928, p. 214.

PRIMER RETO:
QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL EFECTIVAMENTE ACTÚE COMO COMISARIO DEL PODER CONSTITUYENTE, DE MANERA QUE LA SOBERANÍA PERMANEZCA SIEMPRE EN EL PUEBLO Y NO SEA USURPADA POR los ÓRGANOS CONSTITUÍDOS

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,"[4] 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 si 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."

Eso sucedió precisamente con la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de 1999,[5] 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 manipulado 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

---

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

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

constituyente e impedir que los órganos constituidos del Estado, incluyendo los circunstanciales, asuman o usurpen el poder constituyente del pueblo.[6]

1. Las enseñanzas del caso venezolano de 1999: una Asamblea Constituyente con poderes de "poder constituyente originario" 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, desarrollado al margen de la Constitución, por una Asamblea Constituyente que asumió poderes constituyentes originarios que el pueblo no le había atribuido.[7]

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 Nº 3 para la realización de un referendo consultivo buscando que el pueblo se pronunciase "sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional

---

6 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 Prresidente de la República, no prevista en la Constitución, para modificar una cláusula pétrea constitucional como as 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***,** No. 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 Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México 2009, pp.11-77; y en *Revista Aragonesa de Administración Pública***,** No.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 No. 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, 144 pp.

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional,* Serie Estudios Nº 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.

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 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).[8] 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 autorizatorio no regulado ni previsto en dicha norma legal.[9] 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 Constituyente, 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 Nº 3 fue impugnado por inconstitucional ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia[10], 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

---

8 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 36.634 de 02-02-99.

9 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,* COPRE, Caracas 1998.

10 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.

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.[11] 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 Constitución 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 reformatorio del Decreto Nº 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[12]. 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 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.

---

11 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*, Nº 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 73 y ss.

12 Contenido en un "Aviso Oficial" publicado en *G.O.* 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.

Dicha impugnación fue resuelta por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, en la sentencia de 13 de abril de 1999[13], 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.

Después de todas estas vicisitudes judiciales,[14] y de la corrección del Decreto Nº 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.[15]

---

13 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*, Nº 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 85 y ss.

14 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, No. 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453-514

15 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).

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,[16] desacatando además las órdenes judiciales emanadas de la Corte Suprema, para lo cual sus miembros incurrieron 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.[17]

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,[18] la Asamblea se declaró a si 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*" (artículo 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).

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

---

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

17 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, Nº 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.

18 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates), Agosto-Septiembre 1999,* Sesión de 07-08-99, Nº 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, Nº 4, pp. 6 a 13.

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, parágrafo segundo).[19]

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 dictados 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,[20] 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

---

19 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates), Agosto-Septiembre 1999*, Sesión de 07-08-99, Nº 4, p. 144. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* Nº 36.786 de 14-09-99. Como ha señalado Lolymar 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.

20 *Gaceta Oficial* Nº 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, Nº 8, pp. 2 a 4.

emergencia" (Art. 1º), creando una Comisión de Emergencia Judicial, que asumió el proceso de intervención de la Justicia,[21] lesionando la autonomía e independencia del Poder Judicial, suplantando los órganos regulares del gobierno y administración de la Justicia.[22] El Decreto 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,[23] 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*"[24] dictado por la Asamblea el 25 de agosto de 1999, reformado cinco días después, el 30 de agosto de 1999[25]; 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, atribuyéndole además, inconstitucionalmente, la función legislativa del Estado a la Comisión Delegada del Congreso y a la propia Asamblea Constituyente.[26] En

---

21 *Gaceta Oficial* Nº 36.772 de 25-08-99 reimpreso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99.

22 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, Nº 10, pp. 17 a 22. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* Nº 36.782 de 08-09-99.

23 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.

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

25 *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99.

26 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, Nº 13, pp. 12 a 13 y 27 a 30 y Sesión de 30-08-99, Nº 16, pp. 16 a 19. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* Nº 36.772

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,"[27] 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,[28] mediante el cual la Asamblea modificó la propia Constitución (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*)[29] 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 ac la Constitución de 1961, permitiendo que aquélla 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.

---

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.

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

28 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates), Noviembre 1999-Enero 2000*, *cit.,* Sesión de 22-12-99, Nº 51, pp. 2 y ss. Véase *Gaceta Oficial* Nº 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* Nº 36.860 de 30-12-99.

29 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 111 y ss.

Segundo, otra sentencia dictada esta vez con motivo de la impugnación del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, y por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia cuyos integrantes habían sido nombrados en dicho Decreto, la Sala Constitucional en sentencia Nº 4 de fecha 26 de enero de 2000 (*Caso Eduardo García*), decidiendo en su propia causa reconoció 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 Nº 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 Nº 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 Unica; 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 supraconstitucionales. 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 ichos 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 No. 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 2000[30] por la propia Asamblea Constituyente sin tener potestad alguna para ello, 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.[31]

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

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

---

30 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 36.884 de 03-02-00

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

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 abril de 1999, que, se insiste, se había considerado 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 referendo 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.

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 Tribunal 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 2000[32], 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."

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."[33]

2. Las enseñanzas del caso ecuatoriano de 2007: una Asamblea Constituyente con "plenos poderes" que se auto declaró inmune al control de constitucionalidad por el Juez Constitucional

---

32 *Gaceta Oficial* Nº 37.077 de 14-11-00.

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

En Ecuador, en 2007 puede decirse que sucedió algo similar a lo que ocurrió en Venezuela 1999: [34] El 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 instalase 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 No. 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 1º, 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

---

[34] 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 No. 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009

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 elimina 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, el 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 aparto 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 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, 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, que conformaban en número una 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, provocó la destitución de los jueces que los habían acordado por parte del Tribunal Supremo Electoral. 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" (artículo 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 2007[35] 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 n 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 Constituyente No.1 del 29 de noviembre de 2007[36] (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

35 Resolución n° 008-07-TC, R.O. nº 133, 24 de julio de 2007

36 R.O. nº 223, Suplemento, 30 de noviembre de 2007.

de diciembre de 2007,[37] 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 el Ecuador, por tanto, el Tribunal Constitucional se abstuvo de ejercer oportunamente el control de constitucionalidad de los de convocatoria de la Asamblea Constituyente; y luego no fue que el Tribunal Constitucional el cual declarara la inmunidad jurisdiccional de los actos de la Asamblea Constituyente, como sucedió en Venezuela y se ha analizado anteriormente mediante la asignación a los mismos de un rango "para constitucional", sino que fue la propia Asamblea Constituyente la cual declaró a sus actos 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.

SEGUNDO RETO:
QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN, EFECTIVAMENTE ASEGURE QUE LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN SE REALICEN CONFORME A SUS NORMAS

El segundo reto de la justicia constitucional al cual me quería referir en estas notas, es que el Juez Constitucional, como garante de la Constitución, efectivamente asegure que las modificaciones a la misma se realicen conforme a sus propias normas, es decir, conforme a la voluntad del pueblo expresada en la Constitución.

Es decir, 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. De ello resulta que 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

[37] Disposición final primera, R.O. n° 236, suplemento, 30 de diciembre de 2007.

fraude constitucional consiste en crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución, distinto al previsto en esta; 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[38].

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 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." [39]

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 de nuestras 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 "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".[40]

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca

---

38 Véase G. Liet-Veaux, "La fraude à la Constitution", *Revue du Droit Public,* París 1943, pp. 116-150.

39 Véase en *Revista de Derecho Público* Nº 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss

40 *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

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 supremacía[41], 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.

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."[42]

---

41 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

42 *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

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 libertades constitucionales, lo que en definitiva, no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respecto 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 está la decisión del la Corte Constitucional de Colombia de 2010, respecto de la Ley sobre la reforma constitucional referida al tema de la reelección presidencial, la cual fue declarada inexequible por violar la Constitución,[43] de lo que resultó que el Presidente de la República no pudiese volver a ser reelecto. Lamentablemente, las enseñanzas del caso venezolano conducen a otro panorama.

1. Las enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional renunciando a controlar la constitucionalidad de los procedimientos de reforma constitucional desarrollados en violación de la Constitución

[43] Véase la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley No. 1354 de 2009, en Comunicado No. 9, de 26 de febrero de 2010, en www.corteconstitucional.com

En efecto, en contraste, en Venezuela, en 2007 la Jurisdicción Constitucional atribuía a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violando la misma Constitución, renunció a ejercer el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos cumplidos para llevar adelante una "reforma constitucional" propuesta a iniciativa del Presidente de la República conforme al procedimiento de "reforma constitucional" regulado en los artículos 342 y siguientes de la Constitución", cuando por las trasformaciones fundamentales al Estado que contenía el proyecto, debía haberse sometido al procedimiento de la "Asamblea Nacional Constituyente" conforme al artículo 347 y siguientes del texto fundamental.

Con la reforma propuesta en 2007, en efecto, se pretendía cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la segunda guerra mundial, por el de un **Estado Socialista, centralizado, policial y militarista,** con una doctrina oficial "bolivariana", que se identificó como "el Socialismo del Siglo XXI", con un sistema económico socialista de capitalismo de Estado.[44] El procedimiento seguido para buscar dicha reforma violaba por tanto abiertamente la Constitución, y aún cuando el pueblo fue el que se encargó de rechazar la reforma en el referendo convocado para su aprobación del 2 de diciembre de 2007, en el proceso seguido quedó evidenciada la patología de la justicia constitucional manifestada en la negativa de la Jurisdicción Constitucional en juzgar sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma seguido.

Con ocasión del irregular procedimiento de reforma constitucional que se desarrollo, se interpusieron diversas acciones de amparo constitucional, que se ejercieron contra los actos estatales que se sucedieron en el mismo, en cuyas sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la misma 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. Con tal fin, la Sala, consideró, 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, concluyó que

---

44 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. Véase sobre esta reforma 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007

los mismos solamente hubieran podido ser impugnados cuando concluyera el procedimiento con el referendo aprobatorio de la reforma.[45]

En estas decisiones, la Sala Constitutional, en definitiva, no fue que declaró "inadmisible" la acción, sino que 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" un tipo de "decisión" judicial no prevista en la Ley que rige sus funciones, de declarar que "no ha lugar a la acción," lo que equivale a decidir, que el ciudadano en ese caso, no tiene derecho de acceder a la justicia. Ello fue la negación misma del Estado de derecho**.** [46]

Es decir, la Sala Constitucional, 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 una de las sentencias dictadas, No 2042 (*Caso Néstor Luís Romero*) de 2 de noviembre de 2007, que el accionante no tenía "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 inadmisible la acción de conformidad conforme a lo dispuesto en el artículo 19,5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, "por la falta de legitimación del accionante."

Pero no quedó allí la actuación de la Sala Constitucional ante la reforma, sino que en adición, y con motivo de conocer, también, diversas acciones de inconstitucionalidad que se intentaron contra los diversos actos estatales adoptados en el procedimiento de reforma constitucional (iniciativa presidencial, aprobación por la Asamblea Nacional y convocatoria por el

---

45 Véase por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional Nº 1974 de 23-10-2007, *Caso José Ignacio Guedez Yépez en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1974-231007-07-1055.htm;* sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, *Caso Néstor Luis Romero Méndez* en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm; Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No 2108 del 7 de Noviembre de 2007, *Caso Jorge Paz Nava y otros* en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm

46 Véase el estudio de las respectivas 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*, núm. 112, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 661-694

Consejo Nacional Electoral), le Sala Constitucional simplemente las declaró como "improponibles," luego de que la Presidenta de dicha Sala había hecho un anuncio público en la materia. En efecto, desde el día 17 de agosto de 2007, sólo dos días después de que el Presidente de la República había presentado su Anteproyecto de reforma ante la Asamblea Nacional para intentar, 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 designado para elaborar esa reforma constitucional, adelantándose a cualquier posible y previsible impugnación por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial y del trámite parlamentario, 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".[47]

Y eso fue, precisamente, lo que decidió la Sala Constitucional en múltiples sentencias, como por ejemplo, en su sentencia No. 2189 de Noviembre de 2007 (*Caso Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros), en la cual participó la Presidenta quien no se inhibió como hubiera correspondido en un Estado de derecho al haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido, comprometiendo su imparcialidad[48], y en la cual más bien declaró como "improponible" una acción de inconstitucionalidad contra el acto de la Asamblea Nacional que había sancionado la reforma constitucional.[49] Es decir, el juez constitucional, simplemente, se negó a ejercer el control de constitucionalidad e incluso,

---

47 Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-07.

48 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."

49 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No 2189 de 22 de Noviembre de 2007, *Caso Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV) y otros*,**6,**en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm

negó el derecho ciudadano acceder a la justicia y a obtener tutela judicial. Consideró la Sala en la sentencia, que "la decisión conforme a la cual el Presidente en Consejo de Ministros hubiere acordado presentar una iniciativa de Reforma; la remisión mediante la cual dicha autoridad ejerció la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, como los pronunciamientos o decisiones posteriores que ha venido emitiendo o tomando la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio de aquélla potestad, son actos de trámite, y en tal sentido resultan inimpugnables de forma separada e independiente."[50] En otra sentencia, la misma Sala Constitucional argumentó que "el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un acto normativo no perfeccionado, no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente a *priori* su contenido"; razón por la cual en este caso, también declaró "improponible en derecho la acción popular de inconstitucionalidad intentada".[51]

El Juez constitucional "inventando" una nueva categoría de decisiones de la Jurisdicción Constitucional, distinta a la inadmisibilidad, o a declarar sin lugar la acción, lo que hizo fue negar 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. 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, en efecto, 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 No. 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 No. 796 de 2003, decidió que:

---

[50] Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso *Jorge Paz Nava y otros* en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm

[51] *Idem*

> "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 reformatorio 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; 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 todas 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.[52]

---

[52] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Nº 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

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.

2. Otra enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional absteniéndose de controlar la constitucionalidad de la inconstitucional implementación de la reforma constitucional rechazada por el pueblo mediante leyes y decretos leyes

Sin embargo, la patología de la justicia constitucional en Venezuela no sólo se manifestó 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 permitió la implementación de la rechazada reforma en violación de la Constitución.[53]

Así ocurrió, por ejemplo, con los Decretos Leyes que fueron dictados con fundamento en la Ley habilitante de febrero de 2007,[54] y que en la orientación del proyecto de reforma constitucional rechazado popularmente tendiente a consolidad un Estado Socialista, tuvieron como objetivo establecer un

---

53 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*, No. 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 refrendaría 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

54 *Gaceta Oficial* 38.617, de fecha 1° de febrero de 2007

sistema socialista de planificación centralizada,[55] un sistema económico socialista,[56] y la Fuerza Armada Bolivariana con una Milicia no prevista en la Constitución.[57]

También ocurrido con la sanción de leyes, como la dictada para regular el Distrito Capital como una entidad territorial totalmente dependiente del Poder Nacional,[58] reviviéndose el desaparecido "Distrito Federal" de 1864, contrariando abiertamente la Constitución que lo concibe como una entidad con autonomía política.

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.

Y 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 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 constituiconal, 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.[59]

---

55 Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria", *Revista de Derecho Público*, No. 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 79-89

56 Por ejemplo, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, y Ley para el fomento y desarrollo de la economía popular, *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008.

57 Véase Ley sobre la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, *Gaceta Oficial* con fecha 31 de julio de 2008.

58 *Gaceta Oficial* Nº 39.156 de 13 de abril de 2009.

59 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 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 No. 1330 de

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.[60]

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.[61] 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.

TERCER RETO:
QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUIDO QUE ES, TIENE QUE CUMPLIR SU FUNCIÓN DE GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN SOMETIDO A LA MISMA, SIN PODERLA MUTAR ILEGÍTIMAMENTE

El tercer reto que tiene en la actualidad el Juez Constitucional que quería destacar en esta exposición, 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 siempre tiene 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 una sentencia N° 74 de 25

17-12-2010 en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html; sentencia No. 1329 de 16-12-2010 en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html; y sentencia No. 1329 de 16-12-2010 en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html

60 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.015 Extra. de 30-12-2010

61 Véase el texto del recurso de nulidad por inconstitucionalidad de todas esas leyes en José Ignacio Hernández, Jesús María Alvarado, 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, No. 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236 e

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.*"[62]

De ello resulta, además, que 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.[63]

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."[64] 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,[65] se interpreta el alcance de las normas

---

62 Véase en *Revista de Derecho Público* Nº 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss

63 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

64 Véase Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (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.

65 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*

reguladoras de tales derechos en sentido garantista o protectivo 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," puede decirse que se ha aceptado con gran frecuencia en el mundo contemporáneo,[66] 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.[67] 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 sericio de un proyecto politico 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.[68]

En tiempos recientes, en alguno de nuestros países de América Latina se puede destacar apreciar esta tendencia del Juez Constitucional de mutar ilegítimamente la Constitución, abandonando su rol de poder constituido 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

---

aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires 1997, p. 163

66 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 79 ss,

67 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.

68 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.

Corte Suprema de Nicaragua, declarando "inconstitucional" una norma de la Constitución para permitir la reelección presidencial.

1. La enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional mutando ilegítimamente la Constitución para implementar directamente la reforma constitucional rechazada por el pueblo

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,[69]

Entre las múltiples mutaciones ilegítimas que ha efectuado la Sala Constitucional,[70]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,[71] al punto de que en Venezuela

---

69 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*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650

70 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 79 ss.

71 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*

el artículo 23 de la Constitución dispuso 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, los cuales deben prevalecer sobre las mismas en caso de regulaciones más favorables a su ejercicio. 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 No. 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Alvarez 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 en el Venezuela 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.

---

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, No. 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.

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,[72] en informe de junio de 2007,[73] 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 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.[74] 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.[75]

Pero en materia de derechos humanos, el articulo 23 de la Constitución además dispuso que las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a los 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 un carácter de máximo y último intérprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no tiene, pues todas las Salas

---

72 Véase Decreto No. 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* Nº 38.607 de 18-01-2007

73 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.

74 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 122 ss.

75 Véase entre otros aspectos, los contenidos en el libro 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, No. 2, Caracas 2007.

del Tribunal Supremo lo tienen, ha establecido en sentencia Nº 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"[76].

Con esta decisión inconstitucional, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente la Constitución, pues conforme a la norma de su 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, cundo es la propia Constitución la que dispone que los tratados, pactos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República son "de aplicación inmediata y directa por los tribunales" (art. 23).

Por último, en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional en la sentencia antes indicada No. 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*, además, 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

---

[76] Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 ss.

la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de sus garantías judiciales.[77]

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.[78] La decisión de la sala Constitucional, por tano, fue 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,[79] 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."[80]

---

77 Véase en www.corteidh.or.cr . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182.

78 ***Artículo 31.*** Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos 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.

79 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

80 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 Derechos Humanos en el Perú, fue que la misma Corte Interamericana dictó el fallo subsiguiente, antes indicado, de 7 de

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 No 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.[81] 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

---

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 Petruzzi 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 inadmisible 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.

81 El tema, ya lo había adelantado la Sala Constitucional en su conocida sentencia No. 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato*) (Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 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 constitucional, 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."

inadmisible." Acusó además, 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 No. 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),[82] también declaró "inejecutable" otra decisión 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.[83] 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.[84]

En la sentencia dictada por la Sala Constitucional para declarar inejecutable esa decisión internacional en Venezuela, la misma consideró que la Corte Interamericana 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),

---

82 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.htmll

83 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. Vvenezuela, septiembre 2011*," en *Revista de Derecho Público*, No. 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011 (En prensa).

84 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)," en *Libro homenaje a Francisco Cumplido*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, 2011 (En prensa).

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." [85]

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.[86]

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.[87]

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.

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

---

85 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.htmll

86 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

87 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 122.

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 rehazada por el pueblo.

En efecto, Venezuela siempre ha estado organizada como un Estado Federal, para lo cual, aún cuando encubriendo a una federación centralizada, [88] la Constitución establece un sistema de distribución de competencias entre los niveles territoriales (Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional), que en definitiva, sólo puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional (artículos 136, 156, 164, 178 y 179).[89] Específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución la competencia "exclusiva" al Poder Nacional en materia del "sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales (artículo 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. [90] En particular con la reforma se buscaba "nacionalizar," la referida

---

88 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 Nº 229, México 2005, pp. 717-750

89 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 Nº 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

90 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

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."[91]

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia No. 565 de 15 de abril de 2008[92], dictada con motivo 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 atribuidas en forma exclusiva a los Estados.[93] 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 Descentralización, dispuso que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es

---

91 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, No. 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

92 *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/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm

93 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*, No. 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262

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 interpretación 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," exhortando 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 decisión[94], 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,[95] 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.

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

---

94 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."

95 Gaceta Oficial N° 39 140 del 17 de marzo de 2009

permitirá",[96] 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.[97] Con la prohibición constitucional, al derogarse este artículo de la Ley Orgánica, quedó derogado con 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 de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República,[98] 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,[99] 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.

---

96 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 en'4e

97 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 Interamaricano de Elecciones,* San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139..

98 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

99 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La proyectada reforma constitucional de 2007", rechazada por el poder constituyente originario", en *Anuario de Derecho Público 2007,* Universidad Monteavila, Caracas 2008.

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 No. 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 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,[100] 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.

2. Una enseñanza del caso nicaragüense: el juez constitucional mutando ilegítimamente la Constitución 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 No. 504 de 19 de octubre de 2009, 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.

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 de la Constitución era "inaplicable," mutando así ilegítimamente la Constitución, al eliminr del texto la rígida prohibición constitucional a la

[100] 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

reelección presidencial.[101] Posteriormente, esta decisión de la sala Constitucional fue ratificada por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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 de la Constitución violaba el derecho a la igualdad, el derecho al sufragio y el derecho a la personalidad consagrados en los Arts, 27, 47, 48, 50 y 51 de la Constitución, entre otros, declarando en consecuencia que la norma era inconstitucional en la parte antes mencionada.[102] La sentencia consideró en efecto, que el derecho a la igualdad era podía considerarse violado porque el Art. 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

---

101 See Sergio J. Cuarezma Terán and Francisco Enríquez Cabistán, *Nicaragua National Report*, p. 43; Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, p. 101

102 Véase el comentario a la sentencia, el Dr. Iván Escobar Fornos, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, quien indicó 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". *Ensayo presentado por el autor ante la Mesa Redonda Jurídica Internacional organizada por la Fundación Alexandre Gusmán y el Instituto de Pesquisa de Relaciones Internacionales* (del ITAMARATI, Brasil), Septiembre, 2010, a pagina 33; citado en el documento de presentado por Renaldy J. Gutierrez, *Estado de Derecho, Mision de la Federacion Interamercana 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 (Pittsburh), San José, Costa Rica, 28 y 29 de marzo de 2012.

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 libre 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 concluyo afirmando que la decisión accioanda 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…" de ello, resultó 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.

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 a 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, 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, debiendo sometersee a su normativa, estándole vedado mutarla.

Es decir, como tal 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. Esa la podrían violar los otros poderes del Estado, pero no el guardián de la Constitución.

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.[103] Con ello se busca asegurar, por la 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 custodies ipso custodiem*? siempre hay que hacerla, aunque no tenga respuesta.[104] Por ello, George Jellinek decía que la única garantía del guardián de la Constitución al final radica en su "conciencia

---

[103] Véase Allan R. Brewer-Carías, "The question of Legitimacy: How to choose the Supreme Court Judges", en Ingolf Pernice, Julianne Kokott, Cheryl Sauders (eds), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective*. 6th International ECLN Colloquium / 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, nº 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 125-161

[104] 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*, nº 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.

moral;"[105] y Alexis de Tocqueville fue tan preciso al observar cuando analizó la Constitución federal de los Estados Unidos que:

> "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."[106]

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."[107]

---

105 Véase George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof fur 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 esterotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

106 Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII "The Federal Constitution," de la traducción de 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.

107 Véase Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a ellas," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

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 mutar[108] la Constitución en forma ilegítima y fraudulenta, configurando un completo cuadro de "in" justicia constitucional.[109] 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 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.[110]

Como lo reconoció la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en su sentencia Nº 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

---

108 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*, nº 180, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383-418.

109 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.

110 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.

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 centralizado, que niega la representatividad, montado sobre una supuesta democracia participativa controlada y de carácter socialista,[111] 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 totra sentencia Nº 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…" [112]

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.

New York, mayo 2012

.

---

[111] 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, Nº 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.

[112] Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html

TERCERA

LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO COMUNAL SOCIALISTA, SIN REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

Texto del estudio enviado para su publicación en la *Revista de la Procuraduría de la Administración,* Panamá, 2012. El texto fue publicado además en el *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas,* (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82

La Constitución venezolana de 1999, actualmente vigente, constituyó a Venezuela como un **Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia**, "que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político" (art.2), organizando a la República como "un **Estado federal descentralizado**" que "se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad" (art. 4).

Ese es el Estado Constitucional en Venezuela: un **Estado Federal descentralizado, Democrático y Social de Derecho y de Justicia,**[1] montado sobre un sistema de distribución vertical del Poder Público en tres niveles territoriales, entre el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal (art. 136), cada uno debiendo tener siempre un gobierno de carácter "electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables," tal como lo exige el artículo 6 de la Constitución.

No es posible, por tanto, constitucionalmente hablando, crear por ley instancias políticas que vacíen de competencias a los órganos del Estado (la República, los Estados, los Municipios y demás entidades locales) y menos aún establecerlos con funciones políticas sin que se asegure su carácter electivo mediante la elección de representantes del pueblo a través de sufragio universal, directo y secreto; sin que se asegure su autonomía política propia del carácter descentralizado; y sin que se garantice su carácter pluralista, en el sentido de que no pueden estar vinculados a una ideología determinada como es el Socialismo.

Este modelo de Estado Constitucional se intentó cambiar mediante una Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, con el objeto de establecer un Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial[2] denominado Estado del Poder Popular o Estado Comunal,[3] la cual sin embargo, una vez sometida a consulta popular, fue rechazada por el pueblo el 7 de diciembre de 2007.[4]

Sin embargo, en burla a la voluntad popular y en fraude a la Constitución, desde antes de que se efectuara dicho referendo, la Asamblea Nacional en abierta violación a la Constitución comenzó a desmantelar el Estado Constitucional para sustituirlo por un Estado Socialista mediante la estructuración *paralela* de un Estado del Poder Popular o Estado Comunal, a

---

1 Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

2 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

3 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, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

4 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario", en *Anuario de Derecho Público 2007,* Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65

través de la sanción de la Ley de los Consejos Comunales de 2006,[5] reformada posteriormente y elevada al rango de ley orgánica en 2009.[6]

Posteriormente, el empeño por implantar en Venezuela un Estado Socialista fue rechazado de nuevo con ocasión de las elecciones legislativas efectuadas el 26 de septiembre de 2010, las cuales fueron planteadas por el Presidente de la República y la mayoría oficialista de la propia Asamblea Nacional, quienes hicieron una masiva campaña a favor de sus candidatos, como un "plebiscito" respecto al propio Presidente, su actuación y sus políticas socialistas ya previamente rechazadas por el pueblo en 2007, "plebiscito" que el Presidente de la República y su partido perdieron abrumadoramente pues la mayoría del país votó en contra de las mismas.

Sin embargo, al haber perdido el Presidente y su partido el control absoluto que ejercían sobre la Asamblea Nacional, lo que en el futuro les impedía imponer a su antojo la legislación que quisieran, antes de que los nuevos diputados electos a la Asamblea pudieran tomar posesión de sus cargos en enero de 2011, en diciembre de 2010, atropelladamente y de nuevo en fraude a la voluntad popular y a la Constitución, la deslegitimada Asamblea Nacional precedente procedió a la sanción de un conjunto de Leyes Orgánicas mediante las cuales se ha terminado de definir, al margen de la Constitución, el marco normativo de un nuevo Estado, *paralelo al Estado Constitucional*, que no es otra cosa que un Estado Comunista, es decir, Socialista, Centralizado, Militarista y Policial denominado "Estado Comunal.".

---

5 Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006

6 Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009. Véase la sentencia No. 1.676 de 03-12-2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley Orgánica de los Consejos Comunales, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1676-31209-2009-09-1369.html

Dichas **Leyes Orgánicas** son las del **Poder Popular,**[7] **de las Comunas,**[8] **del Sistema Económico Comunal,**[9] **de Planificación Pública y Comunal**[10] y **de Contraloría Social,**[11] Además, en el mismo marco de estructuración del Estado Comunal montado sobre el Poder Popular se destaca la reforma de la **Ley Orgánica del Poder Público Municipal**,[12] y de las **Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas**,[13] y **de los Consejos Locales de Planificación Pública**.[14] En diciembre de 2010, además, se trató de aprobar la **Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y Atribuciones de los Estados y Municipios a las Organizaciones del Poder Popular**, la cual sin embargo no llegó a ser sancionada.[15]

La deslegitimada Asamblea Nacional, además, sancionó una Ley habilitante autorizando al Presidente de la República para por vía de legislación delegada, dictar leyes en todas las materias imaginables, incluso de carácter orgánico, vaciando así por un período de 18 meses, hasta 2012, a la nueva Asamblea Nacional de materias sobre las cuales poder legislar.

---

7 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia No. 1329 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

8 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia No. 1330 de 17-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html

9 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia No. 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html

10 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia No. 1326 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

11 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia No. 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html

12 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.015 Extra. de 28-12-2010.

13 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.015 Extra. de 30-12-2010

14 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.015 Extra. de 30-12-2010

15 El proyecto de esta Ley fue aprobado en Primera Discusión en la Asamblea Nacional el 21 de diciembre de 2010. Para el 31 de diciembre de 2010 quedó en discusión en la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el marco definitorio general del Estado Socialista que se quiere imponer a los venezolanos, y por el cual nadie ha votado, montado sobre el ejercicio de la soberanía del pueblo exclusivamente en forma directa a través del ejercicio del Poder Popular y el establecimiento de un Estado Comunal está contenido en la Ley Orgánica del Poder Popular (LOPP), a cuyo análisis van destinadas estas notas, cuyas disposiciones, conforme a su artículo 6, "son aplicables a todas las organizaciones, expresiones y ámbitos del Poder Popular, ejercidas directa o indirectamente por las personas, las comunidades, los sectores sociales, la sociedad en general y las situaciones que afecten el interés colectivo, acatando el principio de legalidad en la formación, ejecución y control de la gestión pública."

Es decir, las disposiciones de esta ley orgánica son omnicomprensivas, se impone su aplicación a todos y a todo, como pieza esencial del principio de legalidad en la formación, ejecución y control de la gestión pública.

I. EL ESTADO COMUNAL, EL PODER POPULAR Y EL SOCIALISMO

El objetivo fundamental de estas leyes es la organización del "Estado Comunal" que tiene a la Comuna como a su célula fundamental, suplantando inconstitucionalmente al Municipio en el carácter que tiene de "unidad política primaria de la organización nacional" (art. 168 de la Constitución), a través de cuya organización se ejerce el Poder Popular, el cual se concreta en el ejercicio de la soberanía popular sólo directamente por el pueblo, y no mediante representantes. Se trata por tanto, de un sistema político estatal en el cual se ignora la democracia representativa violándose así abiertamente la Constitución de la República.

El Estado Socialista que se busca implantar con estas leyes, denominado Estado Comunal, *en paralelo* al Estado Constitucional, se basa en este simple esquema: como el artículo 5 de la Constitución dispone que "La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público," habiéndose estructurado el Estado Constitucional basado en el concepto de democracia representativa, es decir, el ejercicio de la soberanía en forma indirecta mediante el sufragio; entonces ahora se estructura el Estado Comunal, basado en el ejercicio de la soberanía en forma directa.

Ello incluso ha sido "legitimado" por las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando al analizar el carácter orgánico de las leyes, como en la dictada en relación con la Ley Orgánica de las Comunas, señaló que la misma se dictó:

> "en desarrollo del principio constitucional de la democracia participativa y descentralizada que postula el preámbulo constitucional y que

> reconocen los artículos 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de cuyo contenido se extrae el principio de soberanía, cuyo titular es el pueblo, quien está además facultado para ejercerla "*directamente*" y no sólo "*indirectamente*" por los órganos del Poder Público; así como del artículo 62 *ejusdem*, que estatuye el derecho de las personas a la libre participación en los asuntos públicos y, especialmente, el artículo 70 del mismo texto fundamental, que reconoce expresamente medios de autogestión como mecanismos de participación popular protagónica del pueblo en ejercicio de su soberanía, medios que son sólo enunciativos en los términos de la predicha norma."[16]

Es con base en estos principios que en el artículo 8.8 de la LOPP, se define al Estado comunal, como la:

> **"**Forma de organización político social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna.[17]

Se busca establecer así, un Estado Comunal en paralelo al Estado Constitucional: el primero basado en el ejercicio de la soberanía directamente por el pueblo; y el segundo, basado en el ejercicio de la soberanía indirectamente por el pueblo, mediante representantes electos por sufragio universal; en un sistema, en el cual el primero irá vaciando progresivamente de competencias al segundo. Todo ello es inconstitucional, particularmente porque en la estructura del Estado Comunal que se monta, el ejercicio de la soberanía en definitiva es indirecta mediante "representantes" que se "eligen"

---

16 Véase la sentencia No.1.330, Caso: Carácter Orgánico de la Ley Orgánica de Comunas, de fecha 17/12/2010, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html

17 En la Ley Orgánica de las Comunas, sin embargo, se define al Estado Comunal de la siguiente manera: "Forma de organización político-social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, a través de los autogobiernos comunales, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno y sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna" (art. 4.10).

para ejercer el Poder Popular en nombre del pueblo, y que son denominados "voceros" o "vocerías," pero no son electos mediante sufragio.

El sistema que se busca montar, en definitiva, controlado todo por un Ministerio del Ejecutivo Nacional, lejos de ser un instrumento de descentralización – concepto que está indisolublemente unido a la autonomía política – es un sistema de centralización y control férreo de las comunidades por el Poder Central. Por ello la aversión al sufragio. En ese esquema, una verdadera democracia participativa sería la que garantizaría que los miembros de los Consejos Comunales, las comunas y todas las organizaciones e instancias del Poder Popular fueran electas por sufragio universal, directo y secreto, y no a mano alzada por asambleas controladas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional, en contravención al modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia descentralizado establecido en la Constitución.

Pues bien, es en este contexto, y buscando establecer en paralelo al Estado Constitucional en el cual el pueblo ejerce indirectamente el Poder Público mediante representantes electos por sufragio universal directo y secreto, un Estado Comunal en el cual el pueblo supuestamente ejercería directamente el Poder Popular mediante voceros que no son electos por sufragio universal, directo y secretos, sino en asambleas de ciudadanos, el artículo 2 de la LOPP, define al Poder Popular, como:

> "el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el estado comunal."

Todo lo cual no es más que una falacia, pues en definitiva en ese "edificio" del Estado Comunal se le niega al pueblo el derecho de elegir libremente, mediante sufragio universal, directo y secreto a quienes van a representarlo en todos esos ámbitos, incluyendo el internacional. Se trata más bien de un "edificio" de organizaciones para evitar que el pueblo realmente ejerza la soberanía e imponerle mediante férreo control central políticas por las cuales nunca tendrá la ocasión de votar.

Por otra parte, según el artículo 4 de la LOPP, la finalidad de este Poder Popular que se ejerce por los órganos del Estado Comunal, "garantizar la vida y el bienestar social del pueblo, mediante la creación de mecanismos para su desarrollo social y espiritual, procurando la igualdad de condiciones para que todos y todas desarrollen libremente su personalidad, dirijan su destino, disfruten los derechos humanos y alcancen la suprema felicidad social; sin discriminaciones por motivos de origen étnico, religioso, condición social, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de genero, idioma, opinión política, nacionalidad u origen, edad, posición económica, condición de discapacidad o cualquier otra circunstancia personal, jurídica o social, que

tenga por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y garantías constitucionales." Por supuesto todos estos principios de igualdad se rompen desde que el sistema de Estado Comunal, paralelo al Estado Constitucional, se monta sobre una concepción única, que es el Socialismo, de manera que quien no sea socialista está automáticamente discriminado. No es posible, por tanto, en el marco de esta ley poder conciliar el pluralismo que garantiza la Constitución y el principio de la no discriminación por razón de "opinión política" a que se refiere este artículo, con el resto de las disposiciones de la Ley que persiguen todo lo contrario, es decir, el establecimiento de un Estado Comunal, cuyas instancias sólo pueden actuar en función del Socialismo y en las cuales todo ciudadano que tenga otra opinión queda excluido.

Es decir, mediante esta Ley Orgánica se ha establecido el marco definitorio de un nuevo modelo de Estado paralelo y distinto al Estado Constitucional, denominado el Estado Comunal basado en forma exclusiva y exclusionista en el socialismo como doctrina y practica política, que es la organización política a través de la cual se produce el ejercicio del Poder Popular que es a la vez "el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo."

Ese Poder Popular se fundamenta, como se declara en el artículo 3 de la LOPP, "en el principio de soberanía y el sentido de progresividad de los derechos contemplados en la Constitución de la República, cuyo ejercicio y desarrollo está determinado por los niveles de conciencia política y organización del pueblo" (art. 3). Con esta declaración, sin embargo, lejos de la universalidad, prevalencia y progresividad de los derechos humanos que se garantizan la Constitución, lo que se ha establecido es la desaparición total de la concepción universal de los derechos humanos, el abandono a su carácter prevalente y el retroceso ante los principios *pro homines* y *favor libertatis*, al condicionarse su existencia, alcance y progresividad a lo que se determine "por los niveles de conciencia política y organización del pueblo," es decir, por lo que dispongan y prescriban las organizaciones del Poder Popular con las que se busca "organizar" al pueblo, todas sometidas al Socialismo. Con ello desaparece la concepción de los derechos humanos como esferas que son innatas al hombre e inmunes frente al poder; pasándose a una concepción de los derechos humanos dependientes de lo que ordene un poder central, que en definitiva controla todo el "edificio" del Estado Comunal o Estado Socialista, como clara demostración del totalitarismo que está a la base de esta Ley.

En el mismo sentido se dispone en el artículo 5 de la LOPP, que "la organización y participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía se inspira en la doctrina del Libertador Simón Bolívar, y se rige por los

principios y valores socialistas,"[18] con lo cual, como se ha dicho, se vincula la organización del Estado Comunal que se organiza en paralelo al Estado Constitucional, con la ideología política socialista, es decir, con el ***socialismo*****,** el cual se define en el artículo 8.14 como:

> "un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales."[19]

Lo primero que debe observarse respecto de esta norma, es la insostenible pretensión de vincular "la doctrina del Libertador Simón Bolívar" con los principios y valores socialistas. En la obra de Bolívar y en relación con su concepción del Estado nada puede encontrarse al respecto,[20] no siendo la norma sino una pretensión más de continuar manipulando el "culto" a Bolívar para justificar los autoritarismos, como tantas veces ha ocurrido antes en nuestra historia.[21] Con la norma, por otra parte y por supuesto, se viola

---

[18] La misma expresión se utilizó en la Ley Orgánica de las Comunas respecto de la constitución, conformación, organización y funcionamiento de las mismas (art. 2); en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales respecto de los mismos (art. 1), y en la Ley Orgánica de Contraloría Social (art. 6).

[19] Igual definición se encuentra en el artículo 4.14 de la Ley Orgánica de las Comunas. Muchas son las definiciones de socialismo, pero en todas, se pueden identificar sus elementos básicos: (i) un sistema de organización social y económico, (ii) basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, y (iii) en regulación por el Estado de las actividades económicas y sociales y de la distribución de los bienes, (iv) buscando la progresiva desaparición de las clases sociales.

[20] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Ideas centrales sobre la organización el Estado en la Obra del Libertador y sus Proyecciones Contemporáneas" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 95-96, enero-junio 1984, pp. 137-151.

[21] Ha sido el caso de Antonio Guzmán Blanco en el siglo XIX y de Cipriano Castro, Juan Vicente Gómez, Eleazar López Contreras y Marcos Pérez Jiménez en el siglo XX. John Lynch ha señalado que: "El tradicional culto a Bolívar ha sido usado como ideoligía de conveniencia por dictadores militares, culminando con los regímenes de Juan Vicente Gómez y Eleazar López Contreras; quienes

abiertamente la garantía del derecho de propiedad que está en la Constitución (art. 115) que no permite su restricción sólo a la propiedad colectiva o social excluyendo la propiedad privada de los medios de producción

El artículo 5 de la LOPP, por otra parte, define como "principios y valores socialistas" los siguientes:

> "democracia participativa y protagónica, interés colectivo, equidad, justicia, igualdad social y de género, complementariedad, diversidad cultural, defensa de los derechos humanos, corresponsabilidad, cogestión, autogestión, cooperación, solidaridad, transparencia, honestidad, eficacia, eficiencia, efectividad, universalidad, responsabilidad, deber social, rendición de cuentas, control social, libre debate de ideas, voluntariedad, sustentabilidad, defensa y protección ambiental, garantía de los derechos de la mujer, de los niños, niñas y adolescentes, y de toda persona en situación de vulnerabilidad, defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional. (art. 5).[22]

Este catálogo de "principios" por supuesto no están vinculados necesariamente al socialismo, ni son exclusivamente "principios y valores socialistas" como se pretende hacer ver, en una apropiación indebida que hace el legislador. El redactor de la norma, en realidad, lo que hizo fue copiar todo el elenco de principios que se encuentran definidos a lo largo de la Constitución, en muchas normas (Preámbulo y arts.1, 2, 3, 4, 6, 19, 20, 21, 22, 26, 84, 86, 102, 112, 137, 141, 153, 165, 257, 293, 299, 311, 316, 326, por ejemplo), y que son los valores del Estado Constitucional. Sólo en algún caso no se han atrevido a utilizar la terminología clásica como "libertad de expresión," y la han querido sustituir por "libre debate de ideas," lo que por

---

al menos respetaron, mas o menos, los pensamientos básicos del Libertador, aún cuando tergiversaron su significado." Concluye Lynch señalando que en el caso de Venezuela, en la actualidad, el proclamar al Libertador como fundamento de las políticas del régimen autoritario, constituye una distorsión de sus ideas. Véase John Lynch, *Simón Bolívar: A Life*, Yale University Press, New Haven 2007, p. 304. .Véase también, Germán Carrera Damas, *El culto a Bolívar, esbozo para un estudio de la historia de las ideas en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969; Luis Castro Leiva, *De la patria boba a la teología bolivariana*, Monteávila, Caracas 1987; Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Alfail, Caracas 2008; Ana Teresa Torres, *La herencia de la tribu. Del mito de la independencia a la Revolución bolivariana*, Editorial Alfa, Caracas 2009. Sobre la historiografía en relación con estos libros véase Tomás Straka, *La épica del desencanto*, Editorial Alfa, Caracas 2009.

22 Estos mismos principios se enumeran en relación con las comunas en el artículo 2 de la Ley Orgánica de las Comunas; y en relación con la contraloría social en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Contraloría Social.

supuesto no es lo mismo, sobre todo porque dicha libertad no se tolera en un Estado Socialista que sólo conoce de una ideología única.

Para desarrollar y consolidar el Poder Popular, ignorando los valores y principios constitucionales básicos que tienen que tener todas las instancias de gobierno en Venezuela que deben ser "electivos, descentralizados, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables" tal como lo exige el artículo 6 de la Constitución, es que se ha dictado la LOPP para supuestamente generar

> "condiciones objetivas a través de los diversos medios de participación y organización establecidos en la Constitución de la República, en la ley y los que surjan de la iniciativa popular, para que los ciudadanos y ciudadanas ejerzan el pleno derecho a la soberanía, la democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder" (art. 1).

Conforme a la Constitución "la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades" sólo es posible "a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales." (art. 184.6) Ello significa que los mecanismos de participación que puedan establecerse conforme a la Constitución no son para vaciar a las estructuras del Estado Constitucional, es decir, de los "gobiernos locales y estadales," sino para reforzarlas en la gestión pública. Por otra parte, conforme a la Constitución, no puede haber gobierno alguno que no sea *electivo, descentralizado y pluralista*; sin embargo, en la LOPP se define un Estado paralelo que es el Estado Comunal, montado sobre "gobiernos" o "autogobiernos" que no son ni electivos, ni descentralizados ni pluralistas.

Sobre estos, el artículo 14 de la LOPP, se limita a definir **"**el autogobierno comunal y los sistemas de agregación que surjan entre sus instancias" como "un ámbito de actuación del Poder Popular en el desarrollo de su soberanía, mediante el ejercicio directo por parte de las comunidades organizadas, de la formulación, ejecución y control de funciones públicas, de acuerdo a la ley que regula la materia."

En este contexto, además, a la "comunidad" se la define en la LOPP como el "núcleo espacial básico e indivisible constituido por personas y familias que habitan en su ámbito geográfico determinado, vinculadas por características e intereses comunes que comparten una historia, necesidades

y potencialidades culturales, económicas, sociales, territoriales y de otra índole" (art. 8.4).[23]

II. LOS FINES DEL PODER POPULAR

El artículo 7 de la LOPP define los siguientes fines del Poder Popular, es decir, del "ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo" a través "de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el Estado Comunal" (art. 2):

> 1. Impulsar el fortalecimiento de la organización del pueblo, en función de consolidar la democracia protagónica revolucionaria y construir las bases de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia.

Se destaca, en relación con lo que dispone la Constitución sobre la organización del Estado, el agregado de "socialista" que impone esta previsión, con lo cual se rompe el principio del pluralismo que garantiza la propia Constitución, abriendo la vía para la discriminación política de todo aquél ciudadano que no sea socialista, a quien se le niega, por tanto, el derecho a la participación política.

> 2. Generar las condiciones para garantizar que la iniciativa popular, en el ejercicio de la gestión social, asuma funciones, atribuciones y competencias de administración, prestación de servicios y ejecución de obras, mediante la transferencia desde los distintos entes político-territoriales hacia los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de los mismos surjan.

Conforme al artículo 184.1 de la Constitución, esta transferencia de competencias sólo se puede referir a "servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos" a cuyo efecto se pueden "establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.".

> 3. Fortalecer la cultura de la participación en los asuntos públicos para garantizar el ejercicio de la soberanía popular.
>
> 4. Promover los valores y principios de la ética socialista: la solidaridad, el bien común, la honestidad, el deber social, la voluntariedad, la defensa y protección del ambiente y los derechos humanos.

---

[23] La misma definición se repite en la ley Orgánica de las Comunas (art. 4.4) y en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (art. 4.1)

Estos, la verdad, no son valores de ninguna "ética socialista," sino como se ha dicho anteriormente, son valores de la democracia y civilización occidental, propios del Estado Constitucional.

> 5. Coadyuvar con las políticas de Estado en todas sus instancias, con la finalidad de actuar coordinadamente en la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y los demás planes que se establezcan en cada uno de los niveles políticos-territoriales y las instancias político- administrativas que la ley establezca.
>
> 6. Establecer las bases que permitan al pueblo organizado el ejercicio de la contraloría social para asegurar que la inversión de los recursos públicos se realice de forma eficiente para el beneficio colectivo; y vigilar que las actividades del sector privado con incidencia social se desarrollen en el marco de las normativas legales de protección a los usuarios y consumidores.

A los efectos de esta norma, el artículo 8.6 de la LOPP, define el control social, como el ejercicio de la función de prevención, vigilancia, supervisión, acompañamiento y control, practicado por los ciudadanos y ciudadanas de manera individual o colectiva sobre la gestión del Poder Público y de las instancias del Poder Popular, así como de las actividades privadas que afecten el interés colectivo (art. 8.6). Sin embargo, nada en la Constitución autoriza a que se asignen a entidades públicas comunitarias dependientes del Ejecutivo Nacional, competencias para ejercer vigilancia o contraloría social sobre las actividades privadas. Esa es una función que sólo pueden ejercer los entes político territoriales del Estado.

> 7. "Profundizar la corresponsabilidad, la autogestión y la cogestión."

A los efectos de esta norma, la Ley define la corresponsabilidad, como la "responsabilidad compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y las instituciones del Estado en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión social, comunitaria y comunal, para el bienestar de las comunidades organizadas" (art. 8.7). La autogestión, se la define como el "conjunto de acciones mediante las cuales las comunidades organizadas asumen directamente la gestión de proyectos, ejecución de obras y prestación de servicios para mejorar la calidad de vida en su ámbito geográfico" (art. 8.2). Y la cogestión, se la define como el "proceso mediante el cual las comunidades organizadas coordinan con el Poder Público, en cualquiera de sus niveles e instancias, la gestión conjunta para la ejecución de obras y prestación de servicios necesarios para mejorar la calidad de vida en su ámbito geográfico"(art. 8.3).

Por otra parte, a los efectos de estas normas, la "comunidad organizada" se define en la LOPP como aquella "constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra

organización social de base, articulada a una instancia del Poder Popular[24] debidamente reconocida por la ley y registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana" (art. 8.5). La Constitución, sin embargo, al referirse a las organizaciones comunitarias para poder ser sujetos de descentralización, las concibe sólo como entidades de carácter territorial, como "las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades" que son las que pueden asumir conforme al artículo 186,6, "corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales."

III. LAS INSTANCIAS DEL PODER POPULAR

1. Las diversas instancias del poder popular y su personalidad jurídica

Las instancias del Poder Popular para el "ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo" y que forman las "diversas y disímiles formas de organización, que edifican el Estado Comunal" (art. 2), conforme se precisa en el artículo 8.9 de la LOPP, están "constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal: *consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales* y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular,"[25] constituyendo las "organizaciones de base del Poder Popular" aquéllas "constituidas por ciudadanos y ciudadanas para la búsqueda del bienestar colectivo" (art. 8.10).

Todas estas instancias del Poder Popular reconocidas en la LOPP, como lo dispone su artículo 32, adquieren personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas, atendiendo a los procedimientos que se establezcan en el Reglamento de la Ley. Con ello, en definitiva, se deja en manos del Ejecutivo Nacional la decisión de registrar o no un consejo comunal, una comuna o una ciudad comunal, y ello lo hará, por supuesto, aplicando la letra de la Ley lo que significa que si no está dominada por "voceros" que no sean socialistas, no cabe su registro ni, por

---

[24] La definición que se formula sobre la "comunidad organizada," es similar en la Ley Orgánica de las Comunas, como "constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra organización de base, articuladas en una instancia del Poder Popular"(art. 4.5)

[25] En la Ley Orgánica de las Comunas, sin embargo, se define a las "instancias del Poder Popular como las constituidas "por los diferentes sistemas de agregación comunal: consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y los otros que, de acuerdo a la Constitución de la República y la ley, surjan de la iniciativa popular. " (art. 4.12)

tanto, su reconocimiento como persona jurídica, así sea producto genuino de una iniciativa popular.

2. Los voceros de las instancias del poder popular y su carácter no representativo

Ninguna de las personas que ejercen la titularidad de los órganos del Poder Popular, y que se denominan "voceros" tienen su origen en elecciones efectuadas mediante sufragio directo, universal y secreto. Ni siquiera puede decirse que tienen su origen en elecciones indirectas, pues en ningún caso hay elección directa de primer grado.

En efecto, la LOPP no indica la forma de "elección" de los voceros de las instancias del Poder Popular, y lo que se regula en las diferentes leyes dictadas para normar las instancias del Poder Popular es una designación por órganos que no tienen su origen en elecciones directas universales y secretas. En particular, por ejemplo, en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, se dispone que los voceros de los mismos son "electos" por las asambleas de ciudadanos (arts. 4.6 y 11), y no precisamente mediante sufragio universal, directo y secreto como lo prescribe la Constitución, sino mediante una supuesta "votación popular" que no es organizada por el Poder Electoral, y que se realiza en asambleas abiertas en las cuales no hay garantía del sufragio. La Ley, sin embargo, si indica que todas las instancias del Poder Popular que sean "electas por votación popular," son revocables a partir del cumplimiento de la mitad del período de gestión correspondiente, en las condiciones que establece la ley (art. 17).

Debe indicarse, en efecto, que a la base de estas instancias del Poder Popular, están las Asambleas de Ciudadanos que si bien la LOPP no las regula específicamente ni las nombra en artículo alguno, sin embargo, las define como la "máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada, conformada por la integración de personas con cualidad jurídica, según la ley que regule la forma de participación, para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público, de acuerdo a lo que establezcan las leyes que desarrollen la constitución, organización y funcionamiento de los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de éstos surjan" (art. 8.1).

3. Sistemas de agregación comunal

En el artículo 15.4 de la LOPP, se define a los sistemas de agregación comunal, a aquellas instancias que por iniciativa popular surjan entre los consejos comunales y entre las comunas; sobre lo cual el artículo 50 de la LOC precisa que "las instancias del Poder Popular podrán constituir sistemas comunales de agregación entre sí, con el propósito de articularse en el ejercicio del autogobierno, para fortalecer la capacidad de acción sobre

aspectos territoriales, políticos, económicos, sociales, culturales, ecológicos y de seguridad y defensa de la soberanía nacional, de conformidad a la Constitución de la República y la ley."

Las finalidades de los sistemas comunales de agregación conforme al artículo 59 de la LOC, son las siguientes:

1. Ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal.

2. Llevar adelante planes de inversión en su ámbito territorial, atendiendo los lineamientos y requerimientos establecidos en los planes comunales de desarrollo respectivos.

3. Asumir las competencias que mediante transferencias se le otorguen para la administración, ejecución de obras y prestación de servicios públicos.

4. Impulsar el desarrollo del sistema económico comunal, mediante la articulación en redes, por áreas de producción y servicios, de las organizaciones socio-comunitarias de propiedad social comunal directa o indirecta.

5. Ejercer funciones de control social, sobre los diferentes planes y proyectos que en su ámbito territorial ejecuten las instancias del Poder Popular o el Poder Público.

La LOC, sin embargo, nada establece sobre las condiciones para la constitución de los sistemas comunales de agregación y sobre su funcionamiento, lo que se remite a ser establecido en el Reglamento de la LOC y los lineamientos que a tales efectos dicte el Ministerio del Poder Popular de las Comunas.

En todo caso, la LOC enumeró en su artículo 60, los diversos tipos de sistemas de agregación comunal así:

1. El Consejo Comunal: como instancia de articulación de los movimientos y organizaciones sociales de una comunidad.

2. La Comuna: como instancia de articulación de varias comunidades organizadas en un ámbito territorial determinado.

3. La Ciudad Comunal: constituida por iniciativa popular, mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado.

4. Federación Comunal: como instancia de articulación de dos o más ciudades que correspondan en el ámbito de un Distrito Motor de Desarrollo.

5. Confederación Comunal: instancia de articulación de federaciones comunales en el ámbito de un eje territorial de desarrollo.

6. Las demás que se constituyan por iniciativa popular.

En particular, en cuanto a la Ciudad Comunal, la federación Comunal y la Confederación Comunal, las condiciones para su conformación deben ser desarrolladas en el Reglamento de cada Ley.

Ahora bien, de todas estas instancias del Poder Popular previstas para "el ejercicio del autogobierno," el artículo 15 de la LOPP sólo se refiere con algún detalle a los Consejos Comunales y a las Comunas, las cuales por lo demás, son las que han sido reguladas en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales y en la ley Orgánica de Comunas; y a las Ciudades Comunales.

4. Los Consejos comunales.

Los Consejos Comunales se definen en la Ley como la **"**instancia de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción de nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social" (art. 15.1).[26]

Se destaca de esta definición legal, que los Consejos Comunales sólo y exclusivamente pueden tener por objeto contribuir a "la construcción de un nuevo modelo de sociedad socialista," en violación al principio del pluralismo que establece el artículo 6 de la Constitución, por lo que todo aquél ciudadano que no siga o acepte la doctrina socialista no tiene cabida en este nuevo Estado paralelo que se busca construir con esta Ley.

Esta instancia del Poder Popular constituida por los Consejos Comunales está regulada en la mencionada Ley Orgánica de los Consejos Comunales,[27] a cuyos "voceros," además, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010, se les ha asignado la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron "degradadas" dejando de ser las "entidades locales" que eran, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto, pasando a ser simples órganos "consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal" (art. 35), cuyos miembros, además, los deben designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respectiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos "de su respectivo consejo comunal"(at. 36). A tal efecto, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Municipal, decretó la "cesación" en sus funciones de "los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarias, de las actuales

---

[26] Igual definición se establece en el artículo 2 de la ley Orgánica de los Consejos Comunales (art. 2).

[27] Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009

juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes" (Disposición Derogatoria Segunda).

5. Las Comunas

Las Comunas, por su parte, que están concebidas en la LOPP como la "célula fundamental" del Estado Comunal, se las define en el artículo 15.2 como el "espacio socialista que como entidad local es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que le sirven de sustento y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable contemplado en el Plan de Desarrollo, Económico y Social de la Nación."[28] Esta misma definición de la Comuna como espacio socialista está en el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas; noción que implica que la misma está vedada a todo aquél que no sea socialista o que no crea en el socialismo o que no comulgue con el socialismo como doctrina política. La concepción legal de la Comuna, por tanto, es contraria al pluralismo democrático que garantiza la Constitución, siendo abiertamente discriminatoria y contraria a la igualdad que también garantiza el artículo 21 de la Constitución.

Por otra parte, en la norma mencionada de la LOPP se define a la Comuna como una "entidad local," y la misma calificación se encuentra en el artículo 1 de la Ley Orgánica de las Comunas, que las define "como entidad local donde los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia" (art. 1). También en la reforma de la ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010, se incluyó a las comunas en el listado de las "entidades locales territoriales," disponiéndose que las mismas, al estar reguladas por una legislación diferente como es la relativa al Poder Popular, y al deber constituirse "entre varios municipios," quedan exceptuadas de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Ahora bien, en cuanto a calificar a las Comunas como "entidades locales," el Legislador deslegitimado de diciembre de 2010 olvidó que conforme a la Constitución (arts. 169, 173), esta expresión de entidad local sólo se puede aplicar a las entidades políticas del Estado en las cuales necesariamente tiene que haber "gobiernos" integrados por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169) ceñidos a los principios establecidos en el artículo 6 de la Constitución, es decir, tiene que se "siempre

[28] Igual definición se establece en el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas.

democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables." Conforme a la Constitución, por tanto, no puede haber "entidades locales" con gobiernos que no sean democráticos en los términos mencionados, y menos por "representantes" designados por otros órganos públicos.

Y esto es precisamente lo que ocurre con los llamados "gobiernos de las comunas," que conforme a esta legislación sobre el Poder Popular y sus organizaciones, no se garantiza su origen democrático mediante elección por sufragio universal, directo y secreto, siendo en consecuencia inconstitucional su concepción.

Debe destacarse, además, que en relación a el gobierno de las comunas, que como se establece en el artículo 28 de la LOPP, pueden transferir la gestión, la administración y la prestación de servicios a las diferentes organizaciones del Poder Popular. A tal efecto, las organizaciones de base del Poder Popular deben hacer las respectivas solicitudes formales, cumpliendo con las condiciones previas y requisitos establecidos en las leyes que regulen la materia.

Esta instancia del Poder Popular constituida por las Comunas ha sido regulada en la Ley Orgánica de las Comunas.[29]

6. Las Ciudades comunales

Las ciudades comunales, conforme a la Ley, "son aquellas constituidas por iniciativa popular mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado" (art. 15.3). Siendo las Comunas, conforme a la Ley, el "espacio socialista" y **"**célula fundamental" del Estado Comunal, las Ciudades Comunales como agregación de varias comunas o sea de varios espacios socialistas, son concebidas también conforme a la Ley como Ciudades "socialistas" que como tales, están vedadas de hecho a todo aquel ciudadano o vecino que no sea socialista.

IV. LAS ORGANIZACIONES Y EXPRESIONES ORGANIZATIVAS DEL PODER POPULAR

Además de las instancias del Poder Popular, en la LOPP se establecen previsiones tendientes a regular dos formas organizativas específicas del Poder Popular: las organizaciones y las expresiones organizativas del Poder Popular.

[29] Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010

1. Formas organizativas del Poder Popular

A. Las organizaciones del Poder Popular

Conforme al artículo 9 de la LOPP, las organizaciones del Poder Popular "son las diversas formas del pueblo organizado, constituidas desde la localidad o de sus referentes cotidianos por iniciativa popular, que integran a ciudadanos y ciudadanas con objetivos e intereses comunes, en función de superar dificultades y promover el bienestar colectivo, para que las personas involucradas asuman sus derechos, deberes y desarrollen niveles superiores de conciencia política. Las organizaciones del Poder Popular actuarán democráticamente y procurarán el consenso popular entre sus integrantes."

Estas organizaciones del Poder Popular se constituyen por iniciativa de los ciudadanos y ciudadanas, de acuerdo con su naturaleza, por intereses comunes, necesidades, potencialidades y cualquier otro referente común, según lo establecido en la ley que rija el área de su actividad (art. 12).

Estas organizaciones del Poder Popular, al igual que las instancias del Poder Popular, conforme al artículo 32 de la LOPP, adquieren su personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana, atendiendo a los procedimientos que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley. Queda en manos del Ejecutivo Nacional, por tanto, el reconocimiento formal de estas organizaciones, de mantera que todas aquellas que no sean socialistas por ser contrarias a los fines prescritos en la Ley (art.1), serían rechazadas. En las registradas, por lo demás, no tendrían cabida los ciudadanos que no compartan la ideología socialista.

B. Las expresiones organizativas del Poder Popular

En cuanto a las "expresiones organizativas del Poder Popular," conforme se dispone en el artículo 10 de la LOPP, las mismas son "integraciones de ciudadanos y ciudadanas con objetivos e intereses comunes, constituidas desde la localidad, de sus referentes cotidianos de ubicación o espacios sociales de desenvolvimiento, que de manera transitoria y en base a los principios de solidaridad y cooperación, procuran el interés colectivo."

Estas expresiones del Poder Popular se constituyen, por iniciativa popular y como respuesta a las necesidades y potencialidades de las comunidades, de conformidad con la Constitución de la República y la ley. (art. 13).

Conforme a la Disposición final Tercera, el ejercicio de la participación del pueblo y el estímulo a la iniciativa y organización del Poder Popular establecidos en la Ley, se deben aplicar en los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones.

2. Los fines de las organizaciones y expresiones organizativas del Poder Popular

Estas organizaciones y expresiones organizativas del Poder Popular, conforme al artículo 11 de la LOPP, tienen como fines los siguientes:

> 1. Consolidar la democracia participativa y protagónica, en función de la insurgencia del Poder Popular como hecho histórico para la construcción de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia.

Como antes se dijo, con el agregado de "socialista" que esta previsión impone a la sociedad, se rompe el principio del pluralismo que garantiza la propia Constitución, abriendo la vía para la discriminación política de todo aquél ciudadano que no sea socialista, a quien se le niega el derecho político a participar.

> 2. Impulsar el desarrollo y consolidación del sistema económico comunal, mediante la constitución de organizaciones socio-productivas, para la producción de bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades sociales, el intercambio de saberes y conocimientos, así como la reinversión social del excedente.

La LOPP, a estos efectos, define como "sistema económico comunal" el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimiento, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público, o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad social comunal"(art. 8.13).

> 3. Promover la unidad, la solidaridad, la supremacía de los intereses colectivos sobre los intereses individuales y el consenso en sus áreas de influencia.
>
> 4. Fomentar la investigación y difusión de los valores, tradiciones históricas y culturales de las comunidades.
>
> 5. Ejercer la contraloría social.

V. ÁMBITOS DEL PODER POPULAR

La LOPP distingue los siguientes "ámbitos del Poder Popular" se definen en la Ley Orgánica y que en la terminología tradicional de derecho público no es otra cosa que competencias que se asignan al Poder Popular: la Planificación de Políticas Públicas, la Economía comunal, la Contraloría social, la Ordenación y gestión del territorio y la Justicia comunal.

1. Planificación de políticas públicas

La planificación de políticas públicas en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular,[30] se define en el artículo 17 de la LOPP como "un ámbito de actuación del Poder Popular que asegura, mediante la acción de gobierno compartida entre la institucionalidad pública y las instancias del Poder Popular, el cumplimiento de los lineamientos estratégicos del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, para el empleo de los recursos públicos en la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos a través de los cuales se logre la transformación del país, el desarrollo territorial equilibrado y la justa distribución de la riqueza."

De esta previsión, llama la atención la distinción entre los órganos del Estado Constitucional que se denominan como "institucionalidad pública" y las instancias del Poder Popular, lo que confirma la intención de la ley de establecer un Estado paralelo, el Estado Comunal, para vaciar de contenido y ahogar en definitiva al Estado Constitucional.

Por otra parte, vinculada a esta competencia de planificación, en cuanto a la "planificación participativa," en la LOPP se la define como la "forma de participación de los ciudadanos y ciudadanas en el diseño, formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas" (art. 8.11); y en cuanto al "Presupuesto participativo," se lo define "como el mecanismo mediante el cual los ciudadanos y ciudadanas proponen, deliberan y deciden sobre la formulación, ejecución, control y evaluación de los presupuestos públicos, con el propósito de materializar los proyectos que permitan el desarrollo de las comunidades y el bienestar social general" (art. 8.12).

2. Economía comunal

La economía comunal, conforme se define en el artículo 18 de la LOPP, es un "ámbito de actuación del Poder Popular que permite a las comunidades organizadas la constitución de entidades económico-financieras y medios de producción, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrollados bajo formas de propiedad social comunal, en pro de satisfacer las necesidades colectivas, la reinversión social del excedente, y contribuir al desarrollo social integral del país, de manera sustentable y sostenible, de acuerdo con lo establecido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y la ley que regula la materia."

---

30 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010

Este ámbito de actuación del Poder Público se ha regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC),[31] el cual se define en dicha Ley (art. 2) y en la Ley Orgánica de las Comunas como el "conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimiento, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público, o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad social comunal" (art. 4.13).

Este sistema económico comunal, como se dijo, está regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC), que tiene por objeto "desarrollar y fortalecer el Poder Popular, estableciendo las normas, principios, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del sistema económico comunal, integrado por organizaciones socio-productivas bajo régimen de propiedad social comunal, impulsadas por las instancias del Poder Popular, del Poder Público o por acuerdo entre ambos, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en pro de satisfacer las necesidades colectivas y reinvertir social mente el excedente, mediante una planificación estratégica, democrática y participativa" (at. 1). La LOSEC, en particular, tiene por finalidad específica "fomentar el sistema económico comunal en el marco del modelo productivo socialista, a través de diversas formas de organización socio-productiva, comunitaria y comunal en todo el territorio nacional" (Art. 4.3).

En todo caso, en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, y en particular en sus artículos 2; 3.2; 3.3; 3.8; 5; 6.12; 6.15 y 9 se adoptan expresa y textualmente para configurar el sistema económico comunal, los más tradicionales postulados marxistas que definen el comunismo, como son la propiedad social de los medios de producción; la eliminación de la división social del trabajo; y la reinversión social del excedente productivo.

3. Contraloría social

En cuanto a la contraloría social, el artículo 19 de la LOPP la define como un "ámbito de actuación del Poder Popular para ejercer la vigilancia, supervisión, acompañamiento y control sobre la gestión del Poder Público, las instancias del Poder Popular y las actividades del sector privado que afecten el bienestar común, practicado por los ciudadanos y ciudadanas de manera individual o colectiva, en los términos establecidos en la ley que regula la materia.

Este ámbito de actuación del Poder Publico se ha regulado en la Ley Orgánica del Contraloría Social,[32] donde se la define como "una función

---

31 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010.

32 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21-12-2010

compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales" (art. 2).

En esta Ley, lo importante a destacar, además de lo que puede significar en cuanto al control de la gestión de los órganos del Estado por parte de los ciudadanos, individualmente y organizados, es el sistema generalizado que se monta para promover el espionaje, la vigilancia y la denuncia como conducta social respecto de los individuos y empresas privadas que por no considerarse que no están alineadas con el "socialismo" como doctrina única que se declara en las leyes, podrían considerarse que "afectan" los intereses colectivos o sociales o el bien común.

4. Ordenación y gestión del territorio

La ordenación y gestión del territorio, conforme al artículo 20 de la LOPP, es un "ámbito de actuación del Poder Popular, mediante la participación de las comunidades organizadas, a través de sus voceros o voceras, en las distintas actividades del proceso de ordenación y gestión del territorio, en los términos establecidos en la ley que regula la materia."

5. Justicia comunal

En cuanto a la justicia comunal, el artículo 21 de la LOPP la define como un "ámbito de actuación del Poder Popular, a través de medios alternativos de justicia de paz que promueven el arbitraje, la conciliación, la mediación, y cualquier otra forma de solución de conflictos ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario.[33] Es

El artículo 22 de la LOPP, remite a una ley especial la regulación de la jurisdicción especial comunal, la cual debe establecer la organización, el funcionamiento, los procedimientos y normas de la justicia comunal, así como su jurisdicción especial. La Ley Orgánica de las Comunas es algo más explícita al señalar que "la ley respectiva establecerá la naturaleza, los procedimientos legales, las normas y condiciones para la creación de una jurisdicción especial comunal, donde se prevea su organización y funcionamiento, así como las instancias con competencia para conocer y decidir en el ámbito comunal, donde los jueces o juezas comunales serán

[33] Esta misma definición se encuentra en el artículo 56 de la Ley Orgánica de las Comunas.

elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta de los y las habitantes del ámbito Comunal mayores de quince años"(art. 57).

La actuación de esta jurisdicción comunal conforme se exige en el artículo 22 de la LOPP, "estará enmarcada dentro de los principios de justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos por reposiciones inútiles."

Con estas previsiones se termina de vaciar a los Municipios de una competencia constitucional que tienen asignada (art. 178.7), que se intentó realizar con la rechazada reforma constitucional de 2007, y que corresponde ser ejercida por jueces de paz que conforme al artículo 258 de la constitución deben ser elegidos por votación universal, directa y secreta.[34].

VI. LAS RELACIONES ENTRE EL PODER PÚBLICO Y EL PODER POPULAR (O LA TÉCNICA DEL "MATAPALO")

Como hemos señalado, el Estado Comunal que se establece en la LOPP, cuyas manifestaciones ejercen el Poder Popular, se ha establecido como un "Estado paralelo" al Estado Constitucional cuyos órganos electos por votación popular directa universal y secreta ejercen el Poder Público. Se trata de dos Estados establecidos en paralelo, uno en la Constitución y otro en una ley inconstitucional, pero con previsiones en la ley que de llegar a ser aplicadas, permitirán al Estado Comunal ahogar y secar al Estado Constitucional, comportándose como en botánica lo hace el árbol ***Ficus benjamina L.***, originario de la India, Java y Bali, conocido como "matapalo" que puede crecer como "estranguladora", como epífitos, rodeando al árbol huésped hasta formar un tronco hueco, destruyéndolo.

A tal efecto, en la LOPP se establecen unas previsiones para regular las relaciones entre el Estado o el Poder Público y el Poder Popular, que en general se dispone que "se rigen por los principios de igualdad, integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, en el marco del sistema federal descentralizado consagrados en la Constitución de la República" (art. 26), y que son las siguientes:

En *primer lugar*, se establece como obligación legal para los órganos, entes e instancias del Poder Público el promover, apoyar y acompañar las iniciativas populares para la constitución, desarrollo y consolidación de las diversas formas organizativas y de autogobierno del pueblo (art. 23).[35] En

---

34 Véase la Ley Orgánica de la Justicia de Paz en *Gaceta Oficial* Nº 4.817 Extra. de 21-12-1994).

35 Una norma similar está en el artículo 62 de la Ley Orgánica de las Comunas, a los efectos de "la constitución, desarrollo y consolidación de las comunas como forma de autogobierno."

particular, incluso, la Ley Orgánica de Comunas dispone que "los órganos integrantes del Poder Ciudadano apoyarán a los consejos de contraloría comunal a los fines de contribuir con el cumplimiento de sus funciones" (art. 48).

En *segundo lugar*, se sujeta a todos los órganos del Estado Constitucional que ejercen el Poder Público, a los mandatos de las organizaciones del Poder Popular, al instaurarse un nuevo principio de gobierno, consistente en "gobernar obedeciendo." El artículo 24 de la LOPP en efecto dispone:

> Artículo 24. Actuaciones de los órganos y entes del Poder Público. Todos los órganos, entes e instancias del Poder Público guiarán sus actuaciones por el principio de gobernar obedeciendo, en relación con los mandatos de los ciudadanos, ciudadanas y de las organizaciones del Poder Popular, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República y las leyes.

Como las organizaciones del Poder Popular no tienen autonomía política pues no sus "voceros" no son electos democráticamente mediante sufragio universal, directo y secreto, sino designados por asambleas de ciudadanos controladas e intervenidas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional que controla y guia todo el proceso organzativo del Estado Comunal, en el ámbito exclusivo de la ideología socialista, sin que tenga cabida vocero alguno que no sea socialista, en definitiva esto de "gobernar obedeciendo" es una limitación a la autonomía política de los órganos del Estado Constitucional electos, como la Asamblea nacional, los Gobernadores y Consejos legislativos de los Estados y los Alcaldes y Concejos Municipales, a quienes se le impone en definitiva la obligación de obedecer lo que disponga el Ejecutivo Nacional y el partido oficial enmarcado en el ámbito exclusivo del socialismo como doctrina política. La voluntad popular expresada en la elección de representantes del Estado Constitucional, por tanto, no tiene valor alguno, y al pueblo se le confisca su soberanía treasladandola de hecho a unas asambleas que no lo representan.

En *tercer lugar*, en particular, se establece la obligación para el Poder Ejecutivo Nacional, para que "conforme a las iniciativas de desarrollo y consolidación originadas desde el Poder Popular," planifique, articule y coordine "acciones conjuntas con las organizaciones sociales, las comunidades organizadas, las comunas y los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, con la finalidad de mantener la coherencia con las estrategias y políticas de carácter nacional, regional, local, comunal y comunitaria"(art. 25).

En *cuarto lugar*, se establece la obligación para los órganos y entes del Poder Público en sus relaciones con el Poder Popular, de dar "preferencia a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, en atención a los requerimientos que las mismas formulen para la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus

derechos, en los términos y lapsos que establece la ley" (art. 29). Igualmente se prevé que los órganos, entes e instancias del Poder Público, en sus diferentes niveles político-territoriales, deben adoptar "medidas para que las organizaciones socio-productivas de propiedad social comunal, gocen de prioridad y preferencia en los procesos de contrataciones públicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras" (art. 30).[36]

En *quinto lugar*, se establece la obligación para la República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que rige el proceso de transferencia y descentralización de competencias y atribuciones, la obligación de trasferir "a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación que de éstas surjan; funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, para mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo" (art. 27).[37]

Con ello, se dispone legalmente el vaciamiento de competencias de los Estados y Municipios, de manera que queden como estructuras vacías, con gobiernos representativos electos por el pueblo pero que no tienen materias sobre las cuales gobernar.

En *sexto lugar*, se establece que las instancias y organizaciones de base del Poder Popular contempladas en la LOPP, están exentas de todo tipo de pagos de tributos nacionales y derechos de registro, a cuyo efecto, se podrá establecer mediante leyes y ordenanzas de los estados y municipios, respectivamente, las exenciones aquí previstas para las instancias y organizaciones de base del Poder Popular (art. 31).

APRECIACIÓN FINAL

Con esta Ley Orgánica marco del Poder Popular, no cabe duda de la decisión política adoptada en diciembre de 2010 por la completamente deslegitimada Asamblea Nacional que había sido electa en 2005, pues ya no representaba a la mayoría de la voluntad popular que se expresó el 26 de septiembre de 2010 en contra del Presidente de la República, de la propia

---

[36] En particular, conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica de las Comunas, se dispone que "todos los órganos y entes del Poder Público comprometidos con el financiamiento de proyectos de las comunas y sus sistemas de agregación, priorizarán aquéllos que impulsen la atención a las comunidades de menor desarrollo relativo, a fin de garantizar el desarrollo territorial equilibrado.

[37] Esta misma norma se repite en la Ley Orgánica de las Comunas (art. 64). El 31 de diciembre de 2010, aún estaba pendiente en la Asamblea Nacional la segunda discusión del proyecto de Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y atribuciones de los Estados y Municipios a las organizaciones del Poder Popular.

Asamblea Nacional y de la política socialista que han adelantado; en imponerle a los venezolanos en contra de la voluntad popular y en fraude a la Constitución, un modelo de Estado Socialista, denominado "Estado Comunal," basado en el ejercicio del Poder Popular por el pueblo, como supuesta forma de ejercicio de la soberanía en forma directa (lo que no es cierto pues se ejerce mediante "voceros" que lo "representan" y que no son electos en votaciones universales, directas y secretas); modelo de Estado Socialista establecido en forma paralela al Estado Constitucional (el Estado federal descentralizado, democrático y social, de derecho, y de justicia previsto en la Constitución de 1999) establecido para el ejercicio del Poder Público por el pueblo tanto en forma indirecta mediante representantes electos en votaciones universales, directas y secretas, como en forma directa mediante los mecanismos autorizados en la Constitución, donde se incluye a las Asambleas de Ciudadanos.

Esta regulación, en paralelo, de dos Estados y dos formas de ejercicio de la soberanía, uno, el Estado Constitucional regulado en la Constitución y el otro, el Estado Comunal o Estado Socialista regulado en leyes orgánicas inconstitucionales, se ha dispuesto en forma tal que el segundo irá actuando como el árbol ***Ficus benjamina L.***, es decir, como "estranguladora," rodeando al primero hasta formar un tronco hueco, destruyéndolo. En esta forma, al fraude a la Constitución, que ha sido la técnica constantemente aplicada por el gobierno autoritario en Venezuela desde 1999 para imponer sus decisiones a los venezolanos al margen de la Constitución,[38] se suma ahora el fraude a la voluntad popular, al imponerle a los venezolanos mediante leyes orgánicas, un modelo de Estado por el cual nadie ha votado y que cambia radical e inconstitucionalmente el texto de la Constitución de 1999, que no ha sido reformado conforme a sus previsiones, en abierta contradicción al rechazo popular mayoritario que se expresó en diciembre de 2007 a la reforma constitucional que se intentó realizar incluso violando la propia Constitución, y al rechazo popular mayoritario del pueblo expresado respecto de la política del Presidente de la República y de su Asamblea Nacional con ocasión de las elecciones parlamentarias del 26 de septiembre de 2010.

Lo que está claro de todo esto, es que ya no hay máscaras que puedan engañar a alguien, o con motivo de las cuales, alguien pretenda ser engañado o dejarse engañar.

Paris, en la rue des Saints Pères, el 31 de diciembre de 2010

.

---

[38] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; *DIsmantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

CUARTA

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO

Texto de base preparado para la conferencia dictada en los salones de la Escuela Judicial, (Instituto Superior de la Judicatura Dr. César A. Quintero, Corte Suprema de Justicia, Panamá, 4 de diciembre de 2015

Hablar de la Jurisdicción Constitucional como garantía del Estado de derecho exige, de entrada, que comencemos haciendo un ejercicio de precisión al menos respecto de tres conceptos envueltos en el título de la conferencia: el Estado de derecho, sus garantías y la Jurisdicción Constitucional; todo para luego poder referirnos al sistema panameño de justicia constitucional.

I. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO Y SUS GARANTÍAS JUDICIALES

1. El Estado de derecho y el control del poder

En cuanto al Estado de derecho que todos los países democráticos del mundo occidental actual claman por tener estructurado, el cual incluso está expresamente definido en muchas Constituciones, organización política de una sociedad está regida por una Constitución como ley suprema, adoptada por el pueblo como pacto político en ejercicio de su soberanía a través de sus representantes electos, quienes gobiernan sometidos a límites y controles derivados de la adopción del principio de separación de poderes en un marco de sujeción al derecho, de primacía de la dignidad humana y de garantía de los derechos del hombre, y en el cual los ciudadanos siempre tienen la posibilidad de controlar judicialmente el ejercicio del poder. puede decirse que existe cuando la

Ese Estado de derecho, que tiene su origen en los principios que conformaron el constitucionalismo moderno derivados de las Revoluciones Norteamericana (1776), Francesa (1789), e Hispanoamérica (1810),[1] es el que también existe regulado en Panamá, en cuya Constitución de 2004, si bien no se utiliza expresamente el concepto, se lo materializa normativamente al organizarse la Nación panameña como un Estado soberano e independiente, sometido a una Constitución dictada con el fin supremo de fortalecerla, de garantizar la libertad, de asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, con un sistema de gobierno unitario, republicano, democrático y representativo (art. 1), cuyos órganos ejercen el Poder Público que sólo emana del pueblo, conforme lo establece la misma Constitución, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración (art. 2).

Lo que primero caracteriza al Estado de derecho es entonces que siempre está regido por una Constitución que como ley suprema contiene normas de aplicación directa e inmediata tanto para las autoridades como para los ciudadanos. Como en su momento lo señaló Mauro Cappelletti, la Constitución tiene que ser concebida "no como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria;"[2] o como más recientemente lo puntualizó Eduardo García de Enterría al iniciarse el proceso democrático en España en las últimas décadas del siglo pasado, 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[3].

Es decir, se trata, siempre, de una ley suprema, real y efectiva, que contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como

---

1 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías, de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, Nº 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992. Una segunda edición ampliada fue publicada con el título: *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Serie de Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

2 Véase Mauro Cappelletti, *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy. Recent Developments.* General Report. International Association of Legal Sciences. Uppsala, 1984 (mimeo), p. 20; también publicado como "Rapport général" en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed), *Le contrôle juridictionnel des lois Légitimité, effectivité et développements récents,* París 1986, pp. 285–300.

3 Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 33, 39, 66, 71, 177 y 187.

a los individuos, no limitándose a regular la sola organización del Estado y establecer algunos principios generales sobre su funcionamiento, sino a proclamar y garantizar los derechos fundamentales de los individuos. Por ello, la preeminencia de la Constitución significa no sólo la estricta observancia de las normas y procedimientos establecidos para la organización del Estado, sino también el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, declarados o implícitos en la misma.

Por tanto, la Constitución la aplica el Congreso, cuando dicta una ley; la aplica el Presidente de la República cuando dicta un acto de gobierno, y además, la aplica el propio Presidente y todos los funcionarios públicos cuando dictan actos administrativos y la aplican los jueces al decidir en sus sentencias, en estos dos últimos casos, aplicando también todas las leyes y reglamentos que rigen su actuación.

Pero además de ser un Estado sometido a una Constitución, el Estado de derecho es necesariamente un Estado democrático, en el sentido de que los gobernantes tienen que tener su fuente de legitimidad en la elección popular basada en el sufragio universal y secreto; Estado en el cual además, en su funcionamiento deben concurrir necesaria y acumulativamente, los siguientes elementos esenciales definidos en la Carta Democrática Interamericana de 2001:[4] 1) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3), en especial del poder judicial; y además, deben concurrir una serie de componentes fundamentales, que son: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).[5]

---

[4] La Carta fue adoptada en Lima por la Organización de los Estados Americanos, coincidencialmente, el mismo día en que ocurrieron los ataques terroristas en Nueva York y Washington. Véase en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm. Véase mis primeros comentarios sobre la misma en Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2002.

[5] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela", en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo I, México, 2011, pp. 159-188; "Sobre los elementos de la democracia como

No hay duda por tanto que en el mundo contemporáneo, el Estado democrático de derecho es mucho más que la sola elección de representantes, en el sentido de que los mismos tienen que ejercer sus funciones conforme al principio de la separación de poderes para asegurar la limitación y control del poder, de cuya existencia puede decirse que dependen todos los otros elementos y componentes señalados, pues en definitiva, solo controlando el poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad democrática; solo controlando el poder es que puede haber pluralismo político; solo controlando el poder es que puede haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; solo controlando el poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, así como posibilidad de rendición de cuentas por parte de los gobernantes; solo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que ésta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; solo controlando el poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos; y, en fin, solo controlando el poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, ajustado al principio de legalidad.

Como en su momento lo razonó el Juez John Marshall en el conocido caso *Marbury vs Madison* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, y que originó el sistema de justicia constitucional en el constitucionalismo moderno:

> "¿Con qué propósito se limitan los poderes y dichas limitaciones se establecen por escrito, si esos límites, en cualquier momento, pueden ser traspasados por aquellos a quienes debían supuestamente limitar? La diferencia entre un gobierno con poderes limitados y uno con poderes ilimitados deja de existir, cuando las limitaciones no obligan a las

régimen político: representación y control del poder", en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R; "Democracia: sus elementos y componentes esenciales y el control del poder", en *Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano,* tomo I, *Democracia: retos y fundamentos*, *(compiladora Nuria González Martín),* Instituto Electoral del Distrito Federal, México 2007, pp. 171-220; "Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder", en Diego Valadés (coord.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 73-96.

personas sobre las cuales se imponen y cuando los actos prohibidos y los permitidos son de igual obligatoriedad." [6]

Y la forma de hacer que las limitaciones obliguen a los órganos del Estado, es precisamente, mediante el aseguramiento de diversas formas de control del ejercicio del Poder Público, o de garantías del mismo, pues en definitiva nada se lograría con limitar en la Constitución a los poderes del Estado, establecer el principio de su supremacía y de la legalidad, declarar formalmente los derechos y libertades fundamentales, si no existiesen los medios para garantizar el respeto de dichas limitaciones, el sometimiento de los órganos del Estado a la legalidad y el goce efectivo por parte de los ciudadanos de los derechos y libertades.

Por ello es que se considera, en el Estado de derecho, que la Constitución es la ley suprema de un país, o norma de normas, lo que implica que en caso de que haya un conflicto entre una ley y la Constitución, ésta debe prevalecer, considerándose como un deber de todo juez el poder decidir cuál debe ser la norma aplicable en un caso concreto que debe resolver.

Como lo señaló el Juez William Paterson en una de las más viejas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre la materia, en el caso *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* (1795) referido a leyes estadales:

> "... si un acto legislativo se opone a un principio constitucional el primero debe dejarse de lado y rechazarse por repugnante. Sostengo que es una posición clara y sonora que, en tales casos, es un deber de todo tribunal el adherirse a la Constitución y declarar tal acto nulo y sin valor."[7].

O como fue definitivamente establecido por el Juez Marshall en el conocido caso *Marbury v. Madison* (1803), decidido por la misma Corte Suprema y referido a leyes federales:

> "Aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla, de manera que si una Ley se encuentra en oposición a la Constitución, la Corte debe determinar cuál de las reglas en conflicto debe regir el caso: Esta es la real esencia del deber judicial. Si en consecuencia, los tribunales deben ver la

---

6 *Marbury vs. Madison*, 5. U.S. (1 Cranch) 137; 2 L, Ed. 60 (1803). Véase el texto en R. A. Rossum and G. A. Tarr, *American Constitutional Law, Cases and Interpretation*, Nueva York 1983, p. 70

7. *Vanhorne's Lessec v. Dorrance*, 2 Dallas 304 (1795). *Véase* el texto S.I. Kutler (ed), *The Supreme Court and the Constitution, Readings in American Constitutional History*, N.Y. 1984, p. 8.

Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución, y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican."[8]

Desde entonces, la supremacía constitucional y el poder de todo juez de controlar la constitucionalidad de las leyes han sido conceptos que han estado esencialmente vinculados en el constitucionalismo moderno,[9] habiendo tenido a la vez su fundamento en la llamada "Cláusula de Supremacía" del artículo VI, Sección 2 la Constitución de los Estados Unidos de 1787, respecto de las leyes de los Estados, en la cual se dispuso que:

"Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema Ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario, que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".

La norma, incluso tuvo su repercusión inmediata en la primera Constitución dictada en el mundo hispanoamericano que fue la Constitución federal de los Estados de Venezuela de 1811, en cuyo artículo 227 se estableció en una forma más amplia que:

"La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los Tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la Ley Suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción".

Se destaca, de esta norma, que no sólo se recogió el principio del artículo VI, 2 de la Constitución Americana 1787, sino la doctrina jurisprudencial que ya se había establecido en la sentencia de 1803, en el sentido de que no sólo estableció el principio de la supremacía, sino su consecuencia, es decir, la garantía objetiva de la nulidad absoluta de las leyes contrarias a la

8. *Marbury v Madison*, 1 Cranch 137 (1803). *Véase* el texto en S.I. Kutler (ed), *op. cit.*, p. 29.

9 Véase en particular A. Hamilton, *The Federalist* (ed. B. F. Wright), Cambridge Mass. 1961, *letter* Nº 78, pp. 491–493. Véanse además, los comentarios de Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (ed. J. P. Mayer and M. Lerner), London, 1968, vol. I, p. 120.

Constitución al agregar que las mismas "no tendrán ningún valor." Es decir, como lo afirmó el Juez Marshall en la sentencia:

> "No cabe la menor duda de que todos los que tienen una Constitución escrita y estable la consideran como la ley fundamental y suprema de la nación, y por consiguiente, para estos gobiernos, un acto legislativo contrario a la Constitución es nulo."[10]

Ello, incluso, se estableció todavía más expresamente en la misma Constitución venezolana de 1811 en relación a los derechos fundamentales al establecer el último de los artículos del Capítulo relativo a los derechos del hombre de la misma Constitución, que para precaver toda transgresión a los derechos declarados se los declaró "exentos y fuera del alcance del Poder general ordinario del gobierno" agregando que "toda ley contraria a ella que se expida por la legislatura federal, o por las provincias *será absolutamente nula y de ningún valor"* (art. 199).

En consecuencia, el Estado de Derecho, con todas sus características, sólo existe en la medida en que la garantía del mismo esté asegurada, mediante diversos mecanismos de control, y particularmente, por parte del Poder Judicial, considerado por lo demás, como el "menos peligroso"[11] de los Poderes del Estado. [12] Por ello, en el Estado de Derecho, los tribunales deben tener esencialmente la posibilidad de garantizar la efectividad de las limitaciones impuestas a los órganos del mismo, asegurando su sometimiento a la norma constitucional y al principio de legalidad, así como por el goce de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, entre otros, mediante el conocimiento y decisión de los recursos judiciales que los ciudadanos pueden ejercer.

2 El Estado de derecho, el sometimiento al derecho y los sistemas de control judicial

La principal limitación impuesta en el esquema de funcionamiento del Estado de derecho es, sin duda, la necesidad de que sus órganos siempre actúen con sujeción estricta al derecho que en cada caso les es aplicable, cuyo ámbito, sin embargo, no es el mismo para todos los órganos del Estado.

Es decir, el ámbito del derecho aplicable a los órganos del Estado y en particular, a los actos estatales que los mismos dicten, varían según la relación directa o indirecta que tengan respecto de la Constitución en un sistema

---

10 Marbury vs Madison, 5.U.S. (1 Cranch), 137, 2 L, Ed. 60, 1803.

11 Véase A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics,* Indianapolis, 1962.

12 Véase en general, H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, T. XLV, París 1928, pp. 197-257

jurídico caracterizado por la producción escalonada de normas jurídicas, todo lo cual condiciona las modalidades de control judicial sobre los mismos.

Por ello, para determinar cuáles son las garantías judiciales del Estado de derecho, para asegurar su sometimiento al derecho, siempre resulta necesario precisar cuál es la jerarquía que ocupa cada órgano del Estado en el proceso de formación del ordenamiento jurídico por grados, partiendo siempre de la Constitución, ubicada en la cúspide del mismo. Ello permite apreciar que, por ejemplo, el derecho que rige el proceso de formación y sanción de las leyes por el órgano legislativo (Parlamento o Congreso), o la emisión de decretos leyes o de actos de gobierno por el Jefe del Poder Ejecutivo, que se dictan siempre en ejecución directa e inmediata de atribuciones insertas en las Constituciones, es el derecho que básicamente está establecido en la propia Constitución que se ejecuta. En cambio, el ámbito del derecho que por ejemplo rige en la emisión de una sentencia por un tribunal o de un acto administrativo por cualquier funcionario público de la Administración, es distinto, pues en este caso, ambos se dictan en ejecución y aplicación directa e inmediata de la legislación y de todo el ordenamiento jurídico restante que les sea aplicable, básicamente establecido (además de en la Constitución) en leyes y reglamentos.

En otras palabras, si bien la Constitución como ley suprema siempre está en el vértice del ordenamiento jurídico, por lo que en definitiva rige para todos los actos estatales, en todos los sistemas jurídicos dotados de Constituciones escritas y rígidas se puede distinguir siempre un sistema jerarquizado de normas y actos jurídicos, que origina diversos actos jurídicos con niveles distintos en el proceso de creación de normas jurídicas. Así, por ejemplo, existen actos que se dictan en ejecución directa e inmediatamente la Constitución y que por tanto sólo están sujetos a esta norma suprema, y hay otros que en cambio ejecutan directa e inmediatamente a las leyes y los actos de ejecución directa de la Constitución, siendo de segundo grado en la jerarquía de las fuentes, de manera que solo ejecutan la Constitución de manera indirecta. Entre los primeros se encuentran, básicamente, las leyes formales, los otros actos del Parlamento, incluyendo los *interna corporis,* y los actos de gobierno dictados de conformidad con los poderes constitucionales que le han sido conferidos al Jefe de Gobierno. Entre los segundos se encuentran los actos administrativos y los actos judiciales.

Si bien todos órganos del Estado y a los actos que dicten están sometidos al derecho establecido en la Constitución, el ámbito del derecho que les es aplicable varía por el grado que tengan en la ejecución del orden jurídico, por lo que, en los segundos, al ser dictados en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución el ámbito del derecho que les es aplicable es más amplio, pues además de la Constitución, incluye a todas las otras fuentes del derecho.

Por ello, precisamente, para asegurar el sometimiento al derecho, la garantía judicial del Estado de derecho ha dado origen a los siguientes tres sistemas clásicos de control judicial de la conformidad de los actos estatales con el derecho que son: primero, el *sistema de justicia constitucional* o de control de constitucionalidad de las leyes destinado a controlar la conformidad con la Constitución de las leyes y demás actos estatales dictados de ejecución directa e inmediata de la misma, y que por ello, solo están sometidos a la Constitución; [13] segundo, el *sistema de justicia administrativa* o de control judicial contencioso administrativo que tiene por objeto asegurar el sometimiento al derecho de los actos administrativos dictados por la Administración Pública y por los demás órganos y entes del Estado en ejercicio de la función administrativa, que además de estar sometidos a la Constitución esencialmente están sometidos a la legalidad general, por lo que siempre son de rango sublegal; y tercero, el *sistema de control judicial de las decisiones de los propios tribunales de justicia*, destinado a controlar la conformidad con el derecho de las sentencias, a través de los procesos judiciales de apelación, revisión y de casación respecto de las sentencias y demás actos judiciales.

Además en cuarto lugar, se podría distinguir en muchos países, un cuarto sistema garantista de control judicial de la las actuaciones del Estado y en muchos casos, de los particulares, establecido específicamente para la *protección o amparo de los derechos fundamentales* de las personas, a través de los procesos judiciales de amparo, tutela o protección constitucional de los mismos.

3. Sobre la justicia constitucional: control de constitucionalidad y Jurisdicción Constitucional

El primero de dichos sistemas, es decir, el de la justicia constitucional o si se quiere de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, como se dijo, en el derecho comparado en general se identifica por el objeto del control y no por el motivo de control, pues controla los actos de los órganos constitucionales del Estado, para los cuales el principio de "legalidad" equivale a principio de "constitucionalidad" que es el que les es aplicable, pues se trata de actos que ejecutan directa e inmediatamente la Constitución.

---

[13] Por eso Jean Rivero estimó que el último paso en la construcción del Estado de derecho, es que el Legislador mismo esté sometido a una norma superior, la Constitución, en "Rapport de Synthèse", en L. Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fundamentaux,* París, 1982, p. 519. Así mismo P. Lucas Murillo de la Cueva, calificó a la justicia constitucional como "la culminación de la construcción del Estado de derecho", en "El Examen de la Constitucionalidad de las Leyes y la Soberanía Parlamentaria", en *Revista de Estudios Políticos,* Nº 7, Madrid, 1979, p. 200.

En efecto, entre esos actos estatales sujetos a la justicia constitucional están ante todo las leyes formales, como actos del Parlamento, y precisamente por eso es que la misma se identifica normalmente con el sistema de "control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes."[14] Sin embargo, las leyes no son los únicos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ejercicio de poderes constitucionales, sujetos por tanto a control de la justicia constitucional, existiendo otros dictados por los cuerpos legislativos, en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la Constitución, como los Reglamentos Internos y de Debates e, incluso, otros actos parlamentarios sin forma de ley y de contenido no normativo, como los que regula la Constitución y mediante los cuales el Congreso o la Asamblea o sus Cámaras legislativas se relacionan con otros órganos constitucionales del Estado (aprobaciones de Tratados, u otros actos políticos, o autorizaciones de algún acto ejecutivo, como el nombramiento de algunos funcionarios o la adopción de modificaciones al presupuesto).[15]

Además de estos actos del Parlamento, el Gobierno, en un Estado de derecho, también dicta actos que se dictan ejecutando directamente la Constitución, y que por ser de ejecución de primer grado de la Constitución, que en el sistema jurídico jerarquizado de normas tienen el mismo rango que las leyes y en algunos casos, incluso tienen la misma fuerza de una ley formal. Entre estos están los decretos leyes dictados por el Jefe del Estado o del Gobierno con base a atribuciones establecidas en la Constitución, y que por el principio de separación de poderes no pueden ser regulados por el Parlamento salvo en la forma establecida en la propia Constitución. Esos decretos leyes dictados en ejecución directa de la Constitución, por su contenido normativo y rango legislativo, también están sujetos al control jurisdiccional de la constitucionalidad.[16]

Por otra parte, el Presidente de la República o el Gobierno también tiene poderes establecidos en la Constitución para dictar ciertos actos políticos sin ninguna interferencia legislativa, como por ejemplo, cuando declara el estado de sitio o emergencia, cuando decreta la restricción o suspensión de las garantías constitucionales, cuando dirige las relaciones internacionales o cuando veta una ley sancionada en el Parlamento. Todos estos actos, denominados en Europa continental como "actos de gobierno", también están

---

14 Véase por ejemplo, M. Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World,* Indianapolis, 1971; Allan R. Brewer–Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge, 1989.

15 Véase. H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle, en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* París, 1928, p. 228.

16 *Idem.,* p. 229.

sujetos al control de la constitucionalidad,[17] pues como se ha indicado, también se dictan en ejecución directa de la Constitución, y por consiguiente, también están sometidos a la justicia constitucional[18].

Por último, en los sistemas jurídicos contemporáneos, y dejando de lado los problemas que derivan de las concepciones monistas y dualistas, los tratados y acuerdos internacionales también están sujetos al control jurisdiccional de la constitucionalidad[19], bien sea directamente o a través del control sobre las leyes del Parlamento o los actos de gobierno que los incorporan al orden jurídico interno.

Lo anterior lo que hace es confirmar que en los sistemas jurídicos con una Constitución escrita, todos estos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución están sujetos al control jurisdiccional de la constitucionalidad, organizándose para ello el sistema de justicia constitucional con base en dicho objeto del control (actos estatales que son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución) y no por el motivo de control.

Por ello, el sistema de justicia constitucional en general no se caracteriza por el hecho de exista un solo tribunal que controle la constitucionalidad de los actos estatales, es decir, que tenga el monopolio de controlar la constitucionalidad de todos los actos del Estado, sino en general, por el objeto específico de controlar a determinados actos del Estado, que son los que dictan en ejecución directa e inmediata la Constitución. El control de constitucionalidad de todos los otros actos estatales, como los actos administrativos y las sentencias de los tribunales, corresponde a los otros sistemas de control judicial, con lo que se logra la garantía esencial del Estado de derecho de asegurar la conformidad con el derecho de todos los actos estatales.

Sin embargo, ante esta tendencia general del derecho comparado del sistema de justicia constitucional organizado por el objeto de control y no por los motivos de control, el sistema de justicia constitucional desarrollado en Panamá evidentemente se nos presenta como una disidencia, pues aquí, y únicamente aquí, el mismo se ha organizado por el motivo de control,

---

17 Es cierto que conforme al criterio tradicional del derecho administrativo francés, esos "actos del gobierno" se configuraron con miras a ser excluidos del control contencioso administrativo, sea por su contenido político, por sus motivos o porque eran dictados por el gobierno en sus relaciones con otros órganos constitucionales, especialmente, con el Parlamento. Véase la obra clásica de P. Duez, *Les actes de gouvernement,* París, 1953.

18 Véase H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle, en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* París, 1928, p. 230.

19 *Idem.,* p. 231.

concentrándose todo el control de constitucionalidad de todos los actos estatales en la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Es decir, en Panamá, puede decirse que el sistema de justicia constitucional se ha monopolizado por una Jurisdicción Constitucional que es la Corte Suprema de Justicia.

El sistema panameño en todo caso difiere de la forma cómo se ha desarrollado la justicia constitucional en el mundo contemporáneo, donde no se identifica justicia constitucional con Jurisdicción Constitucional, y donde ésta última, en los casos en los cuales se ha organizado no monopoliza todo el control de constitucionalidad.

En efecto, en el mundo contemporáneo actual, en materia específica de justicia constitucional para el control de constitucionalidad de las leyes y todos los otros actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución, puede decirse que en general se han desarrollado dos sistemas de control según los órganos del Poder Judicial a los cuales se ha asignado competencia para ello, teniendo, en algunos casos, todos los tribunales de un país la potestad de juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes;; y en otros casos, un solo órgano judicial o jurisdiccional, configurado como la "Jurisdicción Constitucional," que puede ser la Corte Suprema de Justicia, o a una Corte o Tribunal constitucional especial. Esta diversa configuración del control de constitucionalidad de las leyes es la que da lugar a la distinción entre los métodos difuso y concentrado de justicia constitucional.

Sin embargo, de esta aproximación, lo que resulta claro es que no es lo mismo hablar de "justicia constitucional" como noción material equiparable a "control de constitucionalidad," que hablar de "Jurisdicción Constitucional," como noción de carácter orgánico, que más bien identifica un órgano estatal específico, judicial o no, que ejerce la justicia constitucional en forma de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos dictados en ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas. La distinción entre ambos conceptos la recogió, por ejemplo, el 5 de la Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales de la República Dominicana de 2011 cuando dispone que

> "La justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales" (art. 5)

De ello resulta, por tanto, que la noción de *justicia constitucional* es el género en la materia (potestad de pronunciarse en materia constitucional), que se refiere a la competencia que ejercen todos los órganos judiciales incluidos

la Jurisdicción Constitucional cuando deciden sobre la constitucionalidad de las leyes o casos concretos o juicios de amparo aplicando y garantizando la Constitución; en tanto que la expresión *Jurisdicción Constitucional* es, en cambio, de carácter orgánica, y busca identificar al órgano jurisdiccional al cual la Constitución le atribuye la *competencia exclusiva* en materia anulación de leyes inconstitucionales, como es el caso en República Dominicana precisamente del Tribunal Constitucional, al igual que lo que sucede en otros países al atribuirse poderes anulatorios de las leyes a las Cortes Supremas.

Pero en esos casos, la característica de la Jurisdicción Constitucional es que solo controla la constitucionalidad de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no en la forma como la Jurisdicción Constitucional se ha organizado en Panamá, en la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad respecto de todo acto estatal, así sea una sentencia de un tribunal o un acto administrativo. Sobre esto por ahora solo destaco la disidencia de panamá, con la observación de que quizás ya sea tiempo de comenzar a revisar el sistema, porque lejos de reforzar la garantía de la supremacía constitucional, creo que por el monopolio que sobre el sistema ejerce la Corte Suprema de Justicia, en realidad quizás debilita su carácter garantista por lo difícil que resulta el efectivo acceso a la justicia. Creo que el espectacular desarrollo que Panamá, particularmente durante las últimas décadas, quizás esté exigiendo la revisión de su sistema de justicia constitucional, concebido en un momento ya muy lejano en su historia política, con criterio excesivamente centralista y de desconfianza en los jueces, para ahora abrirlo y hacerlo más garantista del Estado de derecho.

4. Los otros sistemas de control judicial y la justicia contencioso administrativa

Precisamente porque en el mundo contemporáneo la tendencia ha sido hacia la configuración del sistema de justicia constitucional basada en el objeto del control, es decir, los actos estatales sometidos a control judicial, es que se han desarrollado los otros dos sistemas de control judicial sobre los otros actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, es decir, los actos estatales de rango sublegal, y que por tanto, tampoco están configurados con base en los motivos de control, sino basados en el objeto del control, dando origen a los sistemas de justicia contencioso administrativa para controlar a los actos administrativos y las diversas actuaciones de la Administración, y los sistemas de la control o revisión de las decisiones judiciales.

La característica común de estos dos sistemas es que el control judicial lo ejercen siempre sobre actos estatales dictados en el segundo grado de ejecución del orden jurídico, en ejecución directa de la "legislación," y cuya legalidad si bien implica siempre el sometimiento a la Constitución, básicamente comprende además todas las demás normas contenidas en el

ordenamiento jurídico. Por consiguiente, en relación a estos actos y particularmente respecto de los actos administrativos y los actos judiciales, "legalidad" significa sometimiento al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En cuanto al *control judicial contencioso administrativo* que se ejerce en relación con la actuación u omisiones de la Administración, el mismo se configura como el poder que tienen ciertos tribunales para decidir acerca de la conformidad con el derecho, es decir, control de constitucionalidad y de legalidad sobre las actividades realizadas por los órganos administrativos del Estado; en otras palabras, sobre su conformidad con la Constitución, con las leyes formales y las otras normas y reglas contenidas en el ordenamiento jurídico, como los reglamentos.

La organización del sistema de justicia contencioso administrativa, no ha tenido una línea uniforme, de pudiendo señalarse una diferencia sustancial entre su desarrollo en los sistemas jurídicos influenciados por los países de Europa continental, principalmente de Francia, y los sistemas influenciados por los países del *common law* anglo-americanos. En estos últimos, el control contencioso administrativo no está atribuido a tribunales especiales que formen alguna Jurisdicción (dentro o fuera del Poder Judicial), sino a los tribunales ordinarios, lo que también ocurre en países del mundo latino como es el caso de Chile, donde éstos son los que conocen de las acciones contencioso administrativas o de control judicial de la acción administrativa. Sin embargo, en general, en los países de tradición latina y germánica, el control judicial es la facultad que tienen algunos tribunales especiales de decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos, que se han configurado en general como una Jurisdicción especial dentro del Poder judicial, con la excepción fundamental de Francia, donde el Consejo de Estado y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por razones históricas, se configuró desde su origen fuera del Poder Judicial.

En los casos en los cuales el control contencioso administrativo de los actos administrativos está atribuido a tribunales especializados, en general la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se conforma por una multiplicidad de tribunales de diverso grado y competencia según los actos administrativos sometidos a control, a los efectos de asegurar el acceso a la justicia de los ciudadanos. Y en esto, el sistema panameño de control contencioso administrativo también puede considerarse como otra disidencia adicional en el derecho comparado, al atribuirse la competencia en la materia a un solo tribunal que es la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia); disidencia que quizás ya sea tiempo también de comenzar a revisar, porque lejos de reforzar la garantía del sometimiento de la Administración Pública y su actividad al derecho, ello lo hace de difícil acceso al ciudadano, afectando su carácter garantista.

Pero además, en el tema de la configuración de la justicia administrativa basada en el objeto de control (los actos administrativos) y no en el motivo

de control, también hay que observar otra disidencia del sistema panameño de control contencioso administrativo, en relación con el derecho comparado, al atribuirse la competencia contencioso administrativa a la Sala Tercera de la Corte Suprema, en forma reducida, limitada a controlar la "legalidad" en sentido estricto de los actos administrativos, estándole vedada la posibilidad de juzgar sobre la constitucionalidad de los mismos, potestad que se reserva a la Jurisdicción Constitucional (Sala Plena del Tribunal Supremo); disidencia que quizás ya sea también tiempo de comenzar a revisar, porque en mi criterio, igualmente, lejos de reforzar la garantía del sometimiento de la Administración al derecho, por la reducción del control sobre los actos administrativos a solo motivos de legalidad, y el monopolio del control de constitucionalidad de los mismos por la Corte Suprema de Justicia, lo hace de más difícil acceso al ciudadano, afectando su carácter garantista.

En todo caso, la importancia de la consolidación de la garantía de la justicia administrativa es tal en el derecho público contemporáneo, que basta constatar el propio derecho administrativo se ha configurado como consecuencia directa del ejercicio de dicho control judicial o jurisdiccional, teniendo sus principios fundamentales básicamente un origen jurisprudencial, que luego han sido progresivamente plasmados en leyes como las de procedimiento administrativo.

5. El sistema de control judicial sobre las decisiones judiciales

Pero además de la garantía de control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos de gobierno, y de control judicial de la acción administrativa, en otras palabras, de justicia constitucional y de justicia contencioso administrativa con el fin de asegurar la conformidad de los órganos legislativos y ejecutivos al principio de la legalidad, una tercera garantía de control desarrollada en el mundo contemporáneo es el *sistema de control judicial de las propias decisiones judiciales*.

En efecto, los tribunales, como órganos de aplicación del derecho a los casos concretos que deben resolver, están sujetos al ordenamiento jurídico en su conjunto, lo que incluye sujeción a la Constitución, a las leyes formales, a los decretos-leyes, a los reglamentos y demás actos normativos de los órganos del Estado. De allí que, en el Estado de Derecho, las decisiones de los tribunales también deben someterse al control judicial el cual se aplica normalmente de dos maneras: por una parte, los sistemas ordinarios de apelación que permiten el control de las decisiones de tribunales inferiores por parte de tribunales superiores; y por la otra, el sistema de control de la constitucionalidad y de la legalidad de decisiones judiciales mediante recursos extraordinarios, como sucede con el "recurso de casación" desarrollado en los sistemas influenciados por el derecho procesal de Europa continental.

A través de este medio de control, la Corte Suprema de un país tiene la facultad de verificar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores; al decidir, por ejemplo, en apelación sobre los méritos de la decisión apelada, o simplemente controlar los aspectos constitucionales y legales de la decisión en el recurso de casación. En esto, también puede decirse que el sistema panameño de control judicial de la conformidad al derecho de las decisiones de los tribunales es otra disidencia adicional respecto de la regla en el derecho comparado, al atribuirse la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad de las sentencias a la Corte Suprema de Justicia, negándole a los tribunales de apelación o al control de casación la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las sentencias; disidencia que quizás ya sea también tiempo de comenzar a revisar, porque lejos de reforzar la garantía del sometimiento de los tribunales al orden jurídico general es decir, al derecho, ello lo hace de difícil acceso al ciudadano, afectando su carácter garantista.

De todo lo antes dicho, resulta entonces que los tres sistemas de control del sometimiento de los órganos y actos del Estado al principio de la legalidad, es decir, al derecho, que son los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes (justicia constitucional), de control judicial de los actos administrativos (justicia contencioso administrativa) y de control judicial de las decisiones de los tribunales, son las tres garantías judiciales básicas del Estado de derecho en cuanto a la sumisión a la Constitución y la ley de sus actuaciones.

II. LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, concretándome ahora al primero de los sistemas de control judicial propios del Estado de derecho, que es el sistema de justicia constitucional, como se dijo, el mismo se ha desarrollado en dos vertientes de control según los órganos judiciales del Estado a los cuales se encomienda se ejercicio, que pueden ser todos los tribunales de un país o solo uno de ellos, como la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional, lo que he originado la clásica y siempre útil distinción entre el métodos difuso y método concentrado de control de constitucionalidad.

1. El método difuso de justicia constitucional

El primero, el método difuso, como se indicó, surgió en el constitucionalismo norteamericano a comienzos del siglo XIX de los aportes del sistema norteamericano, como el poder general de todos los jueces de velar por la supremacía constitucional frente a las leyes, con el poder, en las decisiones de los casos concretos sometidos a su conocimiento, de aplicar preferentemente la Constitución frente a leyes contrarias a la misma, que por ello se consideran nulas y sin valor. En este sistema de justicia constitucional que en el mundo del derecho comparado se califica como difuso, los jueces, al decidir en esos casos concretos, no tienen poder anulatorio respecto de las

leyes, sino que lo que tienen es el poder de declararlas inconstitucionales y considerarlas sin ningún valor, inaplicándolas en el caso concreto, dando preferencia a la Constitución,.

Como se dijo, ese es el denominado sistema difuso de justicia constitucional, también denominado como el "modelo americano" por su origen en la mencionada sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* en el cual la Corte Suprema, en 1803, consideró como una función-deber de todos los tribunales de justicia el ejercer la justicia constitucional. El sistema, sin embargo, a pesar de su origen en los Estados Unidos no es propio de los países con tradición del *common law,*[20] habiéndose desarrollado progresivamente en el mundo contemporáneo desde comienzos del siglo XIX, particularmente en América hispana, como sucedió en México, Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, Nicaragua, Venezuela y República Dominicana, habiendo incluso tenido consagración constitucional en muchos de dichos países.

De acuerdo con este método difuso, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes se atribuye entonces a todos los jueces de un país determinado, pues si la Constitución es la ley suprema del mismo y se reconoce el principio de su supremacía, la Constitución tiene que imponerse sobre cualquier otra ley que le sea incoherente. En consecuencia, las leyes que violan la Constitución o que, de una u otra manera, sean contrarias a sus normas, principios o valores, son nulas y no pueden ser aplicadas por los jueces, quienes deben darle prioridad a la Constitución. Como lo afirmó el juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, y antes se explicó, todos los jueces y todos los tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos "de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional" lo que constituye "la verdadera esencia del deber judicial." Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas.

La esencia del método difuso de control de constitucionalidad, por supuesto, como se dijo, radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos que coliden con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados por los Tribunales, los cuales son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

En consecuencia, el primer aspecto que muestra la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad como garantía objetiva de la Constitución, es el principio de la nulidad de los actos estatales y,

---

20 *Véase* Héctor Fix Zamudio, "Protección procesal de los Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Nº 13–14, México, enero–agosto 1972, p. 78.

particularmente de las leyes que colidan con la Constitución (garantía objetiva de la Constitución), lo que significa que un acto estatal nulo no puede producir efectos, y no necesitaría de ningún otro acto estatal posterior para quitarle su calidad usurpada de acto estatal. Al contrario, si otro acto estatal fuera necesario para ello, entonces la garantía no sería la nulidad del acto, sino su anulabilidad.

En conclusión, en el método difuso de control de la constitucionalidad, todos los jueces cualquiera que sea su jerarquía tienen el deber de examinar la constitucionalidad de las leyes que deban aplicar en el caso concreto, y declarar, cuando ello sea necesario, que una ley particular no debe ser aplicada a la decisión de un proceso específico que el juez esté conociendo, en razón de que es inconstitucional, la cual, por tanto, debe considerarse nula y sin valor, para la resolución del caso.

Lo anterior conduce al aspecto central de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad, que es el poder para declarar la inconstitucionalidad de la legislación atribuido a todos los jueces de un país determinado, y no sólo una Corte o Tribunal en particular, el cual deriva de la noción de supremacía constitucional, razón por la cual en su origen, como surgió en el sistema norteamericano, el método difuso no tenía que estar expresamente previsto en la Constitución, habiendo sido creación pretoriana de los jueces. Fue además, en ese mismo sentido que el sistema se desarrolló por ejemplo en Brasil y en Argentina, como creación pretoriana de los Tribunales supremos de esos países.

Ello no impidió, sin embargo, que en contraste con el sistema norteamericano y argentino, en muchos otros países latinoamericanos el poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de todos los jueces se haya establecido expresamente de forma general, en los textos constitucionales o legales, en normas de derecho positivo.

Así, por ejemplo el Código de Procedimiento Civil venezolano desde 1897, establece que:

> "Cuando la ley vigente cuya aplicación se requiera está en contradicción con cualquiera de las disposiciones constitucionales, los jueces aplicarán preferiblemente esta última" (art. 20).

Así, desde 1910, la Constitución colombiana prevén, como se dispone en la Constitución de 1991 que:

> "La Constitución es la norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". (art. 4 C. 1991).

Y sin duda, por influencia colombiana, en Panamá, el control difuso se estableció en los Códigos Judicial y Civil de 1916 y 1917[21] en el marco de las previsiones de la Constitución de 1904, aun cuando el mismo fuera eliminado totalmente a partir de la reforma constitucional de 1941.

También en Guatemala, desde 1965, la Constitución estableció expresamente el principio que se conserva en el artículo 204 de la Constitución de 1985, que establece:

> "Art. 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado."

Igualmente, la Constitución Política del Perú de 1993, disponía:

> Art. 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
>
> En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

2. El método concentrado de justicia constitucional

El segundo de los métodos de control de constitucionalidad establecidos en el mundo contemporáneo es el denominado método de control concentrado de justicia constitucional, el cual, aun cuando establecido desde el siglo pasado en América Latina, se lo conoce, sin embargo, como el "sistema austriaco" o "modelo europeo" [22] por la importancia que tuvo su establecimiento en Austria, en 1920, cuando el poder de control se atribuyó, no a la Corte Suprema existente en dicho país, como sucedió en América Latina, sino a un Tribunal o Corte Constitucional creado al efecto, a veces ubicado fuera del Poder Judicial como sucede en Alemania, Italia, España, Francia, Portugal.

Este sistema, en efecto, también se aplica en América Latina, aún cuando en dos modalidades: por un Tribunal Constitucional especialmente creado

---

21 *Véase* Rigoberto González Montenegro, "La justicia constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, pp. 276 ss.

22 Véase L. Favoreu, "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et á l'étranger,* 1984, p. 1.149.

para ello como son los que existen en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana; o por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno como es el caso de Panamá, Paraguay, Brasil, Nicaragua, México, y por una Sala Constitucional del tribunal supremo como sucede en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Venezuela);[23] con la característica esencial en América Latina, de que en muchos casos, se ha establecido en forma combinada con el método difuso de control, como sucede en Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú, Bolivia y República Dominicana.

En todos estos casos, sea que se trate de la creación de estas Cortes, Consejos y Tribunales Constitucionales como Jurisdicción Constitucional o de la consideración como tal Jurisdicción Constitucional de las Cortes Supremas de Justicia existentes, el órgano judicial o jurisdiccional encargado se lo considera como el "intérprete supremo de la Constitución", según el calificativo que por ejemplo le atribuyó la Ley Orgánica que creó el Tribunal Constitucional en España[24] o como el "guardián de la Constitución."[25] Eduardo García de Enterría, incluso, al hablar del Tribunal Constitucional español, lo calificó de 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"[26] y el antiguo presidente de ese mismo Tribunal español, Manuel García Pelayo vio en él "un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución," que:

> "como regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero "Estado constitucional."[27]

En todo caso, contrariamente a lo que ocurre en el método difuso, lo que caracteriza el método concentrado de control de la constitucionalidad es el

---

23 *Véase* Allan R. Brewer–Carías, *Judicial Review..., cit.,* pp. 182 y ss., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 127 y ss.

24 Art. 1. Ley Orgánica del Tribunal constitucional. Oct. 1979, *Boletín Oficial del Estado,* Nº 239.

25 Véase G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la Democracia,* Madrid, 1971 p. 15.

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

27 Véase M. García Pelayo, "El Status del Tribunal constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 1, Madrid, 1981, p. 15.

hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a *un solo órgano estatal* el poder de actuar como juez constitucional específicamente respecto de ciertos actos estatales (leyes o actos de similar rango dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución), en general con potestad para anularlos. Y en este aspecto, de nuevo, el sistema panameño de justicia constitucional se nos presenta como una disidencia en el derecho comparado al establecer un sistema de control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia, no basado en determinados actos sujetos a dicho control, como son las leyes y demás actos de rango legal, sino en el motivo de control, abarcando así materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el mundo, pero no necesariamente más garantista.

Ahora bien, a diferencia del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el método concentrado, al tener el juez constitucional en general potestades anulatorias, evidentemente que no puede desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces como sucedió con el método difuso, sino que debe siempre estar expresamente establecido, *expressis verbis,* en normas constitucionales. En esta forma, la Constitución, como Ley suprema de un país, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir cuál es la ley aplicable en cada caso, cuando hay contradicción entre la ley y la Constitución; y es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes con potestades anulatorias, en lo referente a ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, como puede ser la Corte Suprema o una Corte o Tribunal Constitucional.

El origen del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, por tanto, se puede situar en América Latina en las primeras constituciones que lo regularon como fue la de Venezuela de 1858, en la cual se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer de la *acción popular* de inconstitucionalidad de las leyes de las Legislaturas Provinciales, precisándose en el artículo 113.8 la competencia de la Corte para:

> "Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución."

Esta atribución de la Corte Suprema se amplió a partir de la Constitución de 1893, respecto de todas las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110.8), habiéndose recogido la competencia en todas las Constituciones del siglo XX hasta la vigente de 1999, donde se atribuye el control de constitucionalidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional, respecto de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (leyes, decretos leyes, actos de gobierno, interna corporis).

En el caso de Colombia, igualmente, la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de control de constitucionalidad se estableció por primera vez en la Constitución de 1886, respecto de los actos legislativos, en forma limitada y preventiva cuando hubiesen sido objetados por el Gobierno (arts. 88, 90 y 151, ord. 4º). Posteriormente, mediante el Acto Legislativo Nº 3 de 31 de octubre de 1910 (reformatorio de la Constitución Nacional), el sistema concentrado colombiano de justicia constitucional adquirió plena consagración, al establecerse en el artículo 41, la acción popular de inconstitucionalidad, al atribuirse a la Corte Suprema de Justicia como "guardián de la integridad de la Constitución", competencia para:

> "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación."

La *acción popular* de inconstitucionalidad de las leyes, por tanto, tiene su antecedente en la Constitución venezolana de 1858 y en la Constitución colombiana de 1910; países en los cuales, como se ha visto, además, se previó el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, consagrándoselo formalmente (*expressis verbis*) en *Venezuela* a partir de 1897 y en *Colombia*, en un breve período en 1887 y luego, a partir de 1910; configurándose así un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, al cual se han ido orientando progresivamente los sistemas *latinoamericanos*.

Este es el caso, por ejemplo, además de Venezuela y Colombia, de Brasil, Perú, El Salvador y Guatemala y más recientemente y de México. No obstante, algunos sistemas de América Latina, como el de Panamá, Uruguay y Paraguay y Honduras han permanecido exclusivamente concentrados, países donde sólo la Corte Suprema de Justicia tiene una jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

3. Algunas diferencias sustanciales entre los métodos difuso y concentrado

En todo caso, globalmente, a la diferencia entre ambos sistemas de control, el difuso y el concentrado, fundamentalmente basada en el órgano judicial que lo ejerce, se suma la diferencia que en general existe respecto de los efectos legales que en cada caso produce la decisión de control. En los sistemas de control concentrado, cuando la decisión jurisdiccional es una consecuencia del ejercicio de una acción, en general, los efectos de tal decisión mediante la cual se anula la ley, son generales, con validez *erga omnes*[28]. La decisión, en este, en principio es prospectiva, ya que tiene

[28] Véase Allan R. Brewer–Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad..., cit.,* pp. 31 ss.

consecuencias *ex nunc y pro futuro;* es decir, la ley anulada por inconstitucional es considerada como habiendo surtido efectos hasta su anulación por el Tribunal o hasta el momento que éste determine como consecuencia de la decisión. En este caso, por consiguiente, la decisión tiene efectos "constitutivos" ya que la ley se vuelve inconstitucional solamente con ocasión de la decisión.[29]

En cambio, en los sistemas de control difuso la decisión del juez en materia de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *ínter partes*, de manera que la ley declarada inconstitucional en principio es nula y no surte ningún tipo de efectos para el caso concreto en relación con las partes en el mismo. Por ello, en este caso, la decisión, en principio es retroactiva en el sentido de que tiene consecuencias *ex tunc* o *pro pretaerito,* es decir, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiera existido o nunca hubiera sido válida. Por ello, en estos casos la decisión tiene efectos declarativos, en el sentido de que declara la nulidad preexistente de la ley inconstitucional[30].

Esta distinción relativa a los efectos de la decisión judicial con respecto a la inconstitucionalidad de una ley, sin embargo, no es absoluta. Por un lado, si bien es cierto que en el sistema de control difuso la decisión surte efectos *inter partes,* cuando la decisión es adoptada por la Corte Suprema, como consecuencia de la doctrina *stare decisis* los efectos prácticos de la decisión son, de hecho, generales, en el sentido de que obliga a todos los Tribunales inferiores del país. Por ello, a partir del momento en que la Corte Suprema declara inconstitucional una ley, en principio, ningún otro Tribunal podría aplicarla.

Por otro lado, en sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, cuando se adopta una decisión en una cuestión incidental de constitucionalidad, algunos sistemas constitucionales (Uruguay y Paraguay) han establecido que los efectos de la misma, en principio, sólo se relacionan con el proceso particular en el que se planteó la cuestión de constitucionalidad, y entre las partes de dicho proceso, aunque como hemos señalado, esa no es la regla general.

Por otra parte, en cuanto a los efectos declarativos o constitutivos de la decisión, o sus efectos retroactivos o prospectivos, el paralelismo absoluto entre los sistemas difuso y concentrado también ha desparecido. En los sistemas de control difuso de la constitucionalidad, aun cuando los efectos de las decisiones declarativas de inconstitucionalidad de la ley sean *ex tunc, pro pretaerito,* en la práctica, algunas excepciones en materia de derecho civil (protección de derechos adquiridos), han hecho que dicha invalidez de la ley

---

29 Allan R. Brewer–Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad…*, *cit.,* pp. 32 ss.

30 Véase Allan R. Brewer–Carías, *Judicial Review in Comparative Law, cit.,* pp. 131 ss.

no sea siempre retroactiva para La salvaguarda de derechos adquiridos. De la misma manera, en los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, aun cuando los efectos de las decisiones anulatorias de una ley por inconstitucionalidad en principio sean constitutivos, *ex nunc, pro futuro,* también en la práctica, algunas excepciones en casos regulados por el derecho penal, han hecho que dicha invalidez de la ley, pueda ser retroactiva en casos en los cuales beneficie del reo.

4. Las garantías judiciales de los derechos fundamentales

En el constitucionalismo moderno, particularmente en América Latina, además de los clásicos sistemas de justicia constitucional antes indicados, desde el siglo XIX se han desarrollado los medios específicos de protección judicial especialmente establecido para la protección de los derechos constitucionales, que son las acciones de amparo, tutela o protección y de habeas corpus, que pueden intentarse contra los agravios o amenazas infligidos contra los mismos por parte de autoridades y de particulares, cuyos procesos constitucionales concluyen normalmente con una orden judicial de amparo, protección o tutela de los derechos violados o amenazados de violación.[31]

Este medio judicial extraordinario de protección no sólo es una de las piezas más importantes del sistema constitucional latinoamericano, sino quizás la más "latinoamericana" de todas las que lo conforman, estando regulado en todos los países (excepto Cuba), en la Constitución. En todos os países donde se regula constitucionalmente el amparo y el habeas corpus, además, con excepción de Chile (donde está regulado por un auto acordado

31 Véase en general, desde el punto de vista comparado, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, Edit. Porrúa, México 2006; Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp.; también publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp. y en *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; *Constitucional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Law Study on the amparo proceeding*, Cambridge University Press, New York, 2008; y "Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana," en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* nº 9 enero-junio 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 311-321.

de la Corte Suprema), se han dictado leyes específicas para regularlos. En algunos casos, se trata de leyes específicas para regular exclusivamente la acción de amparo como sucede en Argentina, Brasil, Colombia, México, Nicaragua, Uruguay y Venezuela. En otros casos, la legislación dictada, además de regular la acción de amparo, también contiene regulaciones en relación con otros medios judiciales de protección de la Constitución, como las acciones de inconstitucionalidad y las acciones de habeas corpus y habeas data, como es el caso Bolivia, Guatemala, Perú, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y República Dominicana. Sólo en Panamá y en Paraguay el proceso de amparo está regulado en un Capítulo especial en los respectivos Códigos de procedimiento: el Código Judicial en panamá y el Código de Procedimiento Civil en Paraguay.

En la gran mayoría de los países latinoamericanos, además de la acción de amparo, las Constituciones en general han regulado el recurso de habeas corpus como medio judicial aparte para la protección de la libertad e integridad personales. Es el caso de Argentina, Bolivia (acción de libertad), Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay; de manera que sólo en algunas Constituciones como la de Guatemala, México y Venezuela, el proceso de amparo está concebido como una acción para la protección de todos los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, en cuyo caso el habeas corpus es considerado como un tipo de acción de amparo, denominado por ejemplo como acción de exhibición personal (Guatemala) o amparo para la protección de la libertad personal (Venezuela).

Por otra parte, más recientemente, en algunos países como Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, además de la acción de amparo y de la de habeas corpus, las Constituciones han establecido otra acción distinta, llamada de habeas data (o protección de privacidad), mediante la cual las personas pueden formular peticiones para obtener información sobre sí mismas que estén contenidas en archivos, registros y bancos de datos, públicos o privados, y en caso de información falsa, errada o discriminatoria, pueden solicitar su eliminación, confidencialidad o corrección.

Como resultado de todo este proceso protectivo de los derechos humanos, en la actualidad, las regulaciones constitucionales en la materia en América Latina, se han configurado en tres formas diferentes:

En primer lugar, previendo tres recursos o acciones diferentes, el *amparo, el habeas corpus y el habeas data*, como sucede en Argentina, Brasil, Bolivia (acción de protección de privacidad), Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana;

En segundo lugar, estableciendo dos recursos diferentes, por una parte el *amparo y el habeas corpus*, como es el caso en Colombia, Costa Rica, Chile,

El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay; y por la otra, el *amparo y el habeas data*, como es el caso de Venezuela; y

En tercer lugar, regulando un solo recurso o acción de *amparo,* comprendiendo en el mismo la protección de la libertad personal, como es el caso de Guatemala, México y Venezuela.

III. NECESARIA REFERENCIA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el derecho constitucional contemporáneo, además de los sistemas clásicos de justicia constitucional que se han desarrollado en los diversos países, y que siempre podemos decir que giran en torno a los dos métodos, concentrado y difuso de control de constitucionalidad, a los cuales como se ha indicado se suman las garantías judiciales de los derechos fundamentales (amparo habeas corpus); con ocasión del proceso de internacionalización de la constitucionalización de los derechos humanos que se ha producido durante las últimas décadas, llevando los derechos fundamentales a ser parte del derecho internacional contemporáneo, los mismos, además de encontrar su marco de protección en el orden interno mediante los procesos de amparo, protección o tutela y habeas corpus tanto por parte de los tribunales ordinarios o ante una Corte Suprema o una Corte constitucional especial[32], han venido siendo protegidos a través del denominado control de convencionalidad en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[33]

---

32 Véase en general sobre el amparo en el derecho comparado: Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional protection of human rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York 2008.

33 Véase Ernesto Rey Cantor, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación," en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), El control de convencionalidad, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), Formación y perspectiva del Estado mexicano, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano," en Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional, México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2013, pp. 113 y ss. V., además, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías,

Ese control de convencionalidad, en efecto, ha sido y es el control que usualmente ha ejercido y ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a los derechos fundamentales declarados en la Convención Americana cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que éstas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad necesaria, para garantizar los derechos, por ejemplo, modificando la norma cuestionada.[34]

Pero lo importante en esta materia es que ese también ha sido el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado sobre la validez de los actos del Estado al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva de cada Estado (control de constitucionalidad), sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto.

El tema, si bien era de siempre, sin embargo solo no se visualizó completamente cuarenta años después de que la Convención Americana fuera suscrita (1969), gracias a la importante conceptualización efectuada en 2003 por el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien captó en sus propios contornos el significado del control que

---

Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013Véase en el mismo sentido, Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 83-84

34 Por ello, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha señalado que el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular". Véase su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 22), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. También ha dicho con razón que "el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana. *V.,* en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad*. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 132.

la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad con respecto de las previsiones de la Convención.

En esta materia, por tanto, lo que realmente es nuevo ha sido, por una parte, la afortunada acuñación de un término "control de convencionalidad,"[35] que Sergio García Ramírez propuso en su Voto razonado a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003;[36] y por la otra, la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes, dimensiones o manifestaciones, por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales[37]. Estas dos vertientes las

35 Como lo ha destacado Juan Carlos Hitters, "Claro está que cuando se utiliza la terminología de control de convencionalidad, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología". *V.*, Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación," en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 109-128.

36 Véase Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003, Serie C Nº 101, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, donde se refirió al "'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional" (Párr. 27). V., el comentario del propio Sergio García Ramírez sobre dicho voto y la evolución de su aporte al desarrollo de la noción en Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 230 ss. *V.,* igualmente los comentarios a los criterios de García Ramírez en Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 87 y ss.

37 Algunos autores, sin embargo, niegan que existan estas dos vertientes en el control de convencionalidad, argumentando que el mismo está reservado a la Corte Interamericana, negando la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo dicho control. Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad*. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 88 y ss.

han identificado: Sergio García Ramírez distinguiendo entre lo que llama "el control propio, original o externo de convencionalidad" que ejerce la Corte Interamericana, y el "control interno de convencionalidad" que ejercen los tribunales nacionales;[38] y Eduardo Ferrer Mac Gregor, distinguiendo entre el llamado "control concentrado" de convencionalidad" que ejerce la Corte Interamericana, en sede internacional, y el "control difuso" de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, en sede interna[39].

Estas dos vertientes, por otra parte las precisó el propio Juez García Ramírez en 2004, en otro Voto razonado a la sentencia del *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de diciembre de 2004, cuando efectuó la comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando en cuanto a la función de la Corte Interamericana, que la misma se semejaba a la de los tribunales constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento "en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa;" y que si bien "los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos."[40]

---

38 Véase Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad*. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 213.

39 Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 132.

40 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114 (Párr. 3), en http://www.corteidh. or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Véanse los comentarios sobre las dos vertientes del control de convencionalidad en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. *El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 24, 59; y Víctor Bazán, "Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 14 ss.

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los tribunales nacionales en el orden interno, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez, estos "procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales, al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática," en cambio, "el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía."[41]

A raíz de estas reflexiones quedó claro en el derecho internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de "control de convencionalidad" se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes, uno en el ámbito internacional y otros en el ámbito nacional.

En particular, en cuanto al control de convencionalidad que se ejerce en el ámbito interno que es el que nos interesa destacar, es importante señalar que el mismo difiere del control de constitucionalidad, al punto de que incluso, en el desarrollo del control de convencionalidad en la doctrina establecida por la Corte Interamericana, no se supedita ni se puede supeditar dicho control a la existencia o no de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haberse desarrollado en cada país.

Es decir, se trata de dos controles distintos, con objetos distinto, de manera que por ejemplo, en los países en los cuales no existe un control difuso de la constitucionalidad como es el caso de Panamá (y también de Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá. Paraguay y Uruguay), nada debe impedir que los jueces y tribunales ordinarios a los cuales se tienen que aplicar directamente las previsiones de la Convención Americana, que puedan ejercer el control difuso de convencionalidad. Es decir, nada autoriza, salvo que ello esté previsto en la Constitución, a sostener que en los países con sistema de justicia constitucional concentrada, el control de convencionalidad no lo puedan ejercer los tribunales ordinarios y que el mismo sólo pueda aplicarse por la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional.[42]

---

41 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114 (Párr. 4), en http://www.corteidh. or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

42 Como por ejemplo en relación con Chile, Humberto Noguera Alcalá, hace depender el control de convencionalidad del control de constitucionalidad, considerando que en dicho país, el control de convencionalidad sólo lo puede ejercer el órgano que ejerce el control de constitucionalidad que en ese caso es de carácter concentrado, que es el Tribunal Constitucional. *Véase* Humberto

Al contrario, como lo ha señalado Néstor Pedro Sagües, todos los jueces en el ámbito interno deben ejercer el control de convencionalidad aun cuando "no se encuentren habilitados para declarar la inconstitucionalidad," por ejemplo de una regla del Código Civil," pues "de todos modos tienen, en el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme y no contra, a la Constitución Local."[43]

En mi criterio, en todo caso, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos los jueces nacionales tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, lo que significa que aún en los países que tienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad como Panamá, todos los jueces y tribunales tienen la obligación de aplicar la Convención Americana y por ello están llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad, lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que deban aplicar para resolver un caso concreto y normas de la Convención Americana, deben dar preferencia a éstas y desaplicar las normas de derecho interno contrarias a la Convención. Dicho control de convencionalidad que los jueces deben ejercer, por supuesto, lo deben realizar, como lo precisó la Corte Interamericana, "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes." Ello es, de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello tenga ningún condicionante la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad, que es otra cosa.

Por tanto, no estamos de acuerdo que en materia de control de convencionalidad, se pueda afirmar, como lo hizo por ejemplo la Suprema Corte de México en sentencias de diciembres de 2011, en el sentido de que el ejercicio de este control difuso de convencionalidad "deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país" o que "debe ser acorde con el modelo general de control establecido

---

Noguera Alcalá, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* FUNDAp*,* Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

43 Véase Néstor Pedro Sagües, "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico–sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 426.

constitucionalmente."[44] La afirmación, por supuesto, no tiene mayores consecuencias si sólo se atiende a la situación en México, pues el sistema de justicia constitucional ha evolucionado hacia un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad que existe en el presente, en el cual coexiste el control concentrado que ejerce la Suprema Corte, coexiste con el control difuso que ejercen los tribunales en general.

Sin embargo, una afirmación como la mencionada si tendría consecuencias en países como Panamá, Costa Rica o Chile, donde sólo existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad que ejerce en exclusiva la Corte Suprema y no existe control difuso de constitucionalidad,[45] lo que podría llevar a la conclusión que los jueces en general no podrían ejercer el control de convencionalidad. [46]

Esta ha sido por ejemplo, la conclusión a la que llegó el magistrado Jerónimo Mejía Edwards de la Corte Suprema de Panamá, al indicar que el control de convencionalidad en el ámbito interno debe ejercerse "a la luz del sistema de constitucionalidad previsto en el país"[47] o "a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las

---

44 Véase las sentencias en Alfonso Jaime Martínez Lazcano, "Control difuso de convencionalidad en México," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, ***Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional*** y ***III Congreso Internacional Proceso y Constitución***, Panamá 2012, pp. 209– 210. Véase igualmente las referencias en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 41, 80.

45 Véase Allan R. Brewer–Carías, "El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado," en *Revista Novum Ius*, Edicion Nº 15º, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010. pp. 130–168.

46 Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, *Véase* Humberto Noguera Alcalá, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

47 *Véase* Jerónimo Mejía Edwards, "Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, ***Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional*** y ***III Congreso Internacional Proceso y Constitución***, Panamá 2012, pp. p. 258.

leyes y demás actos del Estado,"[48] concluyendo en mi criterio sin fundamento ni en la Constitución ni en la Convención, que tratándose en el caso de Panamá de un sistema completamente concentrado de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad solo puede ejercerse "a través de esos mecanismos que se efectúa el control de constitucionalidad" pudiendo los jueces en caso de encontrar una incompatibilidad entre una ley y la Convención Americana, solamente elevar la consulta respectiva ante la Corte Suprema de Justicia para que sea ésta la que ejerza el control de convencionalidad.[49]

Estimamos, al contrario, en relación con este control difuso de convencionalidad que ha definido la jurisprudencia de la Corte Interamericana para ser ejercido en el ámbito interno, el mismo "implica que

---

48 *Ídem*, p. 261.

49 *Ídem*, 261–263. Debe señalarse, sin embargo, que en estos casos de países en los cuales no existe control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el propio juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, quién también ha contribuido al desarrollo conceptual de los contornos del control de convencionalidad en nuestros países, particularmente en su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* de 26 de noviembre de 2010, ha estimado que en esos casos en los cuales el control de convencionalidad es ejercido por los jueces y tribunales en países en los cuales no existe control difuso de constitucionalidad, se trata de un control de "menor intensidad" quedando limitado el juez, en esos casos, a sólo producir "interpretaciones conformes" a la Convención, sin poder decidir sobre la inaplicabilidad de normas cuando son inconvencionales. Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 37), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ar-ticulos/seriec_220_esp.pdf El mismo juez Ferrer Mac Gregor ha agregado: "En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional (Párr. 39), *Ídem. Véase* igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales),* FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 110, 123, 147, 148.

todos los jueces, sin distinción, pueden ejercerlo,"[50] independientemente de que el sistema de justicia constitucional no admita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.[51]

Es sin duda útil hacer la comparación entre el sistema de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, como lo hizo en su momento el juez García Ramírez, pero en nuestro criterio, por ser distintos ambos controles,[52] ello no autoriza a hacer depender el funcionamiento del último respecto de lo que se establezca en el primero.

IV. ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL SISTEMA PANAMEÑO EXCLUSIVAMENTE CONCENTRADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Antecedentes

Ahora bien, en contraste con la variedad de los sistemas de justicia constitucional que antes hemos destacado, la Constitución de Panamá de 2004, siguiendo la orientación de la de 1972 reformada en 1978, 1983 y 1994, en sus artículos 171 y 206.1, establece las bases de uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios de control de la constitucionalidad que existen en el derecho comparado,[53]- aun cuando no necesariamente más

---

50 Véase Alfonso Jaime Martínez Lazcano, "Control difuso de convencionalidad en México," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, ***Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional*** y ***III Congreso Internacional Proceso y Constitución***, Panamá 2012, p.201.

51 Véase las dudas y discusión sobre esta posibilidad de que todos los jueces ejerzan en el ámbito interno el control de convencionalidad aún cuando el sistema de control de constitucionalidad adoptado no los autorice a ejercer el control difuso de constitucionalidad, en Aylín Ordóñez reyna, "Apuntes a Él control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas' de Víctor Bazán, en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 75, 76 81.

52 *Véase* Claudio Nash Rojas, "Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: 'El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas'," en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65.

53 *Véase Allan R. Brewer-Carías, "*El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado," en *Revista Novum Ius*, Edicion Nº 15º, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la

garantista – al atribuir a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y, como consecuencia, el poder exclusivo para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de *todos los actos estatales,* excluyendo completamente toda posibilidad de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales ordinarios, así como el control de constitucionalidad sobre los actos administrativos por parte de la Sala tercera de la misma Corte Suprema.

Este sistema tuvo en realidad su origen en la Constitución de 1941, donde se incorporó una previsión expresa (artículo 188) atribuyendo la competencia a la Corte Suprema, sin duda inspirada en el artículo 149 de la Constitución colombiana cuyo texto resultó de la reforma constitucional establecida mediante el Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 41), y que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia, pero sin tener en cuenta que para ese momento el sistema colombiano ya era de carácter mixto o integral al haberse establecido en el mismo texto de 1910, en paralelo al control concentrado, el control difuso mediante el cual se atribuyó también a todos los tribunales la potestad de anular las leyes inconstitucionales.

Con anterioridad a la Constitución de 1941, la Constitución de 1904 no contenía previsión alguna sobre atribución de la Corte Suprema en materia de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, la cual en cambio establecía normas expresas derivadas del principio de la supremacía constitucional, como la contenida en el artículo 48 que prohibía "a la Asamblea Nacional dictar leyes que disminuyan, restrinjan o adulteren cualquiera de los derechos individuales consignados" en la Constitución.

Fue sin duda, con fundamento en ese principio de la supremacía constitucional, que puede decirse que en Panamá, en sus inicios, se desarrolló en los textos legales la base del control difuso de la constitucionalidad, sin texto constitucional expreso, para lo cual, los jueces podían encontrar apoyo legal en dos normas fundamentales del Código Civil y del Código Judicial de la época.

En efecto, el artículo 12 del Código Civil, se establecía y aún establece:

> "Art. 12. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla."

Universidad de Panamá, Panamá, 2010. pp. 130-168; "El sistema panameño de control concentrado de constitucionalidad en el Derecho Comparado" en *Registro Judicial,* Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá, Panamá, Enero 1997, pp. i-xxii; y Febrero 1997, pp. i-xxvi; "El sistema panameño de control concentrado de constitucionalidad en el Derecho Comparado" en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano, IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional,* Volumen II, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, pp. 889-974.

Por su parte el artículo 4 del Código Judicial disponía:

> Art. 4. Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del Poder Ejecutivo que sea contrarios a la Constitución."

Estas normas, por supuesto, formalizaban en Panamá la base del sistema de control difuso de la constitucionalidad que se desarrolló en casi toda América Latina, con algunas excepciones como en Uruguay y Paraguay. Este sistema, sin embargo, fue duramente criticado por algunos autores como Eusebio A. Morales y José D. Moscote[54], resumiéndose esas críticas por Carlos Pedreschi según el cual, el sistema "estaba cargado de inconvenientes y deficiencias" pues dejaba en manos de cualquier funcionario judicial la trascendental función de interpretar los preceptos constitucionales, considerándose que creaba, a la vez "cierta amargura... al legitimar tantas interpretaciones de la Constitución como jueces existieran en la República."[55]

Esta crítica, en realidad, solo podría justificarse basándose quizás en la realidad del funcionamiento en el momento del Poder Judicial en Panamá, pero lo cierto es que no puede erigirse en apreciación general y objetiva, pues ello sería la negación del sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que es el más difundido en el mundo.

En todo caso, las propuestas formuladas por Morales y Moscote fueron las que en definitiva se impusieron en la reforma constitucional de 1941, cuyo artículo 188, en parte, como se dijo, se inspiró en el texto constitucional colombiano derivado de la reforma de 1910, ignorando que en la misma se estableció en Colombia un sistema mixto de control de la constitucionalidad, a la vez difuso y concentrado. Es decir, la reforma panameña de 1941, sólo tomó en cuenta el sistema concentrado que atribuía a la Corte Suprema la guarda de la Constitución, desechando el sistema de control difuso de la constitucionalidad que también preveía la Constitución colombiana.

---

54. Véase Eusebio A. Morales "Leyes Inconstitucionales", en *Ensayos, Documentos y Discursos,* Panamá 1928, Tomo I, p. 221; y José D. Moscote, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Panamá 1929, p. 116. Citados por César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño,* Panamá, 1987, pp. p. 818 y 819 y Jorge Fábrega P., "Derecho Constitucional Procesal Panameño" en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Panamá 1987, pp. 897 a 899.

55. Carlos B. Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, 1965, pp. 155, citado por César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P., *cit.*, p. 818.

2. El sistema de justicia constitucional totalmente concentrado

De lo anterior resultó, por tanto, que la configuración del sistema panameño de control de la constitucionalidad no pueda considerarse como un sistema mixto[56], pues dentro de sus componentes no hay, técnicamente, ningún elemento de control difuso de la constitucionalidad de las leyes que permita a cualquier juez, incluso al llamado a decidir una acción de habeas corpus o amparo, desaplicar una ley o acto normativo en la decisión del caso concreto por razones de inconstitucionalidad. El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, en efecto, es aquél en el cual se combina el método concentrado con el método difuso de control de constitucionalidad, como ha sido el modelo tradicional que desde el siglo XIX se ha aplicado en Venezuela y Colombia,[57] y que también funciona en Guatemala, Perú, Brasil, El Salvador y más recientemente en México. En el sistema mixto, además, se establece en paralelo con el control concentrado y el control difuso, las garantías judiciales específicas para la protección de los derechos constitucionales a través de la acción de amparo o de tutela, cuyo conocimiento corresponde como en Panamá, a todos los tribunales, generalmente de primera instancia.

Los autores panameños que calificaron el sistema de control de constitucionalidad como sistema mixto, en su momento lo hicieron al señalar que el sistema concentrado de justicia constitucional, coexistía con la consagración de las acciones de *habeas corpus* y amparo, cuyo conocimiento corresponde a todos los tribunales ordinarios[58]. En realidad, la existencia de garantías judiciales de los derechos constitucionales mediante las acciones de *habeas corpus*, amparo (tutela o protección), habeas data o los medios

---

56. En el pasado así fue considerado por Arturo Hoyos, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Nº 75, UNAM México 1992, págs. 788 y 789; Arturo Hoyos, "La justicia constitucional en Panamá: estructura y evolución reciente", en *Contribuciones (Estado de Derecho)*, Fundación Konrad Adenauer, Nº 2, Buenos Aires, 1994, p. 184; Arturo Hoyos, *La interpretación constitucional*., Edit. Temis, Bogotá, p. 8. Hoyos se ha apartado de esa consideración en su trabajo: "La justicia constitucional en Panamá. Una apretada síntesis," en las ediciones Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/23.pdf

57 Véase Allan R. Brewer–Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público Nº 39; y Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae Nº 5, Bogotá 1995.

58. A. Hoyos, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *loc. cit*., p. 790.

judiciales ordinarios (*writs, référés*, procedimientos de urgencia)[59], es un signo de nuestro tiempo, por lo que todos los países con régimen de Estado de Derecho las consagran.

En general, la competencia para conocer y decidir las acciones de amparo o *habeas corpus* corresponde a los tribunales ordinarios, siendo excepcional su conocimiento exclusivo atribuido a Tribunales Constitucionales (es el sistema europeo de Alemania, Austria, España) o a la Corte Suprema de Justicia (es el caso excepcionalísimo, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y de El Salvador). Lo normal y común, se insiste, sobre todo en los países anglosajones, en Francia e Italia y en América Latina es la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de estas acciones de protección de los derechos constitucionales. En todo caso, al decidirlas, por supuesto, los jueces resuelven como jueces constitucionales cuestiones de inconstitucionalidad, pero limitadamente en relación a la protección de los derechos constitucionales.

El sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en cambio, es mucho más amplio, no sólo cuando se les plantea una cuestión de constitucionalidad en relación a la protección de derechos constitucionales, sino básicamente, cuando en un caso judicial ordinario que no tiene por objeto una cuestión constitucional, los jueces actúan como jueces constitucionales en todo caso en el cual deban aplicar una ley, que juzguen inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución.

Por ello, en realidad, el sistema de control de constitucionalidad de Panamá es un sistema exclusiva y privativamente concentrado, con una amplitud no comparable en el derecho comparado, lo que sin embargo no significa que sea más garantista.

Su consagración está en la propia Constitución, en cuyo artículo 206.1 se atribuye a la Corte Suprema de Justicia, competencia exclusiva para conocer y decidir no sólo sobre la constitucionalidad de las leyes, y los actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino sobre absolutamente todos los actos estatales, definidos como "los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos" estatales; o como lo precisan los artículos 2554,3, 2559 y 2561 del Código Judicial, de "las leyes, decretos de gabinete, decretos-leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad".

Esta enunciación del artículo 206.1 de la Constitución, precisada por los mencionados artículos del Código Judicial, conduce a un objeto amplísimo para el ejercicio del poder de control concentrado por parte de la Corte

59. Allan R. Brewer–Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas 1994.

Suprema de Justicia, que abarca, como lo destacó en su momento César A. Quintero, el control sobre:

> "La constitucionalidad de leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales y actos políticos dictados por el Órgano Legislativo; de decretos-leyes y decretos de gabinete, así como de resoluciones, órdenes y otros actos administrativos dictados por el Órgano Legislativo o cualquier autoridad administrativa nacional, provincial o municipal; de sentencias u otras decisiones definitivas dictadas por cualquier tribunal judicial o especial".[60]

Sin duda, la redacción del texto constitucional le da una amplitud única al sistema panameño, permitiendo el control de constitucionalidad exclusivo y excluyente, de *todos* los actos estatales, es decir, los provenientes de cualquier autoridad, nacional, provincial o municipal, sea legislativa, ejecutiva o judicial. Por ello, estimamos que las excepciones a este control exclusivo y privativo sólo podrían tener fundamento constitucional, como por ejemplo, la previsión del artículo 207 de la Constitución que establece que "no se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas". En el mismo sentido, se destaca la exclusión que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema para conocer de la inconstitucionalidad de reformas constitucionales, las cuales, al tener rango constitucional no podrían ser inconstitucionales. Ello no excluye, sin embargo, que pudiera plantearse recurso de inconstitucionalidad por razones de forma, concernientes al procedimiento de reforma constitucional.[61]

El Código Judicial, sin embargo, excluye de la acción de inconstitucionalidad a las sentencias de casación laboral (art. 931).

La Corte Suprema, además, en su jurisprudencia, ha excluido del control de constitucionalidad a las leyes o normas que no estén vigentes, es decir, las leyes derogadas; los contratos civiles celebrados por el Estado y los Tratados Internacionales.

En relación al primer caso, entendemos que ello es consecuencia del carácter constitutivo, con efectos *ex nunc,* de las sentencias de inconstitucionalidad, pues si los efectos fueran *ex tunc* procedería la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas derogadas. Sin embargo, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia "excepcionalmente" ha admitido ejercer el control de la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias derogadas, en virtud del principio de la ultra actividad o

---

60. César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P., *cit.*, p. 829.

61. César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P., *cit.*, p. 830.

vigencia residual que pudieran tener dichos preceptos conforme al cual, la norma derogada puede ser aplicada para regular ciertos efectos de eventos que se produjeron cuando estaba vigente[62]. Se destaca, sin embargo, que estas sentencias se han dictado con motivo del ejercicio del control de constitucionalidad incidental, planteado como advertencia en casos concretos, y no con motivo del ejercicio de una acción popular.

En cuanto a los últimos dos supuestos, coincidimos con los comentarios de Jorge Fábrega P. y César A. Quintero en el sentido de que la exclusión no está justificada en el marco del sistema constitucional panameño[63]. Por lo demás, las leyes aprobatorias de Tratados son en general objeto de control de constitucionalidad en los países con sistema concentrado de control, como por ejemplo sucede en Austria, Alemania y España; y en América latina en Colombia y Venezuela[64].

De todo lo anterior, se puede constatar, en todo caso, que el sistema panameño de control de la constitucionalidad pasó de ser en sus inicios un sistema de control difuso, a ser un sistema totalmente concentrado de control, amplio, exclusivo y excluyente por previsión expresa de la Constitución. El sistema que se estableció, en realidad, como hemos dicho, es único en el derecho comparado, por lo que en mi criterio no puede decirse, como lo señaló el profesor César A. Quintero, -mi recordado amigo quien fue el que por primera vez me invitó a hablar de estos temas aquí, en Panamá, en 1995-, que el sistema panameño haya seguido "el modelo de la Constitución colombiana de 1910,[65] salvo por lo que se refiere a la fraseología relativa a la atribución a la Corte Suprema para "la guarda de la integridad de la Constitución", y al incorporar la institución de la "acción popular."

Por ello, por ejemplo, otro aspecto que confirma la inspiración muy parcial en el sistema colombiano, es que en el texto colombiano, primero, no se preveía el control concentrado incidental que se incorporó a la Constitución panameña; y segundo, sólo prevería la acción popular de inconstitucionalidad contra "todas las leyes" y contra ciertos decretos ejecutivos, particularmente los dictados en ejercicio de facultades extraordinarias que le confiriera el Congreso; y en cambio, en la Constitución de Panamá se previó respecto de

---

62. Véase sentencia de 26–3–1993, en la cual se citan sentencias anteriores de 8–6–1992 y 26–2–1993.

63. *Cfr.* Jorge Fábrega P., "Derecho Constitucional Procesal Panameño" en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Panamá 1987, pp. 902–903; César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P. *cit.*, pp. 830–831.

64. *Cfr.* Allan R. Brewer–Carías, *El control concentrado....*, *cit*., pp. 51, 75, 119, 163.

65. Véase César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Jorge Fábrega P., *cit*, p. 825.

"todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones," es decir, de todos los actos del Estado.

En todo caso, como antes mencioné, en la actualidad el sistema, totalmente concentrado, está ahora regulado en los mencionados artículos 171 y 206 de la Constitución de 2004, en los cuales se establece un control de constitucionalidad a priori y a posteriori, y en este último caso, tanto por vía directa de acción popular como por vía incidental de consulta de inconstitucionalidad. [66]

3. El control concentrado a priori de la constitucionalidad de las leyes

El control de constitucionalidad concentrado *a priori* se establece en el artículo 171 de la Constitución al disponer que cuando el Ejecutivo "objetare un proyecto por inexequible" y la Asamblea Nacional, por la mayoría de los dos tercios de los Diputados que la componen, insistiere en su adopción, el Presidente debe pasar el asunto a la Corte Suprema de Justicia "para que decida sobre su inconstitucionalidad." La norma agrega que el fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional, obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.[67]

La competencia de la Corte Suprema de Justicia el Pleno está establecida en el artículo 2545 del Código Judicial[68] al disponer que:

> "Art. 2545.- Al pleno de la Corte Suprema de Justicia le corresponderá privativamente conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:
>
> 1. De la inexequibilidad de los proyectos de ley que el Ejecutivo haya objetado como inconstitucional por razones de fondo o de forma.

---

66 *Véase* en general sobre el sistema panameño de justicia constitucional: Carlos Bolívar Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*. Ediciones Guadarrama, España, 1965; Edgardo Molina Mola, *La jurisdicción constitucional en Panamá*. Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1998; Rigoberto González Montenegro, *Los desafíos de la justicia constitucional panameña*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá 2002, consultada también en http://www.asamblea.gob.pa/de–bate/Ediciones_anteriores/Ponen-cias/DESAFIOS_JUST_CONST_PANAME%C3%–91A.pdf;

67 Véase en general Rigoberto González Montenegro y Francisco Rodríguez Robles, "La objeción de inexequibilidad constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 125 ss.

68 Véase en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Panama/Codigo_Judicial_Panama_2010.pdf.

Sobre este control a priori, el mismo Código Judicial establece en su artículo 2555, en el mismo sentido, lo siguiente:

> "Art. 2555. Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto de ley por considerarlo inexequible y la Asamblea Legislativa, por mayoría de las dos terceras partes, insistiere en su adopción, el Órgano Ejecutivo dispondrá de un término de seis días hábiles para enviar el proyecto con las respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá definitivamente sobre la exequibilidad del mismo."

De acuerdo con el artículo 2556, también procede el control previo de la constitucionalidad respecto de las reformas constitucionales, sólo cuando el Órgano Ejecutivo la objetare por considerar que no se ajusta a lo establecido por la Constitución.

4. El control concentrado de constitucionalidad a posteriori por vía principal

En cuanto al control concentrado de constitucionalidad a posteriori, el mismo también está regulado en la Constitución, tanto por vía directa o principal, o como vía indirecta o incidental.

En cuanto al control concentrado de constitucionalidad por vía directa, la Corte Suprema de Justicia conoce del mismo a requerimiento de cualquier persona, es decir, por vía de una actio popularis o acción popular, conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución que dispone que:

> Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:
>
> 1. La guarda de la integridad de la Constitución para la cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

De esta norma resultan dos elementos fundamentales que configuran la acción de inconstitucionalidad en Panamá:

Por una parte, la amplitud de la legitimación activa para accionar, configurándose la acción como una *acción popular*, en el sentido de que para intentarla no se requiere de la existencia de alguna legitimación específica sino que está basada en el simple interés en la constitucionalidad del accionante, siguiendo en este aspecto la orientación de los sistemas venezolano y colombiano. Ello lo reitera el artículo 2559 del Código Judicial, al indicar que:

> Art. 2559. Cualquier persona por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Por otra parte, la amplitud del objeto de la impugnación, al disponerse que la acción de inconstitucionalidad procede contra las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales, atribuyéndose competencia a la Corte Suprema de Justicia en pleno para conocer de estas impugnaciones y decidir de manera definitiva y en una sola instancia, como lo reitera el artículo 2545.1 del Código Judicial:

> 3. De la inconstitucionalidad de todas las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad impugnados por razones de fondo o de forma."

El mismo Código Judicial regula la forma de ejercicio de la acción, exigiendo que la demanda de inconstitucionalidad debe, necesariamente, contener la transcripción literal de la disposición, norma o acto acusados de inconstitucionales; y la indicación de las disposiciones constitucionales que se estimen infringidas y el concepto de la infracción (art. 2560).

Pero a la amplitud del sistema panameño de justicia constitucional derivado del hecho de que la legitimación activa para impugnar los actos por inconstitucionalidad se atribuye a cualquier persona, se suma la peculiaridad de que en Panamá, se trata de un sistema de control concentrado con un objeto amplísimo que abarca todos los actos del Estado, es decir, no sólo de las leyes y demás actos de rango legal como sucede, en general, en el derecho comparado, sino de todos los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales. Los únicos actos estatales excluidos de control de constitucionalidad en Panamá, son los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas contra los cuales, conforme al artículo 207 de la Constitución "no se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales."

En todo caso, y por lo que se refiere a todos los demás actos estatales, ningún otro Tribunal de la República puede hacer pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad de los actos estatales, ni siquiera los órganos que ejercen el control contencioso-administrativo de los actos administrativos que sólo se puede ejercer por razones de ilegalidad.

Ello, por lo demás, se confirma el artículo 206,2 de la Constitución al regular también como competencia de la Corte Suprema "la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o

disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas," con la precisión de que:

> "A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal."

Con ello, la Sala Tercera de la Corte Suprema que es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, quedó sólo como una jurisdicción de control de legalidad.

Ello, en la práctica, significa que en Panamá existen dos procesos contencioso administrativo: por una parte, el proceso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos por razones de ilegalidad que se desarrolla ante la Sala Tercera de la Corte Suprema; y el proceso contencioso administrativo de anulación contra los mismos actos administrativos por razones de inconstitucionalidad, que se desarrolla ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Ello, por supuesto, no es nada conveniente al escindirse el contencioso administrativo entre dos tribunales distintos, por los motivos de control.

En términos similares cuando se trate de la impugnación de sentencias, también puede decirse que el proceso de casación en panamá se encuentra escindido. Por una parte, existe *una casación ordinaria de orden legal*, donde las diversas Salas de la Corte Suprema pueden juzgar la revisión de las sentencias pero solo por vicios o razones de legalidad, es decir, sobre la aplicación de las leyes por el juez; siendo ello lo único que pueden hacer en materia de casación en interés de la ley, por ejemplo, la Sala Primera en materia de recurso de casación en los procesos civiles (art. 92.1, Código Judicial); la Sala Segunda en materia de recursos de casación de los procesos penales carácter legal (art. 95, Código Judicial); y la Sala Tercera hasta que se cree la Sala de Casación Laboral, en materia de recursos de casación laboral (arts. 97.13, 461-C Código Judicial).

Por la otra parte, existe lo que se podría denominar como *una casación de orden constitucional*, que está a cargo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (Código Judicial (art. 86), que es la única que puede revisar sentencias cuando se plantean motivos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en cuanto a las normas procesales que rigen la acción popular y el proceso constitucional de anulación por inconstitucionalidad de los actos estatales, el accionante está obligado a acompañar su demanda con copia debidamente autenticada de la ley, decreto de gabinete, decreto-ley, orden, acuerdo, resolución o acto que se considere inconstitucional. Por supuesto, si

se trata de una ley u otro documento publicado en la *Gaceta Oficial* no hay necesidad de acompañar la copia, bastando citar el número y fecha de la respectiva *Gaceta Oficial*. Además, cuando el recurrente no haya podido obtener dicha copia, debe exponerlo ante la Corte señalando las causas de la omisión, en cuyo caso la Corte debe ordenar de oficio a la corporación o funcionario respectivo que compulse y envíe las copias correspondientes (art. 2561).

El mismo artículo 2561 del Código Judicial precisa que la inobservancia de dichos requisitos producirá la inadmisibilidad de la demanda.

El proceso que se sigue con motivo de la acción popular, en todo caso, es un proceso objetivo en interés de la Constitución, que se sigue contra la ley o acto impugnado, razón por la cual "en la acción de inconstitucionalidad no cabe desistimiento" (art. 2562).

Una vez admitida la demanda la Corte debe dar traslado, por turno, al Procurador General de la Nación o al Procurador de la Administración, para que emita concepto en un término no mayor de 10 días (art. 2563). En el procedimiento, luego de devuelto el expediente por el Procurador, la Corte debe fijar en lista por 3 días en un periódico de circulación nacional, para que en el término de 10 días contados a partir de la última publicación, el demandante y todas las personas interesadas presenten argumentos por escrito sobre el caso (artículo 2564).

Por otra parte, debe mencionarse que en Panamá, como sucede en general en el derecho comparado, el Código Judicial otorga en forma expresa poderes a la Corte Suprema para apreciar, de oficio, en relación a la norma o acto impugnado, cuestiones constitucionales distintas de las alegadas por el demandante, al establecer:

> Art. 2566. En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estimen pertinentes.

5 *El control concentrado a posteriori por vía incidental: la consulta de inconstitucionalidad*

Otra de las peculiaridades del control concentrado de la constitucionalidad en Panamá es que la misma Corte Suprema de Justicia ejerce la justicia constitucional también por vía incidental, al establecer el mismo artículo 206.2 de la Constitución, al regular las atribuciones de la Corte Suprema, que:

> "2. Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la

> cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia."

Se trata de un control concentrado por *vía incidental* sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales o reglamentarias que sean aplicables a un caso, que cualquier funcionario público que imparta justicia puede plantear de oficio o por advertencia de una de las partes en un proceso público concreto, ante la Corte Suprema de Justicia en Pleno.

La competencia de la Corte Suprema en Pleno para ejercer este control, además, la reitera el artículo 2245.2 del Código Judicial, al precisar que le corresponde conocer privativamente y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:

> 2. De las consultas que de oficio o por advertencia de parte interesada, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución, eleve ante ella cualquier autoridad o funcionario que, al impartir justicia en un caso concreto, estime que la disposición o disposiciones aplicables pueden ser inconstitucionales por razones de fondo o de forma.

Dicho control se regula también en el artículo 2557 del Código Judicial, al disponer que:

> "Art. 2557. Cuando un servidor público al impartir justicia, advierta que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, elevará consulta a la Corte Suprema de Justicia y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir."

Esta atribución confirma el monopolio dela Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la inconstitucionalidad de los actos estatales, en este caso específicamente de las leyes y reglamentos[69] que sean aplicables en casos concretos judiciales, lo que implica, que ningún otro juez puede en sus sentencias, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas aplicables al caso concreto.

Por otra parte, se destaca que en la revisión de la inconstitucionalidad en casos concretos, siendo el sistema panameño, el único sistema en el derecho comparado, en el cual, la consulta sobre la constitucionalidad de una ley o norma reglamentaria no sólo podrían formularla los jueces, sino cualquier autoridad pública "al impartir justicia", es decir, actuando en función jurisdiccional. Por tanto, el juez ordinario o cualquier funcionario de la

---

69 Véase en general César A. Quintero, "La consulta de inconstitucionalidad en Panamá," en *Anuario de Derecho* Nº 23 y 24, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, 1994–1995, pp. 224–225.

Administración Pública actuando en función jurisdiccional, tendrían competencia para formular la consulta, de oficio. Pero también las partes en el proceso o procedimiento concreto tienen la iniciativa para planteársela, a cuyo efecto el artículo 2558 del Código Judicial dispone que:

> Art. 2558. Cuando alguna de las partes en un proceso, advierta que la disposición legal o reglamentaria es inconstitucional, hará la advertencia respectiva a la autoridad correspondiente, quien en un término de 2 días, sin más trámites elevará la consulta a la Corte Suprema de Justicia, para los efectos del artículo anterior.

En todo caso, queda claro que las partes no pueden acudir directamente ante la Corte Suprema, sino que las consultas de constitucionalidad sólo pueden formularlas los funcionarios judiciales, o los administrativos que ejerzan una función jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte.[70]

La finalidad de la consulta de constitucionalidad, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia:

> "es la de evitar que una norma legal o reglamentaria contraria a las orientaciones constitucionales sirva de fundamento a una decisión o pronunciamiento conclusivo de un proceso cualquiera, que cursa ante un servidor público para su juzgamiento, en nombre del Estado".[71]

Ha precisado además la Corte Suprema, que para que proceda la consulta de constitucionalidad, es preciso la existencia de un proceso en marcha y la creencia fundada de que la norma será utilizada como fundamento jurídico de la resolución aún no adoptada que concluye la instancia respectiva. No puede entonces la Corte Suprema revisar por esta vía, la constitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, fuera de un proceso en marcha ni lo puede hacer, cuando la norma ha sido ya aplicada o cuando resulta racionalmente inaplicable[72].

En todo caso, el juez o funcionario que consulta debe explicar las razones por las que ocurre a la Corte y señalar en que concepto las disposiciones legales infringen normas constitucionales[73]. Cuando la advertencia sobre la inconstitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, aplicable al caso, la formule una de las partes ante el juez o funcionario correspondiente, debe argumentar su advertencia, indicando las normas constitucionales infringidas;

---

70. Véase Víctor L. Benavides P., "Breves comentarios sobre la consulta de constitucionalidad", en Jorge Fábrega P. (Compilador), *Estudios de Derecho Constitucional...*, *cit*., pp. 851 y ss.

71. Fallo de 27–10–1981.

72. *Idem.*

73. Fallo de la Corte Suprema de 14–1–1991.

no correspondiéndole al juez o funcionario decidir sobre el fondo de la misma, es decir, sobre si procede o no la consulta, sino que está obligado a remitirla a la Corte Suprema de Justicia en un término de 2 días, sin trámite alguno[74]. En todo caso, las partes sólo pueden formular la advertencia de inconstitucionalidad una sola vez por instancia.

Por último, debe advertirse que la Constitución habla de "disposiciones" legales o reglamentarias, por lo que la consulta debe formularse en relación con normas concretas aplicables al caso y no sobre la totalidad de una ley o reglamento. Además, la consulta no procede sobre la constitucionalidad de disposiciones legales o reglamentarias que ya hubiesen sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema.[75]

6 Los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

El principio de la supremacía constitucional en Panamá, sobre el cual está montado el sistema concentrado de control de constitucionalidad, implica considerar que toda ley, decreto, acuerdo, resolución y demás actos estatales que sean contrarios a la Constitución deben necesariamente considerarse nulos y sin ningún valor.

Para asegurarse de ello, la Constitución estableció como garantía de su supremacía, el principio de la inexequibilidad o anulación de dichos actos contrarios a la Constitución, exigiendo que el examen y la declaración de su nulidad sea efectuado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, a la cual la propia Constitución le ha conferido el poder exclusivo de anularlos.

Esta decisión de la Corte Suprema de Justicia cuando ejerce el control de constitucionalidad a priori en relación con las leyes aún no promulgadas, impide que la misma pueda entrar en vigencia.

En cambio, cuando la Corte Suprema de Justicia ejerce el control de constitucionalidad de los actos estatales en forma a posteriori, al declarar la nulidad de los mismos, la sentencia tiene efectos generales erga omnes, haciendo desaparecer el acto impugnado del ordenamiento jurídico.

Esto sucede, en primer lugar, en todos los casos en los cuales el control de la constitucionalidad se ejerce como consecuencia del ejercicio de una acción popular, sin conexión por tanto con algún caso concreto contencioso. En estos casos, la relación procesal constitucional que surge no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una ley o acto estatal cuya constitucionalidad está cuestionada, siendo el objeto del proceso por tanto, no solo considerar inconstitucional el acto impugnado sino como dice la Constitución, declararlo "inexequible" que es hacerlo desaparecer del orden jurídico, es decir,

74. Fallo de la Corte Suprema de 29–11–1990.

75. Víctor Benavides P., *loc. cit.*, pp. 853 y 855.

anularlo. Por ello, la decisión tienen necesariamente efectos erga omnes, y no solo inter partes, como sin embargo sucede por ejemplo en algunos países con sistemas de control concentrado como en Uruguay y Paraguay, donde de manera excepcional, las decisiones de la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad siempre tienen efectos inter partes.

Por otra parte, en segundo lugar, en los casos en los cuales el control concentrado de constitucionalidad se realice en forma incidental, como consecuencia de una consulta formulada ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por alguna autoridad judicial o actuando e ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando se plantea una cuestión constitucional en relación con disposiciones legales o reglamentarias en un proceso o procedimiento concreto, la decisión sobre el tema de la constitucionalidad que debe adoptar la Corte Suprema debe formularse también en forma abstracta, declarándose la inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria cuestionada, sin relación alguna con los hechos concretos del caso, razón por la cual también tiene efectos anulatorios erga omnes, es decir, no limitados al juicio concreto en el que se planteó la cuestión constitucional ni a las partes del mismo.

En consecuencia, cuando una ley o cualquier acto estatal impugnado sea considerado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional, ello significa que dicha ley es anulada, o como indica la tradición terminológica, sea declarada inexequible y eliminada del orden jurídico.

Por ello, a tal efecto, tratándose de una anulación, que es la forma de sacar el acto estatal declarado inexequible del orden jurídico, la decisión de la Corte Suprema tiene en principio efectos constitutivos, lo que significa que la ley o acto jurídico anulado se considera que ha sido válida hasta su anulación, habiendo producido sus efectos jurídicos hasta que se publica la decisión de la Corte Suprema que dispone su nulidad. Así sucede expresamente, por lo demás, en el Código Judicial de Panamá en Panamá, al disponer su artículo 2573, que:

> "Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo."

Esto significa que siendo la decisión de la Corte Suprema Justicia de carácter constitutivo, la misma tiene efectos prospectivos, ex nunc o pro futuro, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley o reglamento considerado inconstitucional e inexequible, de manera que las relaciones jurídicas consolidadas o cumplidas mientras estuvo en vigencia se

consideran válidas y no pueden ser modificadas por la sentencia de inconstitucionalidad.[76]

Ello, por supuesto es claro es claro que cuando se trata de leyes, reglamentos y demás actos estatales normativos las sentencias que pueda dictar la Corte Suprema de Justicia por ejemplo al decidir una acción popular, en principio, tienen efectos constitutivos, ex nunc, cuando anulan el acto estatal declarándolo inexequible. Sobre esto la propia Corte Suprema de Panamá, por ejemplo, en fallo de 8 de agosto de 1990, al referirse a lo que había sostenido en innumerables fallos en el sentido de que "la declaratoria de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos," precisó:

> "Esta posición ha sido siempre sostenida cuando la que se declara inconstitucional es una norma legal. Igualmente, el artículo 2564 del Código Judicial establece que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que las decisiones de la Corte en materia constitucional no producen efectos retroactivos." [77]

Sin embargo, aún en este caso de impugnación de normas legales o incluso reglamentarias, en mi criterio debe tenerse en cuenta la distinción que se ha establecido en algunos sistemas constitucionales respecto de los vicios de inconstitucionalidad de los actos estatales, que pueden originar la nulidad absoluta o la nulidad relativa de los mismos. En el caso de los vicios constitucionales que pueden acarrear la nulidad absoluta de un acto estatal cualquiera, como en mi criterio sería por ejemplo, el que podría afectar a una ley u otro acto estatal que llegaran a establecer la pena de muerte, la pena de expatriación o la confiscación de bienes, todas prohibidas en el artículo 30 de la Constitución, la anulación del mismo decidida por la Corte Suprema no podría quedarse produciendo sólo efecto hacia futuro, sino que debería producir evidentemente, efectos ex tunc, es decir, retroactivos, pues un acto inconstitucional con ese vicio de nulidad absoluta no puede considerarse que pudo haber producido efecto alguno. En consecuencia, en estos casos, la anulación de la ley o acto estatal debería tener efectos pro praeterito o efectos retroactivos, ya que la inconstitucionalidad tiene que haber afectado al acto anulado ab initio. En cambio, si el vicio constitucional de la ley o acto impugnado que llevó a su anulación por la Corte Suprema no es tan grave

---

[76] Véase, Francisco Rodríguez Robles, *El proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño*, Universidad de panamá, Panamá 1991, p. 113; Rigoberto González Montenegro, "La Justicia constitucional en Panamá," p. 287, consultado en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_001_275.pdf.

[77]. Fallo de 8–8–1990.

como para producir su nulidad absoluta, sino una nulidad relativa, entonces los efectos de la anulación serían únicamente ex nunc, pro futuro.

El tema de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad solo hacia el futuro, también se debe plantear por lo que se refiere al control concentrad de constitucionalidad respecto de los actos de efectos individuales, podría haber casos en los cuales la justicia exigiría atribuir efectos ex tunc a la sentencia de la Corte, por ejemplo, cuando se trata también de actos viciados de nulidad absoluta, o en materia penal.

En efecto, tenemos de nuevo que recordar que la lógica del sistema concentrado de control de la constitucionalidad que rige en Panamá, fue concebido en el derecho comparado, fundamentalmente para controlar la constitucionalidad de ciertos actos estatales, que son los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que en general son actos de efectos generales, como las leyes, pero no de otros actos de efectos individuales. Pero al adoptarse en Panamá, como una excepción a lo que nos muestra el derecho comparado, el control concentrado de constitucionalidad no solo se estableció respecto de las leyes y otros actos normativos, sino también respecto de otros tipos de actos estatales de efectos individuales como pueden ser los actos administrativos o las sentencias, lo que sin duda repercute en los efectos de la decisión de anulación, en el sentido de que la regla de no retroactividad de las sentencias anulatorias no siempre es la más justa.

Sobre ello también se refirió la Corte Suprema en el mencionado fallo de 8 de agosto de 1990, en el cual argumentó sobre el tema de los efectos no retroactivos de las sentencias cuando se trata de normas legales, agregando respecto de los casos de impugnación de actos estatales de efectos individuales lo siguiente:

> "Sin embargo, la Constitución Nacional, en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales. (Salvo los fallos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de los mismos y no continúan rigiendo, como es el caso de las normas legales que mantienen su vigencia hasta que sean derogadas por los diferentes medios que la Constitución consagra.
>
> Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua. Lo que realmente ocurre es que el fallo de inconstitucionalidad de una norma legal produce una derogatoria por mandato constitucional, ya que la Constitución establece en su artículo 311 que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, y, como la Corte tiene por atribución

constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, cuando declara que una norma legal es inconstitucional la deroga constitucionalmente, en virtud de lo que establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.

Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, los actos jurisdiccionales deben declararse nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una nulidad constitucional, como consecuencia de la violación de normas constitucionales por un acto jurisdiccional"[78]

Por tanto, en Panamá, en los casos de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de sentencias, los efectos de la decisión de la Corte Suprema son de carácter declarativo, *ex tunc* y por tanto, retroactivo.

7. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Por último, debe mencionarse que en paralelo al sistema concentrado de justicia constitucional, en Panamá también se han desarrollado las garantías judiciales específicas de protección de los derechos fundamentales, a cuyo efecto, los artículos 23 y 54 de la Constitución y los artículos 2611 y 2616 del Código Judicial,[79] regulan las acciones de habeas corpus de la libertad personal y de amparo constitucional de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, que se pueden interponer en general ante los tribunales de circuito y en ciertos casos ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

Estas decisiones judiciales dictadas en protección de los derechos y garantías constitucionales, que sin duda también se integran dentro del sistema de justicia constitucional, constituyen en realidad la única excepción al sistema concentrado de control de constitucionalidad en Panamá, pues mediante su decisión se permite a los jueces ordinarios el poder juzgar sobre la constitucionalidad de actos estatales, aun cuando solo en relación con las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales.

Esto significa que en Panamá, en definitiva, solo las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales son las que pueden aplicarse directamente por los jueces ordinarios cuando conocen de acciones de amparo y habeas corpus, juzgando sobre la inconstitucionalidad de actos estatales. Ello, sin embargo, no puede significar que los jueces puedan pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes que deben aplicar en el caso para la decisión de las acciones de habeas corpus o amparo, en cuyo caso, el juez respectivo que conozca de la misma debe proceder a someter la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

---

78. Fallo de 8–8–1990.

79 Ley 23 de 01–06–2001, *Gaceta Oficial* Nº 24.384 de 10–09–2001.

REFLEXIÓN FINAL

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir, como lo señalamos al inicio, que el sistema panameño de control de la constitucionalidad, si bien es un sistema de control concentrado de la constitucionalidad que sigue las pautas generales de esa técnica de justicia constitucional, presenta características particulares que lo hacen único desde el punto de vista del derecho comparado.

En efecto, los sistemas de control de la constitucionalidad que muestra el derecho comparado se pueden clasificar de la manera siguiente:

1. Según el órgano a quien compete su ejercicio, se clasifican en difusos o concentrados. En el primer caso, corresponde a todos los jueces; en el segundo caso, sólo corresponde a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional. En este último caso se ubica el sistema de Panamá, como exclusivamente concentrado en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, estándole prohibido a los jueces pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los actos estatales, con la única excepción de los pronunciamientos de los jueces de amparo en relación con los actos lesivos de los derechos constitucionales.

2. Según el objeto del control, se clasifican en restringidos o amplios. El control difuso generalmente es restringido en el sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes, reglamentos y actos normativos aplicables para la decisión de un caso. El control concentrado, generalmente también es de carácter restringido, en el sentido de que se ejerce sólo sobre las leyes y otros actos de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución. Un sistema amplio de control de constitucionalidad concentrado se refiere no sólo a las leyes o actos de ejecución directa de la Constitución, sino a todos los actos estatales, incluyendo los actos administrativos y sentencias, como es el caso excepcional de Panamá.

3. Según el momento en el cual se ejerce el control concentrado, se clasifican en previos o posteriores, según que el control lo ejerza la Corte o el Tribunal Constitucional, antes o después de la promulgación de la Ley. El sistema panameño es a la vez un sistema concentrado que se ejerce a priori y a posteriori, por ejemplo, en relación con las leyes, antes de que se sanciones o después de sancionada.

4. Según el método utilizado para obtener el control concentrado, se clasifican en control por vía principal o por vía incidental. En el primer caso, la acción de inconstitucionalidad puede ser atribuida a determinados funcionarios u órganos del Estado, a quien tenga interés personal, legítimo y directo o a cualquier persona o ciudadano (acción popular). En el segundo caso, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental, corresponde al juez ordinario, teniendo poderes de oficio para ello. El sistema panameño es, a la vez, principal que se ejerce por la vía de la acción

popular ejercida directamente ante la Corte Suprema, e incidental, por la vía de consulta formulada ante la Corte Suprema por quien administra justicia.

5. Según la garantía objetiva que se establezca de la Constitución, se clasifican en controles que declaran la inconstitucionalidad de un acto estatal, con sentencias declarativas de efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado o retroactivos, como sucede en los casos de aplicación del método difuso de control de constitucionalidad; y controles que anulan un acto estatal, con sentencias constitutivas, que los declararan inexequibles, generalmente con efectos *ex nunc,* es decir, hacia el futuro y no retroactivos, como sucede en los casos de aplicación del método concentrado de control de constitucionalidad. El sistema panameño se ubica en este segundo grupo de sentencias constitutivas de inexequibilidad que en principio no tienen efectos retroactivos.

Esto significa que en Panamá, se ha establecido un sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad, en el cual se atribuye al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, poderes privativos y excluyentes en materia de justicia constitucional respecto de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales, lo que significa en la práctica que Panamá, sólo nueve personas que son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y que conforman el Pleno de la misma, tienen el monopolio de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos del Estado, lo que lo hace único en el derecho comparado. La única excepción al monopolio se produce en materia de acciones de amparo y hábeas corpus, en cuyos casos el juez competente para conocer de las mismas, al decidirlas, sin duda conoce de la inconstitucionalidad de los actos estatales que producen el agravio.

Para asegurar dicha concentración, se configuró el sistema para juzgar la constitucionalidad tanto en forma *a priori*, respecto de las leyes aún no promulgadas que ejerce la Corte Suprema a requerimiento del Ejecutivo, cuando éste objete un proyecto de ley emanado de la Asamblea Legislativa por razones de inconstitucionalidad; como *a posteriori*, respecto todos los actos estatales (leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos estatales), y se ejerce por la Corte Suprema por *vía principal*, cuando se le requiere el ejercicio de dichos poderes de control, mediante *acción popular;* y por *vía incidental*, mediante remisión que le haga un funcionario que esté impartiendo justicia, de oficio o a instancia de parte, de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones de la ley o reglamentos aplicables para la resolución de un caso concreto.

Dicho sistema se asemeja al de Uruguay, Honduras y Paraguay en cuanto al carácter *exclusivamente* concentrado de constitucionalidad, pero con la diferencia de que en esos países no existe acción popular, y de que en Uruguay y Paraguay la acción de inconstitucionalidad se ejerce fundamentalmente contra las leyes, y los efectos de la decisión de la Corte Suprema son ad casu et inter partes.

El sistema panameño, además, se asemeja al venezolano y colombiano solo en cuanto al control de la constitucionalidad a priori y a posteriori de las leyes; y en cuanto al control por vía principal mediante acción popular, se asemeja también al sistema de Venezuela y Colombia, además del de Nicaragua y El Salvador con la diferencia de que en todos estos países, la acción popular es sólo para impugnar las leyes, los decretos-leyes y demás actos estatales de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución y además, a los Reglamentos. Además, en Colombia, Venezuela y El Salvador, a diferencia de Panamá**,** existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, que mezcla el control difuso con el concentrado; pero no existe el método incidental del control concentrado de la constitucionalidad, que sí se aplica en Panamá. Y además, en Colombia y Venezuela, por ejemplo, existe una jurisdicción contencioso administrativa que juzga no solo la legalidad sino la inconstitucionalidad de los actos administrativos; y una Corte Suprema que conoce sobre el control de casación de las sentencias, no solo por ilegalidad sino también por inconstitucionalidad.

Frente a este sistema, en todo caso, pienso que el tema fundamental de reflexión que se debe plantear cuando se lo analiza a la luz del derecho comparado, en definitiva, es el relativo a su real efectividad como garantía de la Constitución y del Estado de derecho.

Y para ello, lo primero que tienen ustedes que inquirir es si por su excesiva concentración en la Corte Suprema de Justicia, estándole vedado a los jueces el poder juzgar sobre la constitucionalidad de los actos estatales (salvo cuando deciden acciones de protección de derechos fundamentales), el sistema es real y efectivamente garantista. Parecería, en todo caso, que un sistema tan concentrado, donde la Constitución no se puede esgrimir en los juicios ordinarios, y solo la Corte Suprema puede aplicarla cuando se cuestionan actos estatales, no parece que sea realmente un cuerpo normativo que esté realmente y en forma cotidiana al alcance del ciudadano.

Quizás ya es tiempo de comenzar a plantearse la reforma del sistema, que si bien pudo tener su justificación a partir de los años cuarenta del siglo pasado, ya parece que ha sido superado por el proceso de democratización del país, que exige llevar la Constitución que es la base del Estado de derecho al alcance de todos, de manera que la garantía de la misma pueda ser más efectiva. Quizás ya es tiempo de comenzar a tener confianza en todos los jueces como garantes de la Constitución y del Estado de derecho, y volver a adoptar en [paralelo el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes que es tan panameño como el sistema concentrado, pues no se nos olvide que fue el que existió al comienzo de la República en 1903 hasta 1941.

Y todo ello, sin abandonar el sistema de control concentrado de la constitucionalidad en manos de la Corte Suprema, particularmente en relación con las leyes, siempre teniendo en cuenta lo que Alexis de Tocqueville observó a comienzos del siglo XIX cuando analizó la

Constitución federal de los Estados Unidos – aplicable por supuesto, mutatis mutandi al caso de Panamá -, indicando que:

> "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."[80]

Por eso, la enorme importancia que tiene en todos los países, el proceso de escogencia de los Magistrados que van a ser los jueces constitucionales. aun tribunal constitucional es un órgano demasiado importante y poderoso, que si bien no debe tener miedo de tomar decisiones que lo enfrenten a los otros poderes del Estado, a la vez debe tener la sabiduría de hacerlo siempre en defensa de los valores fundamentales de la Constitución, de la democracia y de la primacía de los derechos fundamentales.

Y siempre además, con la prudencia de no caer en desviaciones de sus cometidos constitucionales, ni caer en la tentación de convertirse en legislador o en poder constituyente, mutando la Constitución,[81] salvo cuando

---

[80] Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII "The Federal Constitution," de la traducción de 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.

[81] 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 Mac-Gregor (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

se trate de la ampliación del principio de la progresividad en la protección de los derechos humanos, incluido el derecho a la democracia, que le imponen el deber de adaptar la Constitución a esos fines superiores.

Lo que nunca puede hacer un Tribunal constitucional es darle la espalda a la democracia y ponerse al servicio del poder. Y ejemplo tenemos con lo que ha ocurrido en otros países, como en Venezuela, no lejos de aquí, donde el Tribunal Supremo de Justicia, lejos de garantizar la supremacía de la Constitución, asegurar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y apuntalar el funcionamiento del sistema democrático, se ha convertido en uno de los más diabólicos instrumentos más letales del autoritarismo, para legitimar las acciones del Estado Totalitario a través de la actuación de las otras ramas del poder público contrarias a la Constitución,[82] contribuyendo al desmantelamiento de la democracia, y en algunos casos, incluso, por propia iniciativa, como fiel servidor de quienes detentan el poder, para mutar la Constitución en forma ilegítima y fraudulenta, en desmedro de los valores democráticos, configurando un completo cuadro patológico de "in" justicia constitucional.[83] Es decir, un cuadro patológico de la justicia constitucional en el cual la misma ha sido convertida 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.[84]

Ahora, pensando en la necesidad de continuar apuntalando la democracia, que es la tarea fundamental que el liderazgo de este país tiene que impulsar, y en cuanto al sistema que ustedes han desarrollado de justicia constitucional, , analizado en su globalidad después de setenta años desde que se adoptó,

---

mutación constitucional", en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992. 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*, Nº 180, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383-418.

82 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 31

83 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.

84 Véase 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.

pienso que quizás ya es tiempo de comenzar a plantear abiertamente su reforma.

Hay demasiadas enseñanzas útiles de experiencias positivas sobre justicia constitucional en el derecho comparado que sin duda habría que aprovechar; y por supuesto, también hay casos patológicos de la justicia constitucional[85] que tamnién hay que conocer para evitar contagios nocivos.

Lo importante en todo caso, es pensar que la justicia constitucional hay que llevarla al ciudadano, hay que ponerla efectivamente a su alcance; que éste, junto con la Constitución la sienta como propia, con posibilidad real de tener acceso a la misma para que le sirva de garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva frente al Poder del Estado.

Para eso, la justicia constitucional, en fin, tiene que ser democratizada, lo que en realidad sólo se logra desconcentrándola. Ese, entre tantos otros, es otro de los retos que ustedes tienen por delante.

Panamá, 4 de noviembre de 2015

[85] Véase por ejemplo el caso en Venezuela durante la primera década del siglo XXI, en Allan R. Brewer-Carías, *La patología de la Justicia Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

QUINTA

SOBRE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS EXCEPCIONES: ALGUNOS CASOS CONTRASTANTES (2018)

Texto de la Conferencia dictada en la *Segunda Jornada Constitucional en Homenaje al Dr. Cesar Augusto Quintero Correa*, Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, *Corte Suprema de Justicia*, Panamá, 2 de marzo de 2018.

Una de las garantías constitucionales de mayor importancia en el mundo contemporáneo, y por supuesto, en los Estados democráticos, es el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, uno de cuyos componentes es la garantía y derecho constitucionales a la intangibilidad de las sentencias.

Se trata de un principio insertado en todos los Códigos de Procedimiento Civil contemporáneos, como es el caso del propio Código Judicial de Panamá, cuando establece en su artículo 999, que "la sentencia no puede revocarse ni reformarse por el juez que la pronuncie, en cuanto a lo principal." El principio, por otra parte, en cuanto a las sentencias de las Cortes Supremas o de los Tribunales Constitucionales se reafirma con el otro principio del carácter de sus sentencias como finales, definitivas y obligatorias tal como lo indican los artículos 99 y 2573 del mismo Código Judicial panameño, y por

ejemplo, el artículo 121 del Código Procesal Constitucional del Perú, al establecer el "carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional."

Este principio de la intangibilidad de las sentencias, sin embargo, tiene una serie de excepciones, que en ciertos casos admiten la posibilidad de que el juez pueda aclarar, corregir o ampliar sus sentencias; o que pueda incluso anularlas o invalidarlas.

En primer lugar está la posibilidad de que el juez que dictó la sentencia pueda, a solicitud de parte o de oficio, como lo dice el mismo artículo 999 del Código Judicial panameño y respecto de la parte resolutiva de la sentencia, "aclarar las frases oscuras o de doble sentido" que pueda tener; y corregir y reformarla solo en cuanto a "un error pura y manifiestamente aritmético o de escritura o de cita."

Independientemente de que los lapsos procesales para ello que en general son muy perentorios al punto de que podrían considerarse como no razonables,[1] lo importante de estas normas es que regulan dos supuestos distintos que permiten al juez intervenir excepcionalmente en su propia sentencia, una vez dictada, que son la aclaratoria de frases oscuras y la corrección de errores. Y a ello se agrega la posibilidad de la ampliación de las sentencias, la cual también se regula en el Código Judicial de panamá pero solo respecto de las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Suprema de Justicia, cuando dispone en el artículo 2568 que el Ministerio Público o el demandante pueden pedir, además de "la aclaración de puntos oscuros de la parte resolutiva," un pronunciamiento de la Corte "sobre puntos omitidos."

Pero además de las aclaraciones, correcciones y ampliaciones, en *segundo lugar* y como excepción al principio de la intangibilidad de las sentencias está la posibilidad de que las mismas, una vez definitivamente firmes, puedan ser invalidada o anuladas por el propio juez que la dictó. Este supuesto también se regula en el artículo 732 del mismo Código Judicial de Panamá al prever los supuestos de las nulidades de los actos procesales, incluidos las sentencias, enumerando taxativamente los diversos casos en los

---

[1] Véase sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Nº 48 del 15 de marzo de-2000, en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/48-150300-99638.HTM Véase igualmente, sentencia Nº 124 de la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 2001, (Caso: *Olimpia Tours and Travel, C.A.*), en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00124-130201-11529.htm. Dicha decisión se citó, también en la sentencia N° 209 de la Sala de Casación Social del 25 de febrero de 2016, (Caso: *Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*), en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/185475-00209-25216-2016-2013-1575.HTML.

cuales procede, entre los cuales están los de violación del debido proceso, como la falta de notificación del demandado sobre la admisión de la demanda, o la falta de notificación o emplazamiento de las personas que deban ser citadas como parte (numerales 4 y 5).

Normas similares están en los Códigos de procedimiento Civil contemporáneos, e incluso en las leyes reguladoras de la Jurisdicción Constitucional como el Decreto 2067 de 1991 de Colombia, en cuyo artículo 49, después de disponer que "contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno," se agrega que "la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada [respecto de] las irregularidades que impliquen violación del debido proceso" pudiendo en esos casos "servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso."

Ahora, antes estos principios que en general están previstos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, cabría que nos preguntásemos sobre cómo ha sido en particular el tratamiento de estas excepciones al principio de la intangibilidad de la sentencia particularmente por parte de los tribunales Constitucionales. Y a ello es que precisamente quiero hoy referirme.

La primera excepción se refiere a la posibilidad de la anulación de las sentencias por parte de los tribunales constitucionales, situación en la cual lo que en definitiva se plantea es la toma de una decisión ponderando entre dos derechos y garantías constitucionales: por una parte, la garantía de la cosa juzgada y la intangibilidad de las sentencias del Juez Constitucional en aras de la seguridad jurídica; y por la otra, la garantía del debido proceso en aras de asegurar la tutela judicial efectiva.

Esta disyuntiva que el Juez Constitucional debe resolver en cada caso ponderando la prevalencia de una u otra garantía, por supuesto, debe resolverla el Juez Constitucional como lo ha expresado Eloy Espinosa-Saldaña, actual Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, teniendo en mente el principio de que "repugna al Estado Constitucional y al constitucionalismo que pueda quedar indemne, y en condición de incuestionable, cualquier pronunciamiento jurisdiccional que sea írrito, arbitrario, fraudulento o carente de motivación."[2]

De allí la posibilidad desarrollada en las Jurisdicciones Constitucionales de que las sentencias de los Tribunales Constitucionales puedan ser anuladas

---

[2] Véase Eloy Espinosa Saldaña, "El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones," *en Revista Peruana de Derecho Constitucional*, *Cosa Juzgada Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, N° 9 · Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, pp. 25, 29, 41 y 51. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

por el mismo Tribunal en casos de violaciones graves al debido proceso, incluso más allá de las causales taxativas de nulidad de sentencias previstas en los Códigos, como sucede por ejemplo en Colombia y Perú.

En Colombia, en efecto, a través del recurso de revisión de sentencias por razones de constitucionalidad, la Corte Constitucional actuando en la Sala Plena, ha anulado sentencias de sus propias Salas por violación al debido proceso. Se trata de los casos de resolución de ese recurso de revisión desarrollado en muchos países con sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, y que permite a la Jurisdicción Constitucional revisar las sentencias de los tribunales de instancia dictadas por ejemplo en materia de amparo a los derechos fundamentales, por violación del orden constitucional y del debido proceso.

En Colombia, en todo caso, y es lo que quiero destacar, el ámbito del recurso de revisión se ha extendido a las sentencias de la propia Corte Constitucional, en particular las dictadas por las Salas de Revisión de Tutelas (amparo), que pueden ser revisadas por parte del Pleno de la propia Corte.

Así, si bien artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 que regula la Jurisdicción Constitucional dispone el principio de que "contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno," sin embargo la misma norma agrega que se puede alegar ante la misma "la nulidad de los procesos" para que el Pleno de la Corte lo anule, fundando la pretensión solamente en "irregularidades que impliquen violación del debido proceso."

Con ello, en el ordenamiento colombiano se regula la posibilidad de que la propia Corte Constitucional anule sus sentencias habiéndose desarrollado una rica jurisprudencia con el objeto de precisar particularmente cuáles son esos casos de violación del debido proceso, indicándose por ejemplo que debe tratarse de "eventos excepcionales circunscritos a la afectación grave y trascendental del debido proceso," no constituyendo en caso alguno la instancia de anulación "una nueva instancia ni un recurso a partir del cual [se pueda] debatir o censurar nuevamente el fondo de la controversia" (Auto 181 de 12 de julio de 2007).

Conforme a esa jurisprudencia de la Corte Constitucional son casos de violaciones al debido proceso (auto 196 de 2006), que calificaban para justificar la nulidad, por ejemplo: (i) cuando una Sala de Revisión modifica o cambia el criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijado por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica, considerándose ello como un desconocimiento del principio del juez natural y vulneración del derecho a la igualdad; (ii) cuando se presente una incongruencia entre la parte motiva y resolutiva del fallo, generando incertidumbre con respecto a la decisión tomada, lo que se da por ejemplo, en casos en los cuales la decisión sea inteligible, la misma se contradiga abiertamente o cuando carece totalmente de fundamentación en la parte motiva; (iii) cuando en la parte resolutiva se profieran órdenes dirigidas a particulares que no fueron vinculados al proceso

y que no tuvieron la oportunidad procesal para intervenir en su defensa; o (iv) cuando la Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de cierto asunto, caso en el cual lo que se presente de parte de ésta una extralimitación en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por la Constitución y la ley."

Se trata, por tanto, siempre de casos en los cuales la irregularidad que se invoque como lesiva del debido proceso, sea manifiesta y grave constituyendo un palmario desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

Pero no son esos los únicos casos de nulidad resueltos por la Corte Constitucional de Colombia, habiéndose desarrollado en la misma una doctrina jurisprudencial admitiendo la posibilidad del Pleno de anular, no ya las sentencias de las Salas de revisión, sino de las propias sentencias del Pleno de la Corte.

Por ejemplo, en una conocida sentencia de 2014 (auto No 045/14 de 26 de febrero de 2014),[3] la Corte Constitucional conoció de la solicitud de nulidad de una sentencia precedente de 2013 (C-853-13 de fecha 27 de noviembre de 2013), mediante la cual se había anulado (declarado exequible) por inconstitucionalidad un artículo del Decreto Ley 2090 de 2003 regulatorio de temas laborales (definición de actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores a los efectos del régimen de pensiones (art. 2).[4] Sobre la nulidad formulada por el solicitante en la misma se planteó a la Corte que la misma:

> "al declarar la exequibilidad de la norma demandada, incurrió en unas irregularidades que condujeron a la violación del debido proceso por inaplicación de los principios de no regresividad y progresividad en materia pensional y, por desconocer el precedente jurisprudencial sobre la protección constitucional de las expectativas legítimas en dicha materia."

Aun cuando en ese caso la solicitud de nulidad se denegó, la Corte ratificó su potestad para anular sus propias decisiones, indicando como criterio general que:

> "las decisiones judiciales, al ser una clara manifestación del poder de administrar justicia y en mayor grado de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales del control, en aquellos casos excepcionales en que se contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso.

---

3 Véase en https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-496599818

4 Véase en http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-853-13.htm

En otra sentencia del mismo año 2014 (No 045/14 de 26 de febrero de 2014), la Corte Constitucional reiteró la doctrina sobre la nulidad de sentencias indicando que en todo caso, se trata de:

> "una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurran "situaciones jurídicas *especialísimas y excepcionales*, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera *indudable y cierta*, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales […], han sido quebrantadas, *con notoria y flagrante vulneración del debido proceso*. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar."

En el caso colombiano, por tanto, la nulidad de sentencias de la Corte Constitucional decidida por ella misma, como lo precisó la misma Corte, en definitiva es:

> "un trámite de configuración jurisprudencial directamente relacionado con la protección del derecho al debido proceso, que se caracteriza por su naturaleza excepcional y el estricto cumplimiento en los requisitos de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta y palpable del derecho fundamental mencionado."[5]

Otro ejemplo de importancia en esta materia de nulidad de sus sentencias por los tribunales constitucionales, es el caso del Tribunal Constitucional del Perú, el cual también ha desarrollado jurisprudencialmente su potestad de anular sus propias sentencias en caso de graves violaciones al debido proceso, a pesar de que la Constitución establezca, en general, el principio de la intangibilidad de sus sentencias al disponer en su artículo 139.2 que ninguna autoridad "puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada;" y prever en su artículo 139.13, la "prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada."

Los casos se han resuelto ante el conflicto que surge entre el principio de la seguridad jurídica derivado de la cosa juzgada y la garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva, supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional del Perú ha optado por anular sus propias sentencias precisamente en casos en los cuales se ha invocado la violación del debido proceso.[6] Por ejemplo, en casos en los cuales se ha resuelto con base en

---

5 Véase en https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-496599818

6 Véase en tal sentido lo expuesto por Juan Manuel Sosa Sacio, "La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables, en *Revista Peruana de Derecho*

errores de hecho al decidir; haya habido omisiones en evaluar pruebas; no exista congruencia entre los fundamentos de la sentencia y lo solicitado en la demanda; por falta de valoración de un documento crucial para la decisión del caso; por haber tomado en cuenta como prueba un documento que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional.[7]

Resumiendo la orientación jurisprudencial que deriva de las sentencias del Tribunal, el mismo magistrado Eloy Espinosa-Saldaña ha señalado, con razón, que efectivamente, si bien como lo indica la Constitución del Perú, "el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable," sin embargo, ello es así "siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales."[8]

Por ello, como el mismo Tribunal Constitucional del Perú lo ha resuelto en algunas de sus sentencias anulatorias recientemente (2014):

> "no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella en la cual se considere que la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada alcanza a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación." [9]

Ahora, en el marco de esas situaciones de nulidad de sentencias de los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de Justicia, otro supuesto de nulidad se refiere a los casos en los cuales se ha alegado como fundamento

---

Constitucional, N° 9, · Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, p. 59 ss. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf Véase además, Luis Castillo Córdova (Coordinador): *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia Nº 04317-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión.* Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, N° 10, Palestra, Lima 2015; y "¿Puede el TC anular sus propias sentencias?», en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2015

7 Véase la relación completa de las sentencias del Tribunal Constitucional en cada uno de esos supuestos en Eloy Espinosa Saldaña, "El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones," *en Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9 · Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, pp. 33-35. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

8 *Idem*., p. 42

9 Véase (STC Exp. Nº 02315-2012-PA/TC, caso Luis Alberto Cardoza Jiménez) de 6 de enero de 2014), mediante la cual se anuló una sentencia precedente del Tribunal de 21 de agosto de 2013, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02135-2012-AA%202.pdf

de la misma, que la sentencia dictada carecía de los votos necesarios para constituirse efectivamente en sentencia del Tribunal.

En tal sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha admitido como una de las causales de nulidad de sus propias sentencias, como lo expresó en el auto 196 de 2006, "Cuando las decisiones no sean tomadas por las mayorías legalmente establecidas," lo que "ocurre, en los casos en que se dicta sentencia sin que haya sido aprobada por las mayorías exigidas" legalmente (en el Decreto 2067 de 1991, el Acuerdo No. 5 de octubre 15 de 1992 y la Ley 270 de 1996)

Esos supuestos de "la aprobación del fallo por mayoría no calificada legalmente," los ha considerado la Corte Constitucional de Colombia como "irregularidad que vulnera las garantías del debido proceso" (Auto 181 de 12 de julio de 2007), pues en definitiva, si una sentencia se ha pronunciado sin los votos o mayoría necesaria de acuerdo con la Ley, no puede considerársela como tal.

En tal sentido, en una sentencia de 2006 (Auto 360-06 de 6 de diciembre de 2006, dictado con ocasión de la solicitud de nulidad de una sentencia de la misma Sala Constitucional No. C-355 de 2006 que había declarado la constitucionalidad del aborto), la Corte Constitucional de Colombia que:

> "aunque ni las normas constitucionales ni el decreto 2067 de 1991 [regulatorio de la Jurisdicción Constitucional] la prevén, en aplicación directa del artículo 29 de la Carta Política, la Corte ha considerado [la posibilidad de declarar la nulidad de sus sentencias], para aquellos casos en que al momento mismo de votar se produce el desconocimiento del debido proceso, circunstancia que se circunscribe a los eventos de violación del principio de publicidad, falta de quórum o de mayoría exigidos por la ley, y de violación del principio de cosa juzgada constitucional…"

De lo anterior resulta, por tanto, que para que haya sentencia de cualquier tribunal y se considere como dictada, la misma debe haber sido emitida y firmada por el juez en ejercicio, con competencia para ello; y tratándose de un tribunal colegiado, debe haber sido aprobada y firmada por la mayoría exigida en la legislación que regula el ejercicio de sus funciones.

En este mismo sentido, en el Perú, el Tribunal Constitucional, también ha emitido una serie de decisiones en las cuales se ha anulado sus propias sentencias, por haberse dictado sin contar con los votos requeridos, considerando igualmente que ello implica violación al debido proceso, pues en esos casos puede considerarse igualmente que no ha habido sentencia.

En tal sentido, ha habido múltiples decisiones de anulación, destacándose entre los motivos de las mismas: casos por ausencia de notificación del magistrado llamado a dirimir una discordia de criterios;; por contener la firma de un magistrado equivocado; por haberse contado mal el sentido de los

votos; por haberse contabilizó mal el voto de un magistrado, no habiéndose conformado resolución válida; por no haberse notificado el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirimir. [10]

Pero en estos casos de sentencias dictadas sin contar con los votos necesarios, en el Perú se destaca otra modalidad de corrección de la invalidez de las mismas al considerar que de lo que se trata es de casos de errores materiales susceptibles de corrección.

En el Perú, como he dicho, como se regula en general en el mundo contemporáneo, también se prevé en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, el "carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional," y el principio general de que "tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, *puede aclarar* algún concepto o *subsanar cualquier error material u omisión* en que hubiese incurrido."

Y ha sido con base en ello, que se ha resuelto la situación que se produce cuando el Tribunal Constitucional, al emitir su fallo, después de haber dado por sentado que en la votación de dispositivos concretos de una sentencia había existido la mayoría necesaria para dictarla, considerándola por tanto como aprobada, posteriormente se advierte que en realidad ello no había sido así, en el sentido de que lo resuelto en el tema específico de la sentencia no contaba realmente con dicha mayoría. En estos casos, entonces, se ha considerado que, al dictarse la sentencia en relación al punto concreto debatido, en realidad el tribunal había incurrido en un error material al contar un voto que no había sido emitido a favor del punto concreto de la sentencia.

El Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, siguió recientemente ese procedimiento en un caso conocido como el caso "El Frontón,"[11] en el

---

[10] Véase la relación completa de las diversas sentencias en Eloy Espinosa Saldaña, "El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones," en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9 · Nueva Época, diciembre de 2016, Lima,, p. 33. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

[11] El caso tuvo su origen remoto en los motines que se produjeron en 1986 en varios establecimientos penales en el Perú, donde había detenidos por delios de terrorismo, que fueron reprimidos por un grupo de marinos, que fueron denunciados por la comisión del delito de asesinato. Un Tribunal penal (Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial), en enero de 2009 (Exp. N° 2007- 00213-0-1801-JR-PE-04), emitió un auto en el que abrió proceso penal por estos hechos, calificándolos como crímenes de lesa humanidad. A partir de marzo de 2009, con ocasión de un habeas corpus intentado por Humberto Bocanegra Chávez a favor del grupo de militares con el objeto de que se declare nulo el auto de instrucción y se cierre el caso por tratarse de un delito (asesinato) ya

cual mediante sentencias de 2016 y 2017,[12] procedió a subsanar el error material que estimó había ocurrido al dictar el mismo Tribunal Constitucional, tres años antes, la sentencia de fecha 14 de junio de 2013, resolviendo la solicitud que le había formulado la Procuraduría Pública Especializada Supranacional y órganos y entidades de defensa de derechos humanos.[13]

Para decidir la subsanación del error material, el Tribunal Constitucional se fundamentó en lo dispuesto en el antes indicado artículo 121 del Código Procesal Constitucional que como como lo reafirmó el Tribunal "prevé expresamente" que el mismo "tiene competencia para subsanar sus resoluciones cuando estas hubieran incurrido en algún error." En este caso, "en relación con la ausencia de votos para conformar válidamente un extremo de la sentencia constitucional," el Tribunal consideró que ello, en efecto:

> "podría ser entendido bien como causal de inexistencia de la resolución (considerada también por algunos como una causal de "nulidad" de la decisión) o bien como un problema de mero error material que puede ser subsanado."

En cuanto a la primera alternativa, es decir, "si el problema detectado podría ser considerado como una causal de inexistencia o nulidad de la decisión emitida por el Tribunal Constitucional," el Tribunal estimó que una declaración de tal naturaleza, de acuerdo con lo admitido por el Tribunal en varios casos anteriores (y sobre todo en el caso "Cardoza"), solo es posible en los siguientes supuestos excepcionales:

> "(a) Cuando existan vicios graves de procedimiento, en relación con: el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida (a.1) y con vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa (a.2)."

---

prescrito, se abrió la discusión procesal sobre la calificación del delito como de lesa humanidad, la cual no ha concluido. Véase sobre en la reseña: "El Frontón: El voto de Juan Vergara Gotelli, origen del problema," en *Legis.pe*, Lima, 13 de noviembre de 2017, en http://legis.pe/el-fronton-voto-juan-vergara-gotelli/

12 Al dictar el auto No. 01969 2011-PHC/TC (caso Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y Otros) de fecha 5 de abril de 2016. Véase en https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/01969-2011-HC%20Resolucion.pdf

13 Véase el resumen de los argumentos en la solicitud de medidas cautelares de protección a favor de los Magistrados que aprobaron la sentencia, formuladas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según se recoge en el auto del Presidente de la misma de 17 de diciembre de 2017; en http://agendapais.com/wp-content/uploads/2017/12/Sentencia-CIDH-casos-magistrados-TC.pdf

> "(b) Cuando existan vicios o errores graves de motivación, los cuales, por ejemplo, pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio (b.1); vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión (b.2); y errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc. (b.3)."
>
> "(c) Cuando existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo: resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales (c.1); incuestionable doctrina jurisprudencial de este Tribunal (c.2); o cuando se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente (c.3). "

En el caso de la ausencia de los votos necesarios que se discutía en el caso El Frontón el Tribunal Constitucional respecto de la sentencia dictada en 2013, en la sentencia de 2016, ratificada en 2017, el Tribunal consideró que no se trataba "de supuestos de vicios o errores graves de motivación ni de vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional" que ameritaran la declaratoria de nulidad de la sentencia; y con respecto a los vicios graves de procedimiento, y sobre la base de los votos emitidos, el Tribunal constató que en general sí estaba "ante una sentencia formalmente válida" (pues contaba con las formalidades para ser considerada así), solo existiendo "dudas *con respecto a uno de sus extremos*, el cual, conforme alegaron los solicitantes, habría sido incorporado erróneamente en la sentencia."

De ello concluyó el Tribunal del Perú considerando que "lo alegado por los solicitantes no se refería a un supuesto que habilitase al Tribunal Constitucional "a declarar la nulidad o la inexistencia de toda la sentencia," sino que lo alegado se refería en realidad a que si se acreditaba "que la resolución no contó con los votos necesarios para pronunciarse sobre la calificación [en ese caso] de los hechos del caso El Frontón como crímenes de lesa humanidad, contenido en el fundamento 68," se trataría "de un vicio o error que podría ser materia de una subsanación puntual."

Con base en ello, el Tribunal efectivamente verificó que en el expediente estaba la documentación sobre la ausencia del voto necesario para haberse aprobado la resolución en ese punto específico, considerando entonces que la misma en relación "con la calificación de los hechos delictivos como crímenes de lesa humanidad, carecía de la cantidad suficiente de votos para conformar una decisión válida."

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluyó su sentencia indicando que siendo todo ello así, lo que correspondía era "subsanar el error material de la sentencia" de 14 de junio de 2013 considerando en consecuencia como no incorporada en la sentencia la resolución del

fundamento jurídico específico que no había contado con los votos necesarios para ser aprobado.

La sentencia de 2017, dictada con una mayoría de cuatro votos sobre siete, ha originado polémica en el Perú, habiendo incluso sido acusados los magistrados que la aprobaron constitucionalmente ante el Congreso,[14] abriéndose contra ellos un proceso político, lo que de por sí puede considerarse como un grave atentado contra la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional.

En realidad, en el caso, el Tribunal Constitucional lo que hizo en su auto de fecha 5 de abril de 2016,[15] ratificado por auto de marzo de 2017, fue cumplir funciones propias de la judicatura. En este caso, conforme lo autoriza la Ley, subsanando el error material en el cual estimó había incurrido el propio Tribunal Constitucional, al dictar la sentencia de fecha 14 de junio de 2013, sin haber emitido en su decisión nuevo pronunciamiento de cualquier naturaleza sobre los asuntos debatidos en el proceso.

En todo caso, más polémicas han sido otras sentencias de otros tribunales constitucionales, mediante las cuales se ha llegado a la inconstitucional modificación y reforma de sus propias sentencias utilizando indebidamente la figura de la aclaración o ampliación de sentencias. Ese ha sido el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

En mi país, en efecto, conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que recoge el mismo principio establecido en el artículo 999 del Código Judicial de Panamá, después de pronunciada la sentencia definitiva no puede el juez ni revocarla ni reformarla, pudiendo solo y a solicitud de parte, *aclarar* los puntos dudosos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, salvando las omisiones y rectificando los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos; o dictar *ampliaciones* para complementar conceptualmente lo expresado en la sentencia cuando haya en la misma omisiones, incluso esenciales, respecto de lo solicitado en la demanda y lo considerados en la sentencia cuya aclaratoria se pide, sin que pueda haber modificación del fallo.

Contrariamente a ello, sin embargo, en los últimos años, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha utilizado la vía de ampliación sentencias, para proceder a reformarlas y modificarlas.

---

14 Véase la reseña: "El Frontón: Comisión Permanente aprobó investigar a jueces del TC," en *Peru21*, 11 de noviembre de 2017, en https://peru21.pe/politica/fronton-comision-permanente-aprobo-investigar-jueces-tc-382930

15 Véase en https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/01969-2011-HC%20Resolucion.pdf

Un caso fue la sentencia Nº 810 del 21 de septiembre de 2016, dictada en un proceso de control previo de constitucionalidad de un decreto de estado de excepción (art. 336.6 de la Constitución), en este caso, el Decreto Nº 2.452 de 13 de septiembre de 2016, en la cual la Sala, en la misma, se limitó simplemente a declarar la constitucionalidad de dicho Decreto, que era lo único que podía decidir si no lo declaraba inconstitucional.

Sin embargo, el Presidente de la República solicitó una "ampliación" de la sentencia sobre algo que en la misma no había sido considerado y era sobre "las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República" ante la Asamblea Nacional, partiendo del supuesto de que desde principios de 2016 la Sala Constitucional habían declarado "nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica" todas las decisiones de dicha Asamblea.[16] Ante ello, el Ejecutivo argumentó que entonces no podría presentar el proyecto de Ley Presupuesto ante la Asamblea "debido a la situación irregular en que se encuentra ese órgano legislativo;" todo lo cual, sin embargo y obviamente no encajaba dentro de la posibilidad de "ampliación," pues ello no se había discutido ni mencionado, ni se planteó en el procedimiento que originó la sentencia.

Sin embargo, la Sala Constitucional, bajo dicha excusa de dictar una "ampliación" procedió a dictar una *nueva sentencia*, la Nº 814 de 11 de octubre de 2016,[17] cuyo contenido no tenía relación alguna con la materia decidida en la sentencia supuestamente "aclarada," decidiendo asuntos que no fueron considerados en la misma, como son las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto y sobre la propia noción de ley en la Constitución.

De ello pasó la Sala Constitucional, en la nueva sentencia "aclaratoria," disponiendo inconstitucionalmente que la Ley de Presupuesto correspondiente al año fiscal 2017, debía formularse mediante "decreto" el Presidente de la República, y presentarse, no ante la Asamblea Nacional como manda la Constitución, sino ante la propia Sala Constitucional para su aprobación.

---

16 Véase por todas las sentencias Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiado Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017; *La consolidación de la Tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto***,** Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017.

17 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML.

La sentencia Nº 814 de 11 de octubre de 2016, de "aclaratoria" de la sentencia Nº 810 del 21 de septiembre de 2016 de la misma Sala Constitucional, por tanto, en definitiva fue una nueva sentencia dictada sin proceso constitucional alguno, en la cual no sólo violó las normas del Código de procedimiento Civil sobre aclaración de sentencias, sino que en sí misma, además, violó abiertamente los artículos 187.6, 311 y 313 de la Constitución que le atribuyen a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para "discutir y aprobar el presupuesto nacional;" el artículo 202 de la Constitución sobre la noción de "ley" en Venezuela como acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador, y la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para sancionar leyes; y los artículos 203 y 236.8 de la Constitución, que restringen la potestad del Poder Ejecutivo a dictar actos con fuerza de ley ("decretos leyes") actuando por delegación legislativa.

Pero no quedó allí la saga de la Sala Constitucional, habiendo utilizado con posterioridad la figura de la "aclaratoria" de sentencias para directamente modificar y reformar sus propias sentencias en contra de la prohibición legal.

El caso más notorio – motivo de escándalo mundial – fue el relativo a las sentencias Nº 155[18] y 156[19] de 27 y 29 de marzo de 2017, las cuales fueron modificadas y revocadas parcialmente dos días después mediante las

[18] Véase la sentencia Nº 155 de 27 de marzo de 2017, en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: "El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia nº 156 de la Sala Constitucional), 30 de marzo de 2017, en http://diariocons-titucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/.

[19] Véase la sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017 en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: "La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia nº 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/.

sentencias Nos. 157[20] y 158[21] de fecha 1 de abril de 2017, – y lo más grave – dictadas, como lo anunció la propia Sala Constitucional,[22] a solicitud del Presidente de la República a través de una reunión del Consejo de Defensa de la Nación, [23] en violación de los principios más elementales del debido proceso, pero irónicamente invocando la Sala Constitucional como motivación fundamental para las aclaratorias, la "garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional."[24]

Mediante la sentencia Nº 155 de 27 de marzo de 2017, en efecto, la Sala Constitucional había anulado un Acuerdo político adoptado por la Asamblea Nacional (sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela*,* de 21 de marzo de 2017); y en la misma, la Sala Constitucional, además de desconocer la inmunidad parlamentaria de los diputados de la Asamblea nacional (cuyos actos ya había declarado nulos en múltiples ocasiones anteriores), dictó como medida cautelar una orden al Presidente para que procediera a legislar sin límites (en especial para tomar "las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes

---

20 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML.

21 Véase en http://Historico.Tsj.Gob.Ve/Decisiones/Scon/Abril/197400-158-1417-2017-17-0325.Html.

22 Véase sobre el anuncio de las aclaratorias, los comentarios en Allan. Brewer-Carías: "El golpe de Estado judicial continuado, la no creíble defensa de la constitución por parte de quien la despreció desde siempre, y el anuncio de una bizarra "revisión y corrección" de sentencias por el juez constitucional por órdenes del poder ejecutivo. (Secuelas de las sentencias Nº 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017), New York, 2 de abril de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/150.-doc.-BREWER..-EL-GOLPE-DE-ESTADO-Y-LA-BIZARRA-REFORMA-DE-SENTENCIAS.-2-4-2017.pdf.

23 La propia Sala confesó en un Comunicado de 3 de abril de 2017 publicado en *Gaceta Oficial* que "El Tribunal Supremo de Justicia en consideración al exhorto efectuado por el Consejo de Defensa de la Nación ha procedido a revisar las decisiones 155 y 156, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, y en tal sentido, hoy son públicas y notorias sendas sentencias aclaratorias que permiten sumar en lo didáctico y expresar cabalmente el espíritu democrático constitucional que sirve de fundamento a las decisiones de este Máximo Tribunal." Véase en la *Gaceta Oficial* Nº 41.127 de 3 de abril de 2017.

24 Véase Román José Duque Corredor, "Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional," 4 de abril de 2017, en http://justiciayecologiainte-gral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-de-los-magistrados-de.html?spref=fb&m=1.

y necesarias para evitar un estado de conmoción),” y para proceder a “revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar –pues pudieran estar cometiéndose delitos de naturaleza militar–.”[25]

A raíz del escándalo nacional e internacional que provocó esta sentencia, y luego de la exhortación que el Consejo de Defensa de la Nación le hiciera a la Sala Constitucional para que reformara su sentencia No 155, la Sala Constitucional efectivamente (mediante la sentencia No. 157) pasó a revocar las partes de la sentencia en las cuales la Sala había desconocido la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional; y había ordenado al Presidente legislar sin límites y revisar toda “la legislación sustantiva y adjetiva.” El argumento falaz que usó la Sala fue decir que esas decisiones las había adoptado en la parte “motiva” de la sentencia y no en la “dispositiva;”[26] y de allí, sin más, pasó a “aclarar” de oficio, indicando que lo resuelto en la misma obedecían a supuestas medidas cautelares dictadas por esta Sala, lo cual era falso, procediendo en definitiva a “revocar” lo que antes había decidido, particularmente sobre la negación de la inmunidad parlamentaria.

La sentencia Nº 157 en definitiva no aclaró nada sobre la sentencia Nº 155, sino que la modificó y revocó parcialmente, lo que está expresamente

---

[25] Véase la sentencia Nº 155 de 27 de marzo de 2017, en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: “El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia nº 156 de la Sala Constitucional), 30 de marzo de 2017, en http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/.

[26] Para la revocación parcial de la sentencia Nº 155, la Sala Constitucional solo esgrimió como “motivación,” el “alcance constitucional que tiene el exhorto del Consejo de Defensa de la Nación,” analizando entonces solo al tema de la violación de la inmunidad parlamentaria en la que había incurrido; pero ignorando lo concerniente al inconstitucional “decreto de estado de excepción” que contenía su sentencia Nº 155. Para ello, la Sala comenzó por aclarar (excusarse?) que solo había hecho referencia a la inmunidad parlamentaria, *en la motiva de la sentencia “mas no en su dispositiva,”* considerando que dicho “señalamiento *aislado en la motiva*” había sido “tema central del debate público,” pero advirtiendo que en este caso, se habían difundido “diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria.”

prohibido en Venezuela. Mayor arbitrariedad es imposible encontrar en los anales de la justicia constitucional en el derecho comparado.

Pero no quedó allí, sino que algo similar ocurrió con la sentencia de la Sala Constitucional No. 156 de 29 de marzo de 2017 que fue reformada mediante la sentencia No. 158 de fecha 1º de abril de 2017.

En esta sentencia No. 156, la Sala Constitucional, al conocer de un recurso de interpretación de las normas constitucional que regulan la autorización parlamentaria para la constitución de empresas mixtas en el sector de hidrocarburos, que había presentado una empresa del Estado de dicho sector, la Sala resolvió "con carácter vinculante y valor *erga omnes,* declarar que había una "omisión inconstitucional parlamentaria por parte de la Asamblea Nacional," ya que por tanto la misma no podía actuar porque la Sala Constitucional había declarado nulos todos sus actos, disponiendo entonces entre otros aspectos, que "el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma legal objeto de interpretación," y advirtiendo además, que mientras persistiera "la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional," – nada más ni nada menos – que:

> "esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho."[27]

Con estos dispositivos, la Sala Constitucional, – en lo que he calificado como un reparto de los despojos – por una parte, le otorgó la potestad de legislar en materia de hidrocarburos al Presidente de la República, y por la otra, asumió ella misma todas las competencias de la Asamblea Nacional, para ejercerlas directamente.

La Sala Constitucional, también en este caso, "aclaró" su sentencia anterior basándose en la misma exhortación hecha por el Consejo de Defensa de la Nación, y considerando que era "un hecho público, notorio y comunicacional la situación de desacato y de omisión inconstitucional en la

---

[27] Véase la sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017 en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: "La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia nº 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/.

que se encuentra la Asamblea Nacional,"[28] pasó a recordar que en la sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017 había decidido, en relación con el artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos, que no existía impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el sector" sustituyendo la Sala a la Asamblea para conocer de las circunstancias de las contrataciones..

En esta caso, la supuesta "aclaratoria" de la sentencia anterior (sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017), la Sala Constitucional mutó la naturaleza definitiva de la sentencia dictada en un proceso de interpretación, diciendo falsamente que "*esta Sala no había dictado una decisión de fondo,"* convirtiéndola entonces en una "medida cautelar;" y sin motivación alguna, pasó a revocar las decisiones mediante las cuales había usurpado inconstitucionalmente las potestades de la Asamblea Nacional.

Esta decisión, de revocación parcial de la sentencia anterior Nº 156 ni siquiera se puede considerar como una ilegal "reforma" de la misma por vía de aclaración, porque en ningún caso una sentencia definitiva se puede trastocar, cambiar y convertir en una medida cautelar, que solo se puede dictar en el curso de un juicio, pero nunca una vez que el mismo ha terminado.

Como puede apreciarse de todos estos casos contrastantes resueltos por Tribunales Constitucionales, puede indicarse que en los casos de los Tribunales de Colombia y del Perú, el principio de la intangibilidad de las sentencias como manifestación del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva continúa siendo uno de los pilares fundamentales del sistema judicial, en el sentido de que después de pronunciada la sentencia por el juez, éste no puede éste revocarla ni reformarla.

Queda a salvo, sin embargo, que las partes puedan solicitar del juez aclaración o ampliación a la sentencia para precisar aspectos dudosos y corregir errores materiales, lo que en ningún caso puede llevar al juez a reformar o revocar parcialmente su sentencia. Por tanto, en contraste, son absolutamente inconstitucionales las sentencias analizadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante las cuales, con la excusa de aclarar sentencias precedentes las mismas fueron reformadas y revocadas parcialmente.

Distinto es el caso analizado del Tribunal Constitucional del Perú, en el cual con motivo de una solicitud de parte, el mismo se limitó a corregir un

[28] La Sala en la sentencia, hizo referencia nuevamente a las sentencias dictadas "en su Sala Electoral (Nros. 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016) y en Sala Constitucional (Nros. 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017)."

error material de una decisión precedente en lo que se refirió al cómputo de los votos para aprobar parte de la misma.

Y distinto a los dos supuestos anteriores son los casos analizados decididos por la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional del Perú, en los cuales precisamente en protección al derecho a las garantías del debido proceso, los mismos han conocido de peticiones de nulidad de sus propias sentencias, conforme al principio general del derecho procesal que se recoge en los Códigos de procedimiento Civil, e incluso en el Decreto 2067 de 1991 que regula la Jurisdicción Constitucional, donde se precisa que "solo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso."

En estos casos, entre dos principios protectores del debido proceso, el de la intangibilidad y la nulidad es al juez a quien compete hacer la correspondiente ponderación para determinar cuál debe prevalecer.

SEXTA

PROCESOS CONSTITUYENTES EN AMÉRICA LATINA: A PROPÓSITO DEL PROYECTADO PROCESO CONSTITUYENTE PANAMEÑO (2025)

Texto de la transcripción de la conferencia dictada en el Seminario sobre Procesos Constituyentes en América Latina, organizado por Secretaría Presidencial para la Reorganización del Estado y Asuntos Constitucionales de Panamá, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, Panamá, 29 de julio de 2025

I. PROCESOS CONSTITUYENTES, MOMENTOS CONSTITUYENTES Y ASAMBLEAS CONSTITUYENTES

El privilegio es mío de poder estar de nuevo en Panamá y estar en este evento organizado por la Secretaría Presidencial para la reorganización del Estado y Asuntos Constitucionales, con los auspicios de la Procuraduría de la Administración Pública, y estar además en la compañía de tantos amigos de Panamá, donde ya tengo bastantes años viviendo, de alguna forma u otra, siempre por motivos académicos. Es un privilegio y un honor; y les agradece mucho su presencia.

Procedemos entonces a hablar del tema fijado para el evento de este día, que es sobre los procesos constituyentes en América Latina, sobre lo cual, sin duda, es importante hacer hoy algunas reflexiones en Panamá, donde se está iniciando un proceso constituyente, pero hasta el presente, dando los pasos que no se han dado en ningún otro país. No ha habido ningún país de nuestro continente que haya programado iniciar un proceso constituyente, con una campaña de alfabetización constitucional, como la que se ha venido realizando en Panamá.

Esto puede considerarse realmente un paso importante e inédito, pues se trata de concientizar a la nación entera, a la ciudadanía, sobre qué es la

Constitución. Sabemos que la mayoría de los ciudadanos en nuestros países no la conocen; y muchos no saben de qué se trata. Saben que existe, pero no siempre saben lo que significa en la organización de la sociedad, y en la regulación de los derechos de las personas, siendo importante que los ciudadanos lleguen a sentirlos realmente.

Cuando el ciudadano no conoce sus derechos, no logra exigirlos ni defenderse, siendo a veces la situación tan grave, que muchos abogados incluso, tampoco saben cómo defender a las personas y sus derechos frente a la sociedad, frente al Estado, y frente a la organización política.

Son derechos que progresivamente han pasado de ser derechos individuales a formar un cuerpo de derechos colectivos, sobre los cuales hay poca conciencia. Sabemos que hay derechos políticos democráticos como el derecho al sufragio, sabemos que hay un Estado de derecho, pero no tenemos conciencia de que el ciudadano tiene derecho a ese Estado de derecho y a la Democracia como régimen político; y a la vez tiene derecho a la existencia y respeto a la separación de poderes, tiene derecho a que haya una Constitución y se respete su supremacía, tiene derecho a la independencia judicial, y a que tengamos jueces que efectivamente dicten justicia imparcial.

La "alfabetización constitucional" que se han propuesto en panamá, pro tanto, bajo ese ángulo, tiene sentido para divulgar los aspectos fundamentales de la Constitución y que se pueda llegar a un momento constituyente que exija su reforma.

En Panamá puede decirse que hay voluntad política de seguir adelante con este proceso, y de allí la iniciativa de organizar este evento para que hablemos sobre la experiencia de América Latina en materia de procesos constituyentes pues, sin duda, nuestro Continente ha ido un campo de experimentación en la materia, sea para una reforma íntegra de la Constitución, sea para recomponer el sistema político en momentos en el cual la democracia ha estado en crisis.

Las experiencias en América Latina nos muestran que siempre, en una forma u otra, los procesos constituyentes han respondido a momentos constituyentes que ocurren en la historia de los países, lo que ha originado en nuestros países, ciclos histórico políticos sucesivos, que imponen reformas sustantivas del orden constitucional. Y de lo que he leído, pienso que quizás en Panamá está en gestación esta idea de un momento constituyente frente a una Constitución que no fue estructurada y diseñada inicialmente en un esquema democrático y que, para ajustarla totalmente a un sistema democrático, debe concretarse en una nueva constitución.

En América Latina, en los últimos 40 tantos, puede decirse que todas las experiencias de procesos constituyentes han desembocado en la elección de asambleas constituyentes integradas por representantes electos en marcos democráticos sin ruptura del constitucional; habiendo quedado los clásicos

golpes de Estado con rupturas de hecho del orden constitucional en la historia política de nuestro Continente. Al contrario, como señalé, en las últimas décadas, los procesos constituyentes se han desarrollado dentro de un orden constitucional democrático, por lo que puede decirse de entrada, y aquí entro en un tema que será objeto de discusión, que todas las asambleas constituyentes en los últimos 30 años no han asumido realmente un poder constituyente originario, incluso a pesar de las denominaciones formales como la que adoptó la Asamblea Constituyente en Venezuela de 1999.

Esa ha sido una enseñanza de la experiencia de América Latina porque las asamblea constituyentes electas desde que se eligió la de Colombia de 1991, no surgieron de situaciones de hecho, sino que fueron electas en el marco del derecho establecido en las Constituciones entonces vigente en los diversos países con las interpretaciones de las Constituciones que fueron adoptada por las Cortes Supremas, de manera que incluso en los procesos que se hicieron al margen de la Constitución entonces vigente, no fueron el resultado de un golpe de Estado en la forma tradicional.

Lo anterior, por supuesto, exige tratar de precisar el tema sobre cuándo las Asambleas Constituyentes pueden adquirir carácter originario, particularmente teniendo en cuenta que, en realidad, en los Estados republicanos solo el pueblo soberano es el que tiene el carácter de poder constituyente originario.

En ese marco, por tanto, en principio, una Asamblea no puede tener carácter de poder constituyente originario, salvo que se trate históricamente de las Asamblea que originaron o constituyeron los propios Estados republicanos, comenzando con la Asamblea nacional que en Francia, con la Revolución, constituyó el nuevo Estado republicano poniendo fin a la Monarquía.

Y fue el caso en todos los países de América, cuando Congresos formados por representantes electos constituyeron los nuevos Estados republicanos después de la ruptura con las Monarquías y la declaración de Independencia, como sucedió en los Estados Unidos en 1776 y en América Latina, en todos nuestros países, a partir del Congreso General de las Provincias de Venezuela en 1811, que fue la primera asamblea constituyente en la historia de nuestro Continente. Esos Congresos, como asambleas constituyentes, originaron los Estados y fueron, por supuesto, asambleas constituyentes que bien pueden calificarse de originarias.

En ese caso de Venezuela, después de la Independencia, la sanción de la Constitución Federal de las Provincias Unidas de Venezuela de 21 de diciembre de 1811 se realizó por el Congreso General de las Provincias, con el carácter de asamblea constituyente; proceso que se realizó en paralelo, con otro proceso constituyente originario de un nuevo Estado Monárquico constitucional que se estaba desarrollando en España, a cargo de las Cotes de Cádiz, que sancionó la Constitución de la Monarquía española de 1812,

después de la guerra de independencia contra Francia y para el rescate de los monarcas que están secuestrados por el Emperador Napoleón. Dichas Cortes también puede decirse que actuaron como asamblea constituyente originaria para reconstituir el Estado, terminando con el esquema del Estado absoluto, sustituyéndolo por una Monarquía constitucional.

Pero en la historia, por supuesto, estos procesos constituyentes originarios surgieron posteriormente. Por ejemplo, volviendo al caso de Venezuela, después de que se adoptó la Constitución federal del año 1811, La Regencia en España y las propias Cortes, decidieron en 1812 invadir las provincias de Venezuela, provocando la ruptura constitucional y destrucción total del nobel Estado, originándose el inicio a una larga guerra de liberación que condujo Simón Bolivar desde 1813 hasta 1819. En ese año, el Congreso reunido en Angostura, como nueva asamblea constituyente originaria, asume la tarea de reconstituir al Estado, y a la vez, resolvió convocar de nuevo a otro Congreso, como Asamblea Constituyente, para reunirse en la Villa del Rosario para constituir un nuevo Estado, con la unión de las provincias de Venezuela y la Nueva Granada, la cual efectivamente constituyó el nuevo Estado de Colombia en agosto de 2021.

Ese nuevo Estado de Colombia (llamada la "Gran Colombia") duró hasta 1930, cuando se disolvió, dando lugar a la reconstitución de nuevos Estados por dos Congresos constituyentes distintos: el Congreso reunido en Bogotá que dio origen al Estado de la Nueva Granada, que cambió de nombre por Estado de Colombia en 1863, y por la otra, el Congreso reunido en Valencia, que dio origen al Estado de Venezuela.

A partir de 1830, una vez constituido definitivamente el Estado de Venezuela por esa asamblea constituyente, que sin duda tuvo carácter originario, en mi país puede decirse que no ha habido más asambleas constituyentes originarias porque no ha habido reconstitución alguna de un nuevo Estado. El Estado ya fue constituido y lo que ha habido han sido transformaciones y reformas constitucionales. Hasta 1830, por tanto, las asambleas constituyentes de 1811, 1819, 1821 y 1830 puede decirse que fueron de carácter originario, porque siempre fueron producto de la ruptura total del Estado, para reconstituirlo.

Esa situación, que por ejemplo fue la misma de la Asamblea que materializó la separación de la provincia del Ismo de Colombia y constituyó el Estado de Panamá en 1903, es distinta de la que se produjo, igualmente volviendo al caso de venezuela, con otras asambleas constituyentes posteriores, producto de golpes de Estado, que significaron transformaciones constitucionales del Estado, pero del mismo que existía, por lo que no pueden realmente calificarse de originarias. Fue el caso, por ejemplo, de los Congresos o Asambleas que luego de golpes de Estado o de conflictos armados internos que condujeron a la ruptura del orden constitucional, y

dieron origen a las Constituciones de 1858, 1863, 1893, 1901, 1945, 1952 y 1961, golpes de Estado.

Y sobre ellas, podemos preguntarnos: ¿realmente fueron asambleas constituyentes originarias aun siendo producto de la ruptura de hecho del orden constitucional por golpes de estado o conflictos civiles armados? En mi criterio, la verdad es que no, porque siempre tuvieron límites; aun cuando la Constitución anterior hubiese sido rota, había los límites derivados de los principios republicanos y de la conservación del orden jurídico precedente.

El poder constituyente originario en la teoría política es el que surge de un proceso no sujeto al derecho, *legibus solutus*, y por eso se produce en la etapa primigenia de una sociedad cuando constituye el Estado, "poder constituyente" que conforme lo expresó el abate Sieyès en la Asamblea Francesa en 1789:

> "todo lo puede, no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución. No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución. Por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y de todo control, salvo los que él mismo pudiera adoptar,"

Pero una vez que esas asambleas aprobaron las Constituciones de los Estados modernos, creando el nuevo Estado, organizándolo y constitucionalizándolo, es difícil que aparezca una nueva asamblea *legibus solutus*, porque a la vez, el poder constituyente se constitucionalizó, se juridificó, se incorporó a la Constitución y el texto de la Constitución adquirió su supremacía y rigidez, que es la característica elemental de la Constitución. En ese texto, el poder constituyente Instituido se reguló como mecanismo integrado por representantes electos para reformar la Constitución, incluso totalmente.

Y así fue que por ejemplo, dos años después del surgimiento del poder constituyente originario que asumió la Asamblea Nacional en la Revolución Francesa, la primera Constitución de Francia de 1791, amarró los demonios constituyentes y los metió en la Constitución, es decir, los constitucionalizó y juridificó. Por ello, en el texto de dicha Constitución se dispuso que:

> "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 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."

Desde entonces, por tanto, constitucionalizado el poder constituyente, como poder juridificado, si no hay ruptura de la Constitución ni situaciones de hecho, el poder constituyente está sometido al derecho y particularmente a la propia Constitución que se quiere cambiar.

No es que el pueblo, que es el titular, en definitiva, del poder constituyente originario, no pueda manifestarse. No es que niegue el ejercicio de la soberanía la popular, sino que es que el propio pueblo, a través de la Constitución dictada por sus representantes, el que se autorreguló. Es el pueblo el que impuso el carácter supremo de la Constitución, y estableció la forma de ejercer el poder constituyente para transformar la Constitución.

Por eso, en el marco de un Estado constitucional, cuando se plantean y se han planteado en América Latina la realización de procesos constituyentes, el dilema esencial que surge ha sido siempre entre los dos principios fundamentales del constitucionalismo: entre la soberanía popular y la supremacía constitucional.

Eso es lo que está siempre presente en estos procesos políticos. ¿Cómo hacerlos? ¿Que el pueblo se manifieste como le da la gana o como lo dice la Constitución? O sea, ¿qué viene primero? ¿Qué tiene más poder? ¿La manifestación popular a través del ejercicio de la soberanía popular o que esto se haga conforme a la Constitución que la propia soberanía popular ha establecido?

Ese dilema, es el dilema que se plantea y se ha planteado en todas las experiencias de procesos constituyentes desarrollados en el marco de un Estado constitucional de derecho, en el cual, hay que siempre recordarlo, rigen un conjunto de principios que hay que tener en cuenta y deben ser respetados sea cual fuere la idea que se tenga de reforma constitucional. Esos principios más clásicos, son: la existencia de una Constitución como norma suprema, emanada de la soberanía popular, en la cual se define el principio democrático representativo, que impone gobiernos a cargo de representantes electos por el pueblo; la separación y distribución del poder como mecanismos de control del poder, y en particular, la autonomía del poder judicial como parte esencial del mismo; la garantía de los derechos fundamentales de las personas; el principio de la legalidad, y el control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos estatales. Esos principios son el pilar del Estado, y tienen que respetarse en cualquier proceso constituyente; si el proceso constituyente se va a hacer en el marco del Estado constitucional de derecho.

Entre esos seis principios, sin duda, el más importante es el de la supremacía constitucional, pues es la Constitución en definitiva, como norma suprema, la que nos dice cuál es el régimen democrático, cuál es la separación de poderes, cómo se ejerce el control judicial, cuál es la autonomía judicial, cuáles son los derechos fundamentales., e incluso es la que nos dice, cómo es que se reforma la Constitución.

Por eso es que, en los Estados constitucionales, el poder constituyente, por estar esencialmente juridificado, no es ni puede ser de hecho, ni ilimitado, y solo puede y debe manifestarse como lo indica la Constitución. Por ello, ante las propuestas de reforma constitucional en los Estados constitucionales,

en momentos constituyentes, lo primero que hay que resolver es el mencionado dilema: ¿Por qué optamos primero? ¿Por la soberanía popular o por la supremacía constitucional? ¿Puede una barrer a la otra?

Sobre ello, es que teniendo en cuenta todos estos principios, es que tenemos que preguntarnos sobre lo que ha ocurrido en América Latina, y analizar cuáles han sido las experiencias que hemos tenido en estas últimas tres décadas.

II. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN COLOMBIA DE 1991

La primera de las experiencias de procesos constituyentes desarrollada en las últimas décadas en América Latina, en situaciones en las cuales no se hubiese producido un golpe de Estado o una situación constitucional de hecho, fue la ocurrida en Colombia a finales de la década de los ochenta y comienzo de la década de los noventa del siglo pasado.

En esos años Colombia había llegado a un puno tal de crisis política aguda, que había afectado el régimen democrático, por el colapsado del Frente Nacional que había mantenido el sistema desde el año 1958, y la crisis de los partidos políticos tradicionales, a lo que se agregaron los problemas políticos derivados del narcotráfico y las guerrillas que se habían expandido. Es decir, había realmente una crisis política profunda, que sin duda se traducía en la existencia real de un momento constituyente, en el cual el país entero exigía e imponía la necesidad de la reconstitución del sistema democrático.

En medio de esa crisis, en 1988, el presidente Virgilio Barco quien entendió el significado del momento constituyente existente, planteó la idea de convocar un referéndum para realizar una consulta popular para convocar una asamblea constituyente. Para ello, logró amarrar un acuerdo político fundamental, llamado acuerdo de la "Casa de Nariño," emitiendo en consecuencia un decreto creando una Comisión constitucional para promover la asamblea constituyente.

La Constitución de 1886 nada establecía ese mecanismo para la reforma de la Constitución, por lo cual, habiendo sido el decreto impugnado ante el Consejo de Estado, el mismo fue anulado, habiendo funcionado el control judicial, con base en la independencia judicial. Y la razón de la anulación fue que la Asamblea Constituyente no estaba regulada en la Constitución de 1886, a pesar de que como bien sabemos, la Constitución había sido objeto de cientos de reformas mediante actos legislativos del Congreso, que era el mecanismo por excelencia para las reformas a la Constitución.

Con esa decisión, prevaleció el principio de la supremacía constitucional, por lo cual el Presidente Barco se sometió a la Constitución y no aceptó la idea de buscar la prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional. Por ello, más bien tomó la iniciativa constitucional de proponer al Congreso una reforma constitucional puntual con el objeto de crear la figura de la Asamblea Constituyente y así poder convocarla. Para ello,

sin embargo, esta vez no logró el acuerdo político necesario. La crisis política, además, se había agravado, por la incorporación en la propuesta de reforma del tema de la prohibición de la extradición de nacionales, que era entonces sensible por el tema del narcotráfico ("los extraditables") y las imputaciones judiciales efectuadas en los Estados Unidos.

Todo ello complicó todavía más el panorama político, de manera que para diciembre de 1988 el proyecto de reforma constitucional tuvo que ser retirado, y la crisis se agravó, con el signo trágico del asesinato de dos candidatos presidenciales, Luis Carlos Galán y Carlos Pizarro, con lo cual la situación llegó a ser insostenible políticamente.

Ello llevó a que en enero de 1990 se produjera un nuevo intento de realizar un referendo extraordinario mediante un acuerdo, que permitiera una salida para una reforma constitucional, incluso en medio de acuerdos de paz con la guerrilla, todo lo cual fracasó.

Y fue en ese contexto, cuando se produjo una iniciativa de origen estudiantil para la inclusión de la llamada "séptima papeleta," para ser incorporada en el proceso electoral parlamentario y de municipios que estaba previsto para el 11 de marzo de 1990. Hubo, así, una especie de proceso de inducción constitucional forzado, que salió de los estudiantes, para incorporar en dicha elección una papeleta para preguntar al pueblo sobre la asamblea constituyente, como mecanismo de consulta popular dentro de un evento electoral a realizarse.

El tema recibió amplio apoyo, hubo un conteo informal de la voluntad popular, y ello llevó al Presidente a dictar un Decreto No. 927 en mayo del 1990, facultando al órgano electoral para incorporar una papeleta adicional de las elecciones presidenciales del 27 de mayo. La consulta entonces recibió un 86% de votos a favor, quedando demostrado que había una voluntad popular mayoritaria por buscar un cambio constitucional.

El decreto fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia, la cual dictó una extensa sentencia No 59 de 24 de mayo de 1990, en la cual encontró sustento constitucional para el Decreto, declarándolo constitucional, para lo cual interpretó no solo la Constitución sino la gravedad de la crisis política que existía, encontrando sustento sobre la Asamblea Constituyente – dijo -:

> "en las manifestaciones de violencia que continuamente azotan el 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 Constituyente y - sobre todo - en el fundamento de legitimidad que debe tener la organización política."

Consideró, además, la Corte Suprema que era necesario:

> "el fortalecimiento de las instituciones políticas fundamentales para hacer frente a las muy diversas formas de ataque a las que se viene sometiendo la paz pública, y que así lo había entendido la opinión nacional hasta convertirse en un punto de 'clamor popular' que tenía significación política.[…] 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 subvención, han condicionado su reintegro en la vida civil a la realización de la asamblea."

En esa forma, luego de la decisión de la Corte Suprema y de la interpretación constitucional que hizo sobre el tema, el proceso se consolidó, de manera que una vez que fue electo el Presidente Cesar Gavia, éste llegó a un acuerdo político con la participación de absolutamente todos los grupos políticos representados el Congreso, originando el Decreto legislativo No. 1926 de 24 de agosto de 1990, que estableció los temas para la reforma constitucional y la convocatoria de la Asamblea Constituyente.

Este decreto fue también sometido control judicial ante la Corte Suprema, la cual declaró parcialmente nulo su contenido solo en cuanto a los límites impuestos a la asamblea, aceptando de resto la constitucionalidad de la convocatoria a la Asamblea, afirmando en su sentencia No. 138 de 9 de octubre de 190 que:

> "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 de 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."

Así, la Corte "en desarrollo de la racionalidad de reconciliación democrática" declaró constitucional ("exequible") el Decreto No. 1926, "con excepción de su temario restringido."

En esta forma, la Asamblea constituyente colombiana quedó juridificada como órgano constituyente, facultada para reformar la Constitución, habiendo sido elegidos los 70 constituyentes que la integraron en diciembre de 1990; todo, gracias a un consenso político que existió para su convocatoria y composición. En esa forma el país supo asumir el momento constituyente, particularmente después de la sentencia de la Corte Suprema que mediante la interpretación, jugó su rol de guardián de la Constitución en medio de la crisis y del consenso político existente, contribuyendo a que el país pudiera evolucionar posteriormente en una via democrática.

Para ello, como el presidente Cesar Gaviria explicaría años después en Venezuela, justamente en un discurso cuando estábamos en los inicios del proceso constituyente venezolano de 1999, dijo:

> "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 todo el 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."

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

> "Apelamos entonces al mecanismo que fue usado para regresar a la democracia, de 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 incluyó no solo a los partidos tradicionales de Colombia, el liberal y el conservador, sino a las nuevas fuerzas políticas, el Movimiento de Salvación Nacional, el movimiento de la recién desmovilizada guerrilla, el M-19."

En esa experiencia tan importante de Colombia puede decirse que lo que realmente permitió convocar la Asamblea Constituyente como mecanismo democrático para contribuir a recomponer el proceso político del país, fue precisamente el gran pacto político que interpretó y asumió el momento constituyente, y que se materializó entre todos los sectores de la sociedad, que representaban el 96% de los votos.

No fue un mecanismo político para asaltar el poder e imponer una Constitución sin consenso, como ocurrió en Venezuela, Ecuador y Bolivia unos años después. Al contrario, el proceso de elaboración de la nueva Constitución por la Asamblea Constituyente de Colombia, fue producto, completamente, de consensos y dialogo y no de imposiciones por mayorías circunstanciales, lo que confirma su excepcionalidad.

Como lo dijo uno de los constituyentes que participó en la misma, Juan Carlos Esquerra, luego Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana:

> "La Constitución fue hecha casi toda a base de consenso; unos consensos de los que debe comenzarse por destacar - y la historia habrá de hacerlo algún día en mayúscula-, que el instrumento que lo construyó fue el diálogo."

Es decir, que toda la Constitución se hizo por convención, acuerdos y consensos, y no por votación de un grupo para imponer un texto a otro, pues en definitiva fue producto de un acuerdo político total.

De ahí, insisto, la excepcionalidad del proceso colombiano, basado en el tema fundamental del acuerdo político, que demuestra que no puede irse a un proceso constituyente, primero si no existe un momento constituyente, y segundo, si no hay un acuerdo político para asumirlo, es decir, si el país no está convencido del proceso constituyente y si no está inmerso en el momento constituyente que lo provoca. En esa situación, en Colombia, fue que se pudo consolidar la democracia y estabilizar el sistema político, habiendo sido una experiencia que en los últimos treinta años no se ha repetido en nuestro Continente, salvo en Chile en estos últimos años, pero para terminar no aprobando reforma constitucional alguna.

Al contrario del consenso que caracterizó el caso colombiano, lo que hemos visto más bien en América Latina en los últimos lustros ha sido la imposición de un texto constitucional por parte de dirigentes populistas que han asaltado el poder usando para ello, precisamente, una asamblea constituyente con el propósito de perpetuarse en el mismo, como ocurrió en Venezuela, en Ecuador y en Bolivia originando el llamado "nuevo constitucionalismo," y que condujeron en dichos Estados a la destrucción y demolición de todos los principios y sustentos del Estado de derecho

Por ello, alarma constatar cómo en Colombia misma, treinta y cinco años después de aquel proceso constituyente de 1990-1991 signado por su excepcionalidad, hoy se esté ignorando con las propuestas que ha venido formulando el Presidente Gusrtavo Petro, ignorando la Constitución, motivado, entre otros factores , por el hecho de que con el marco constitucional vigente no puede adoptar libremente todas las políticas que quisiera.

La Constitución de Colombia, además de haber declarado la supremacía constitucional en toda su amplitud (art. 4), reguló el ejercicio de la soberanía que reside en el pueblo, indicando que este "la ejerce en la forma directa o por medio de representantes en los términos que la Constitución establece" (art. 3), habiendo así juridificado ambos principios constitucionales, y con ello, el mismo proceso constituyente. Por ello se estableció, por ejemplo, que para el ejercicio de la participación directa mediante consultas populares, se exige que el Presidente de la República para "consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional," necesariamente debe hacerlo "con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado" (art. 104).

Igualmente, la Constitución juridificó el proceso constituyente de reforma constitucional, al prever que la misma puede hacerse por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (art. 374); precisando respecto de la Asamblea Constituyente que para que la mismas pueda ser convocada el Congreso debe aprobar una ley por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, disponiendo que el pueblo en votación popular decida si convoca dicha Asamblea (art. 376). Eso es lo que dice la Constitución de 1991.

Sin embargo, a pesar de ese marco tan preciso, el Presidente Petro, quien no controla el Congreso y no ha logrado que el Senado le apruebe una propuesta de consulta popular para una reforma laboral que ha querido ejecutar; procedió a dictar un decreto (junio 2025) convocando la referida consulta popular, violentando la Constitución, y lo más grave, para justificarlo, comparó su decreto con el dictado treinta y cinco años atrás, por el Presidente Gaviria, convocando la Asamblea Constituyente con base en el antes mencionado Acuerdo Nacional y la interpretación constitucional por la Corte Suprema. Y estas son las palabras del propio presidente Petro:

> "Si tenemos dos decretos presidenciales, el que convocó la Asamblea Constituyente en 1990, cuando la Constitución vigente era la de l886. Y el decreto presidencial, que convoca la consulta popular en el 2025, cuando la Constitución vigente es la de 1991.
>
> La Constitución de 1886 no permitía convocar una constituyente, sino por acto legislativo del Congreso.
>
> La Constitución de 1991, dice que la democracia participativa es eje del Estado y la sociedad, que la soberanía es popular, que hay que construir un nuevo estatuto del trabajo y quela consulta directa al pueblo es permitida.
>
> Entonces el argumento jurídico que usó el expresiadente Cesar Gaviria ante la Corte Suprema de Justicia es el mismo que se entregó por parte de mi gobierno a la Corte constitucional.
>
> Pregunta: ¿Por qué el decreto de Gaviria era bueno y el mío es malo y dictatorial? ¿Acaso ambos decretos no tuvieron como objetivo convocar al constituyente primario y a la soberanía popular?" Gustavo Petrto, @petrogusstavo, cuenta X)

Esto está pasando hace solo un mes, en junio 2025, habiéndosele olvidado a muchos la diferencia abismal entre la situación de 1991 y la de 2025: entonces en 1991 hubo un acuerdo global y un consenso político para la convocatoria de la Asamblea, y que en 2025, lo que se está tratando de imponer al país es un propuesta sin acuerdo ni consenso alguno.

En todo caso, ante esta argumentación, ha habido todo tipo de reacciones, habiendo el propio expresidente César Gavilla, citado por Petro, dicho lo siguiente:

> "El artículo 104 de la Constitución es claro al exigir como requisito indispensable para dictar un decreto de consulta que el Senado emita un concepto y que este concepto sea favorable. Es un requisito previo y necesario que el Gobierno no puede soslayar. Así lo establece la Constitución, precisamente para evitar que un presidente crea que puede hacer lo que le venga en gana, como si Colombia fuera una dictadura." (Semana 15 junio 2025, p.32)

El Decreto del Presidente Petro, es una pieza "jurídica" que vale la pena estudiar detenidamente: tiene 32 páginas, redactado como si fuera un "dictamen jurídico," y solo dos artículos sustantivos: uno convocando la consulta popular para la cual no obtuvo el acuerdo favorable del Senado, y otro, nada menos que "desaplicando" el acto dictado por el Senado negando el concepto, por "inconstitucional," como si fuera un órgano judicial.

Dice el artículo 1 del Decreto:

> "Excepción de inconstitucionalidad: Con fundamento en lo previsto en el artículo 4 de la Constitución, inaplicar por inconstitucional el acto mediante el cual el Senado de la república, es sesión del 14 de mayo de 2025, decidió dar concepto desfavorable frente a la consulta popular del orden nacional, solicitada por el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, el 1 de mayo de 2015,"

Sobre el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de los actos estatales, que en mi criterio solo puede corresponder a los órganos del Poder Judicial, por el Presidente de la República, el expresidente de la Corte Constitucional Humberto Serra Porto expresó:

> "Que el presidente haya utilizado la figura de la excepción de inconstitucionalidad es una comprensión equivocada y anómica de las competencias de los funcionarios estatales. Solo puede dejar de cumplirse o desconocerse, mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad, la decisión del Senado, cuando así lo ordenen los jueces, bien sea por nulidad o por suspensión provisional." (*Semana* 14 junio 2025, p. 33).

El decreto del presidente Petro, por supuesto, fue impugnado ante el Consejo de Estado y el 18 de junio de 2025, y dicho alto Tribunal dictó una medida cautelar suspendiendo los efectos de la convocatoria a la consulta, constatando, en todo caso que efectivamente con la convocatoria efectuada se había violado en artículo 104 de la Constitución al no haber acuerdo favorable del Senado.

¿Y cuál fue la consecuencia? El presidente Petro, al no poder hacer la consulta popular, lo que ofreció, o amenazó, fue convocar una Asamblea Nacional Constituyente por iniciativa popular, sin ley aprobada por la mayoría de las dos Cámaras como lo exige la Constitución, lo cual fue respaldado por el Ministro de Justicia, Eduardo Montealegre, apelando así, a una supuesta prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional, y así proceder a "rediseñar" el marco constitucional de Colombia e imponer reformas sin acuerdo político.

Todo, lamentablemente en mi criterio siguiendo las mismas manifestaciones del populismo constitucional que se produjeron en Venezuela, Ecuador y Bolivia, donde líderes populistas que se dijeron no solo ser representantes del pueblo, sino la voz del pueblo, procediendo a usurpar

su voluntad y en su nombre, convocar una Asamblea Constituyente al margen de las previsiones constitucionales, identificando así ,erróneamente, la soberanía popular con la mayoría expresada en unas elecciones. Recuérdese incluso que en esos casos, por ejemplo, Hugo Chávez en Venezuela en 1998, basó su campaña electoral, íntegra y exclusivamente, en la "oferta política" de convocar una Asamblea Constituyente.

Ello hace recordar lo expresado en la Opinión Consultiva OC 20/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el tema de la reelección presidencial en América Latina, emitida precisamente a solicitud de Colombia, rechazando la pretensión de "identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas," diciendo que ello "es insuficiente para atribuir a un régimen carácter democrático," el cual necesariamente exige "la institucionalización del poder político, sujeto a limites jurídicos y sometido a un conjunto de controles,"

Un funcionario electo, por tanto, no puede por ello apelar a la mayoría que lo eligió para imponer su voluntad sin ajustarse a la Constitución, pues toda manifestación de la soberanía popular debe efectuarse en el marco de la Constitución.

Todo esto lo que me hace es recordar lo que ocurrió hace 213 años cuando se inició la independencia de nuestros países de América Latina; proceso que se montó sobre los principios fundamentales del republicanismo y de la democracia que estuvieron a la base de la constitución de los Estados, juridificando el Poder Constituyente. La muestra, para este recuerdo, está en el texto de la primera Constitución de Venezuela y de la América Hispana de 1811, en la cual se incluyeron tres artículos que en si mismos son una historia:

El artículo 144, que dice:

> "La soberanía de un país, o supremo poder de regular y dirigir equitativamente los intereses en la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados y representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución."

Y el artículo 145, que dice:

> "Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inenajenable, indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del Gobierno si no la ha obtenido por la Constitución."

Y el artículo 227 que dice:

> "La presente Constitución, las leyes que en su consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la

> autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación y las autoridades y habitantes de las Provin-cias, estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción."

Allí está el origen del constitucionalismo latinoamericano, que en mi criterio siempre tenemos que recordar cuando pensamos en procesos constituyentes.

III. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA DE 1999

En contra de lo allí escrito, sin embargo, lo que hemos estado presenciando en Colombia en estas semanas, no es otra cosa que la repetición, 25 años después, del proceso de populismo constitucional que se desarrolló en Venezuela a partir de 1998 y que originó la Constitución de 1999, que no fue producto de ningún acuerdo político ni de consenso o mayoría alguna, sino que fue impuesta por un grupo político que asaltó el poder comandado por Hugo Chávez Frías, sobre la sociedad entera.

Sobre el tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente en Venezuela se había venido discutiendo desde 1992, precisamente a raíz del intento de golpe de Estado que el mismo Chávez comandó contra el presidente carlos Andrés Pérez. A raíz de ello, como manifestación de la crisis terminal del sistema de partidos, muchos pensamos en que la solución a la misma, para recomponer el sistema político democrático, estaba en la convocatoria de una asamblea constituyente para rlo cual sin embargo, era necesario reformar puntualmente la Constitución para regularla, ya que dicha institución no estaba prevista en su texto.

Yo personalmente hice la propuesta, y abogué por ello, púbicamente, y se lo planté a los partidos políticos, al presidente Pérez y luego al Presidente Rafael Caldera, y a las Cámaras del Congreso, insistiendo en ello durante el tiempo que ejercí la presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a partir de 1997. Desde esa posición, teniendo la posibilidad de expresión, pude la posibilidad de realizar todas estas actividades a título personal, y de oponerme, igualmente, a la propuesta de Chávez de convocar una Asamblea Constituyente sin que se la regulara previamente en la Constitución, como era su propuesta.

Después de un arduo debate público, en el cual los partidos políticos tradicionales se inhibieron de participar, la Asamblea Constituyente de Venezuela de 1999, fue efectivamente impuesta y convocada por el señor Hugo Chávez, a pesar de que el movimiento político que lo respaldaba, en la elección parlamentaria de noviembre de 1998, un mes antes de su elección como presidente en diciembre de 1998, de los 207 diputados a la Cámara de

Diputados solo había obtenido una representación de 35 diputados, es decir, una representación equivalente al 16% de los curules, lo que era una absoluta minoría; y él mismo, en diciembre de 1998, fue electo presidente, en una campaña electoral cuyo único tema fue convocar una Constituyente, con solo un 30% de votos. Con tal minoría de representantes y de votación en comparación con lo obtenido por los partidos democráticos, por supuesto no podía promover reforma constitucional alguna conforme a la Constitución de 1961.

Sin embargo, ante la abstención del Congreso recién electo de asumir el proceso constituyente que el país necesitaba, Chávez ya electo presidente, hizo convocar la Asamblea Constituyente como él quiso, electa mediante un mecanismo solo diseñado por el propio Poder Ejecutivo, lo que le permitió en julio de 1999, elegir 125 constituyentes de los 131 que conformaron la Asamblea.

Con ello, manejando una minoría convertida en mayoría circunstancial, asaltó el poder e impuso un proyecto político autoritario al resto del país, logrando lo contrario de lo que debió haber sido entonces una reforma de la Constitución que debía haber sido el resultado de la imposición de la voluntad de una facción política sobre otras, sino de un consenso político que pudiera permitir calificar la constitución como un pacto político.

Nada de eso se logró, y luego de una ambigua interpretación constitucional emitida por la Corte Suprema de Justicia, en Venezuela se inició lo que luego se extendió en América Latina con el nombre de "nuevo constitucionalismo," que no fue otra cosa que la manifestación más clara del populismo constitucional, caracterizado por la convocatoria de asambleas constituyentes sin apoyo de la Constitución, y sin acuerdo político general, apelando a un supuesto apoyo popular emergente, basado en una consulta o referendo popular, con el resultado final de que no fueron procesos para consolidar la democracia, sino procesos, muy contrariamente, para asaltar el poder y acabar con la democracia. Y ese ejemplo de Venezuela se siguió luego, tal cual, conforme a la misma receta, en Ecuador y Bolivia.

Y esa receta fue también, hay que recordarlo y decirlo, llevada de la mano de unos "nuevos adelantados" españoles que 500 años después del Descubrimiento vivieron a América con esa idea de que bastaba con apelar al poder popular, o a una asamblea supuestamente producto de la soberanía popular, sin importar lo que dijera la Constitución, para cambiarla. Ello fue lo que un grupo de asesores españoles, profesores de la Universidad de Valencia, vinieron a "vender" en nuestros países, y a pesar de todos los monumentales fracasos de su experimento, siguen apareciendo en estas costas cada vez que hay movimientos constituyentes. Así aparecieron en 1998 en Venezuela, convencieron a Chávez y se hizo el proceso constituyente en contra de lo que regulaba la Constitución, y con la misma idea fueron luego

a Ecuador y luego a Bolivia. Y todos tenemos a la vista el resultado del experimento populista, y como destrozó la institucionalidad en esos países.

Uno de ellos profesores, Rubén Martínez Dalmau, al referirse en 2019 al caso de Venezuela, dijo precisamente,

> "La punta de lanza del programa que presentó Hugo Chávez para las elecciones presidenciales de l998 fue, si el pueblo es soberano, el pueblo puede decidir en un referendo avanzar hacia un proceso constituyente democrático, o mantener la vigencia de la Constitución de 1961."

O sea, el juego con el mismo dilema antes mencionado entre supremacía constitucional y soberanía popular, imponiendo para el caso de Venezuela un referéndum constructivo no previsto en la Constitución para reformas constitucionales, y solo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio para consultas sobre asuntos de interés nacional.

Y así, la Asamblea Constituyente se convocó luego de una sentencia ambigua de la Corte Suprema de Justicia dictada en enero de 1999, bajo toda la presión política imaginable, y de la convocatoria decretada por Chávez en febrero del mismo año, a su manera, para que el pueblo expresara su opinión sobre si debía o no convocarse dicha asamblea. Un referéndum consultivo que no fue producto de ningún Acuerdo político nacional global, ni involucró a todo el país, habiendo votado en el mismo algo más del 50% de los electores, y de estos solo un 30% respaldó la iniciativa. La Asamblea Constituyente fue, así, impuesta por Chávez y su grupo, y con unas bases comiciales que solo él estableció, mediante las cuales aseguró el control total de la Asamblea por su propia logia militar. Y con ello, lograron ejecutar el mismo asalto al poder que habían intentado en su fracasado golpe siete años antes, pero esta vez usando métodos democráticos.

La misma receta ideada por los adelantados españoles la llevaron ellos mismos luego, a partir de 2007 a Ecuador y Bolivia, siendo implementada con similares características por Rafael Correa y Evo Morales, quienes fueron convencidos de que la vía de la convocatoria de una Asamblea Constituyente "transformadora" al margen de la Constitución, directamente activada por el pueblo, era la vía fácil de asaltar y apoderarse del poder, para introducir rápidamente cambios políticos, incluso arropados con la engañosa consigna de la "democracia participativa" para sustituir a la democracia representativa. La iniciativa fue tan de ellos, que cuando uno analiza la bibliografía de estudios constitucionales sobre esos procesos, realmente está escrita por ellos.

Eso sí, el producto de esos procesos fueron constituciones floridas, llenas de declaraciones sobre todos los principios imaginables y de supuestos "derechos" que no son más que deseos, y que, por ejemplo, en el caso de Venezuela, lo que originaron es una Constituciones de mentira, que nadie cumple, y que comenzó a ser violada, luego de aprobada en referendo, antes de ser publicada. Esa situación trágica me recuerda aquella expresión de Piero

Calamandrei respecto del fascismo, de haber estado montado sobre "una indisciplina autoritaria, de una legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada y del fraude constitucional," como quedó demostrado en la elección presidencial de julio de 2024, que fue que fue totalmente secuestrada por las instituciones del Estado, y "legal" y "judicialmente" burlada.

La consecuencia de aquella ruptura inicial con la Constitución ocurrida en Venezuela en 1999, puede decirse, como lo expresó el Papa Benedicto XVI en una extraordinaria reflexión jurídica que hizo en 2011 en un discurso ante el Parlamento federal Alemán en Berlín, remembrado la devastación del nazismo y el desmontaje de la República de Weimar, es que

> "Hemos experimentado cómo el poder se separó del Derecho, se enfrentó a él; cómo se pisoteó el Derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del Derecho…."

Esto fue lo que ocurrió con el nazismo, y lo que también ha ocurrido en nuestros países en particular en Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Por todo ello, de estas experiencias, si hay algo que uno debe tener claro es que hay que cuidarse de los cantos de sirena que llaman a la soberanía popular para enfrentarse a la Constitución; y más aún, cuidarse de los naufragios ya acaecidos y conocidos; debiéndose rechazarse toda idea de promover un proceso constituyente montado sobre esa idea de la convocatoria directa al pueblo, que no es otra cosa sino populismo constitucional, para que apruebe un proceso de expedición de una nueva Constitución o reforma de la existente, sin trámite previsto en la Constitución.

Por eso hay que alarmarse, por ejemplo, con las propuestas formuladas el mes pasado en Colombia de convocar una asamblea constituyente y que se pretenda ignorar la catastrófica consecuencia del populismo en los últimos 20 años en otros países, solo porque las propuestas no hayan tenido un tránsito pacífico en el Congreso.

Ahora, refiriéndonos al caso de Venezuela en 1999. ¿qué fue lo que ocurrió para que se instalara el populismo en a finales del siglo pasado, en un país que tenía una de las democracias más admiradas del continente, con un sistema democrático alternativo que se había desarrollado desde 1958? El sistema, sin duda, para finales de los noventa estaba en una situación de crisis de legitimidad producto a su vez de la crisis de los partidos políticos, que se olvidaron de la democracia.

La democracia requiere cuidado y atención. Es como las plantas: hay que atenderlas, hay que abonarlas, hay que podarlas, hay, incluso, que hablarles. Si esto no se hace igual con la democracia, cae en el olvido, como algo ganado que no hay que atender, y eso fue lo que en nuestro país originó la crisis, que afectó al Estado, a la sociedad, al sistema político, y provocó el intento de golpe de estado militar, que comandó Hugo Chávez en 1992.

De ese primer signo grave de la crisis, como decía anteriormente, surgió la necesidad ineludible de recomponer el sistema político venezolano, e incluso, yo mismo propuse, pocas semanas después del golpe de Estado fallido, la idea de la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente para ello, estableciéndola y regulándola mediante una reforma puntual de la Constitución. Planté que, para ello, los partidos políticos, como constructores que habían sido de la democracia, tenían la obligación de asumir un nuevo pacto político, para de asumir de nuevo el proceso de reestructurar el sistema político con un gran acuerdo nacional.

Sin embargo, lo cierto fue que los partidos no se dieron por enterados de la crisis que ellos mismos habían originado y en la cual estaban inmersos. No entendieron la gravedad de esa crisis y por eso, una vez que al golpista Chavez le fue sobreseída su causa por la sublevación militar, se lanzó en una campaña para sustituir a los partidos con una sola propuesta política, que fue la de convocar una Asamblea Constituyente que no estaba regulada en la Constitución.

Me enfrenté a la propuesta estimando que con una consulta popular como lo planteaba Chávez no se podía dar al traste con la Constitución, siendo ello la apertura del camino a la anarquía.

Buscando dilucidar el dilema recurrente entre soberanía popular y supremacía constitucional que resultaba de las dos posiciones, se intentaron sendos recursos de interpretación ante la Corte Suprema de Justicia, del artículo de la Ley Orgánica del Sufragio que regulaba el referéndum consultivo (como mecanismo de participación ciudadana directa para conocer la opinión de la población sobre asuntos de interés nacional), para poder determinar si se podía convocar o no una asamblea constituyente mediante una consulta popular o consultiva..

Se solicitó así a la Corte Suprema la interpretación de la Ley de sufragio formulándosele dos preguntas. Primero, si se podía convocar a un referéndum consultivo sobre el tema de la asamblea constituyente; y segundo, si era necesario o no reformar la Constitución que regulara la Constituyente antes de poder convocar la Asamblea. Ese, en definitiva, fue el debate que se planteó durante toda la campaña electoral de 1998, y era el mismo dilema entre soberanía popular y su supremacía constitucional que tenía que resolver la Corte Suprema.

La Corte Suprema fue sometida por Chávez, ya electo Presidente, a toda suerte de presiones, habiendo dictado finalmente sentencia en enero de 1999, en la cual, sin embargo, no resolvió constitucionalmente el dilema que tenía planteado. De las preguntas solo respondió una, que era la que planteaba si se podía convocar una consulta popular para conocer la opinión sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, es decir, si el pueblo quería o no una constituyente; siendo la respuesta positiva, obviamente.

Pero la segunda pregunta que era la más importante y esencial constitucionalmente, sobre si había que reformar la Constitución para poder convocar la Asamblea Constituyente, la Corte no la respondió y nada dijo expresamente. La sentencia solo dijo, de pasada que realizado el referendo serían los órganos del Poder Público los que diseñarían los mecanismos de convocatoria y operatividad de la Asamblea Constituyente, que fue como no decir nada en medio del conflicto dilemático; y con ello lo que produjo fue lo que Alessandro Pace calificó como "la muerte de una Constitución."

La ausencia de respuesta judicial, la suplió la prensa, en el sentido de que al día siguiente de haberse dictado la ambigua sentencia, titulares completos de la prensa explicaron que después de la sentencia de la Cortese podía convocar la Asamblea contribuyente sin reformar la Constitución. Y con ello, la discusión se acabó. Nadie más pensó en el tema ante la avalancha de la opinión pública, pasando la discusión más bien a cómo convocar la Asamblea.

Y solo pasó una semana para que Chávez, el mismo día que tomó posesión de la Presidencia, decretara la convocatoria de una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente, buscando incluso que se le asignara a él la definición del estatuto y bases comiciales para elegir la Asamblea.

Con ello, la discusión jurídica pasó a otro nivel, de manera que impongamos el decreto del presidente, en paralelo a otras impugnaciones, y se logró su anulación parcial, para obligar al presidente a someter a consulta popular las bases comiciales para la elección de la Asamblea, evitando así su propuesta de que se le autorizara que él, cómo pretendía inicialmente, cómo se iba a elegir la Asamblea y qué forma iba a funcionar.

El Presidente entonces se vio obligado a reformular el decreto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, y someterle a consulta popular lo que se llamaron las bases comerciales para la elección de la misma, y otros elementos de su estatuto. Y entre las bases comerciales que incluyó en el nuevo decreto, se indicó que la Asamblea constituyente tendría un "poder constituyente originario."

Ello fue de nuevo impugnado ante la Corte, porque conforme a las sentencias de enero, la decisión de la Corte era que la Constituyente funcionaría en el marco de la Constitución de 1961 hasta que se sustituyera por la nueva que se dictase, lo que impedía que la Asamblea pudiera ejercer poder constituyente originario alguno. La Corte Suprema, de nuevo, anuló parcialmente el Decreto, eliminándose de las bases comiciales el supuesto carácter de poder constituyente originario que se había pretendido atribuir a la Asamblea. Para ello, la Corte en su sentencia dijo claramente:

> "lo novedoso - y por ello extraordinario - del proceso constituyente venezolano actual, es que él mismo no surgió como consecuencia de un suceso fáctico (guerra civil, golpe de estado, revolución, etc.), sino que,

> por el contrario, fue concebido como un "proceso constituyente de Iure," esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano."

Y así se efectuó el referendo consultivo, de nuevo, con alta abstención, y la aprobación en definitiva de algo más de un tercio de la totalidad de los electores inscritos. Luego vino la elección de los constituyentes en julio de 1999, habiéndose electo 131 miembros, de los cuales solo cuatro, como independientes (uno de los cuales fue quien les habla), y el resto en las listas formuladas por el presidente Chavez.

En la primera sesión de la Asamblea en agosto de 1999, la misma, ignorando lo resuelto por la Corte Suprema, se declaró a sí misma como asamblea constituyente originaria, a lo que me opuse, salvando mi voto.

Argumenté que la Asamblea Constituyente electa, no podía tener carácter de poder constituyente originario, pues incluso, utilizando la propia expresión de las bases comerciales, la asamblea estaba sujeta a los siguientes límites: su misión era transformar el Estado y sancionar una nueva Constitución, siguiendo la Constitución de 1961 vigente hasta la aprobación de la nueva Constitución, estando su tarea sujeta a los valores y principios democráticos y republicanos, que se enumeraban así en la base comicial octava: los valores y principios de nuestra historia republicana, es decir, el principio del republicanismo, que impide pensar en eliminar por ejemplo la república como forma de organización del poder del Estado; el principio de la democracia representativa como garantía y como derecho, de manera que el gobierno solo puede estar formado por representantes electos mediante sufragio; la supremacía constitucional; la separación de poderes y la distribución territorial del poder; la independencia del poder judicial; y la garantía de los derechos fundamentales del hombre y su carácter progresivo.

Sin embargo, a pesar de que la Asamblea Constituyente se hubiera declarado como poder constituyente originario, sin límites, lo cierto es que el tal carácter originario solo se usó para justificar la decisión de la Asamblea de intervenir los poderes públicos constituidos, en particular del poder judicial. Con ello, la Asamblea, a través de una Comisión, destituyó a todos los jueces y desde entonces, desde hace 25 años en Venezuela, en el país solo hay jueces interinos, quedando como letra muerta lao dispuesto en la Constitución que la misma Asamblea aprobó, sobre la carrera judicial y el ingreso a la misma mediante concursos que nunca se hicieron. Al contrario, todos los jueces son temporales y, por tanto, sujetos al poder. Entre los efectos más catastróficos que apuntaron al fin del Estado en Venezuela, fue ese poder judicial y con ello el desmantelamiento progresivo de la institucionalidad en el país.

Después de breves meses de discusión, la nueva Constitución fue aprobada por la Asamblea y sometida a referendo aprobatorio que se efectuó el 15 de diciembre de 1999, pero solo para comenzar a ser violada incluso

desde una semana antes de su publicación, por la propia Asamblea Constituyente "originaria" que como tal, dictó un "decreto de transición" del poder público, para cesar totalmente a los poderes constituidos, excepto el Presidente de la República, y suspender *sine die* la completa vigencia de la Constitución recién aprobada.

Ello fue particularmente grave con los nombramientos de los nuevos poderes públicos, sin cumplir con las condiciones y requisitos que la nueva Constitución venia de establecer, en particular, los magistrados del Tribunal Supremo y llos miembros del Consejo Nacional Electoral.

En definitiva, la Constitución de 1999 nunca se aplicó ni se ha aplicado total y cabalmente, primero por disposición de la Asamblea Constituyente que la sancionó; y posteriormente, por lasviolaciones constantes a la misma, que nadie controla; porque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en lugar de controlar la constitucionalidad de los actos estatales, fue convertida en el principal instrumento para asegurar la mutación de la Constitución y amparar sus violaciones.

Y todo, como consecuencia de un proceso constituyente realizado sin el acuerdo político de todo el país, sin que fuera el resultado realmente un pacto político que respondiera a la necesidad de todo el país; sino que más bien sirvió para que un grupo mediante instrumentos de populismo constitucional asaltara el poder, y buscara imponerse sobre la totalidad de la sociedad.

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR DE 2007.

El mismo esquema de populismo constitucional se siguió en Ecuador, en un proceso constituyente realizado sin consenso político, similar al de Venezuela, y con un resultado similar que todavía no han logrado superar del todo, a pesar del cambio político de hace dos años.

En 2007, Ecuador estaba sumido en la misma situación de crisis del sistema político, como la que se presentó en Colombia en 1990 y en Venezuela en 1998, con la misma situación de crisis de los partidos políticos y de gobernabilidad, que imponían la necesidad de la recomposición del sistema político, habiéndose planteado también la propuesta de convocar una asamblea constitucional para ello, la cual sin embargo, tampoco estaba prevista la Constitución de 1998.

El Presidente recién electo Rafael Correa siguió exactamente la misma recta que se había aplicado en Venezuela, con los mismos asesores españoles, planteando la necesidad de convocar una asamblea constituyente a pesar de que no estaba prevista en la Constitución, para lo cual al tomar posesión de su cargo, emitió un Decreto convocando una consulta popular con la pregunta al pueblo de si aprobaba que se convocara e instalase una asamblea constituyente "con pleno poderes para transformar del marco institucional del Estado y elaborar una nueva Constitución."

En Ecuador, como había ocurrido en Venezuela, la figura de la consulta popular no estaba prevista en la Constitución, y solo se regulaba en la ley del sufragio, como el caso de Venezuela, en la cual (artículo 104) se decía que solo se podía invocar cuando se tratase de cuestiones de trascendental importancia para el país, como el caso referendo constitutivo en Venezuela), pero con un importante agregado en Ecuador y es que se indicaba que esas cuestiones de trascendental importancia tenían que ser "distintas a las reformas constitucionales."

El Presidente al dictar su decreto N°. 2 del 15 de febrero de 2007, sin embargo, todas las preguntas que formuló para la consulta tenían el objetivo precisamente de crear un nuevo mecanismo de reforma constitucional. Es decir, se usó una norma que expresamente decía que no podía referirse a reforma constitucionales, para crear un mecanismo para hacer una reforma constitucional; de manera que con la consulta, de hecho, se estaban reformando los artículos 280 a 284 de la Constitución. De nuevo, el juego de la dicotomía entre soberanía popular y supremacía constitucional.

Ese decreto del presidente fue amplísimamente debatido desde el punto de vista jurídico habiendo dado origen a más de veinte conflictos institucionales, sobre los cuales se puede hacer un breve recuento como descripción del proceso constituyente en Ecuador de 2007, que bien podríamos calificar de vicisitudes de un proceso mal concebido y mal implementado, que evidencia cuál fue el nivel de traumatismo que originó la asamblea convocada al margen de la Constitución.

Primero, el presidente y el Tribunal Supremo Electoral. El presidente remitió al Tribunal Supremo Electoral el Decreto N°. 2 del 15 de febrero, el Estatuto Electoral y la consulta, pues dicho órgano era el encargado de organizar y realizar la consulta. El presidente del Tribunal Electoral expresó que no le correspondía al órgano calificar la constitucionalidad del Estatuto de la Asamblea, sino la viabilidad para ejecutar la consulta; originándose así un debate en el país, sobre cuál era el órgano competente para aprobar el Decreto presidencial, el Estatuto y la consulta.

Segundo, el Tribunal Supremo Electoral y el Congreso. El Tribunal Electoral decidió enviar los documentos al Congreso para que fuera esta función del Estado la que resolviera la convocatoria a una consulta popular en la que el pueblo decidiera la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Expresó entonces, que le tocaba al Congreso Nacional resolver la decisión del organismo electoral, advirtiéndose que el Tribunal había suspendido la sesión por falta de garantías, es decir, por falta de normalidad y seguridad después de incidentes provocados por manifestaciones callejeras en los alrededores de la entidad.

Tercero, rechazo por el Presidente contra el Tribunal Superior Electoral. Al día siguiente, 24 de enero, el Presidente Correa, en una rueda de prensa, rechazó que el Tribunal Supremo Electoral se reuniera

clandestinamente para enviar el estatuto de la Asamblea Constituyente y la propuesta de consulta popular al Parlamento Nacional para su aprobación, acusando a los vocales del Tribunal Supremo Electoral, de haber decidido "escondidos en un hotel", considerando que "rompiendo la Constitución", habían decidido "pasar la consulta popular, que le ordenamos realizar, al Congreso Nacional".

Cuarto, El Presidente reforma el decreto sobre la Asamblea constituyente. El Presidente, sin embargo, decidió emitir un nuevo decreto, reformando el inicial, acordando enviarlo entonces al Congreso, donde el 29 de enero se comenzó a estudiar el tema. Y en el debate, por supuesto, se formularon posiciones encontradas, de manera que, por ejemplo. el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que estudiaba el asunto consideró "como inconstitucional a la referida consulta popular y al estatuto para la Asamblea Constituyente", pues para "pretender reformas a la Carta Política, la única vía es el Congreso Nacional".

Quinto, la amenaza de crear un nuevo Tribunal Supremo Electoral. En la misma fecha el vicepresidente de la República afirmaba que se había agotado el diálogo con los congresistas y miembros del Tribunal Supremo Electoral sobre la convocatoria a una consulta para instituir una Asamblea Constituyente, y además anticipaba que el Ejecutivo "crearía un Tribunal Electoral ad hoc si hasta el jueves 1 de febrero el TSE no organiza la consulta popular". Ello fue calificado por el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales como una "violación flagrante a la Constitución y sería un hecho de facto que rebasaría lo poderes del Presidente de la República y nos encontraríamos en un poder dictatorial."

El 30 enero reseñaba la prensa sobre los miles de personas concentradas ante la sede del Congreso, en Quito, para exigir la convocatoria a una consulta popular sobre una Asamblea Constituyente de plenos poderes, que redacte una nueva Carta Magna.

El 3 de febrero el Presidente de la República, en relación con las discusiones en el Congreso, advertía que el gobierno no aceptaría cambios traumáticos al estatuto de la Constituyente, ni condiciones de la partidocracia, alertado que, si el Congreso persistía en trabar la celebración de la consulta, "llamaría nuevamente a la ciudadanía a salir a las calles para que defendiera su derecho a cambiar el país como soberano. La población ya dio muestras de que no está dispuesta a aguantar más abusos y aclaró que no se ha sembrado vientos para cosechar tempestades, sino ciudadanía para cosechar más democracia."

Uno de los temas centrales en el debate parlamentario fue el de los plenos poderes que se querían atribuir a la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto 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, sin modificar el marco institucional del Estado y respetar las instituciones y poderes constituidos,

Sexto: Nueva amenaza del Presidente sobre Tribunal Electoral ad hoc. El 12 febrero el Presidente de la República, ante la falta de decisión del Congreso, anunciaba que, si no se decidía el asunto perentoriamente por el Congreso y el Tribunal Supremo, "se organizará un tribunal electoral Ad hoc que organice el referéndum", insistiendo en que no cedería sobre el tema de los "plenos poderes" que se quería eliminar "para no poner en peligro a la partidocracia".

Séptimo: Aprobación de la consulta con cambios por el Congreso. 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.

En particular, resolvió calificar "de urgente la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva constitución, respetando la voluntad popular expresada en las urnas,.

Los legisladores, además, incorporaron al artículo 1 del Estatuto de la Asamblea que se refiere a su naturaleza y finalidad, el siguiente inciso:

> "La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución entrarán en vigencia con la aprobación, en referéndum, de la nueva Constitución".

Octavo: Rechazo por parte del Presidente. 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.

De igual forma, el Presidente de la República consideró, que era "necesario reconocer que el poder constituyente trabaja en base a que la soberanía radica en el pueblo", y, asimismo, el 18 de febrero, además, precisaba que "para el Gobierno, la consulta está en el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y no en el Congreso Nacional."

Noveno: Nuevo decreto consolidado del Presidente y su envío al Tribunal Supremo Electoral. En el Tribunal Supremo Electoral se pensaba que el Presidente debía dictar un nuevo Decreto, y que él había tomado la iniciativa de la convocatoria a la consulta popular con el decreto N° 2, que luego reformó con el Decreto N° 54, y que "ahora también deberá reformarlo

si es que así es el caso, tomando en cuenta las sugerencias del Congreso Nacional." En consecuencia, el 27 de febrero, 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.

En cuanto al Estatuto, en particular respecto del artículo 1º del mismo, el texto aprobado para ser sometido a la consulta popular fue el 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.
>
> La transformación del marco institucional del estado y la nueva Constitución, sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

Décimo: El Tribunal Supremo Electoral convoca la consulta. En los antes mencionados términos fue convocada la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente por el Tribunal Supremo Electoral, lo cual fue saludado por el Presidente de la Republica quien agradeció a dicho Tribunal, en especial a su Presidente, por haber dado paso a la convocatoria "desobedeciendo las instrucciones y amenazas del partido que lo auspició, cumplió su responsabilidad con el país y con la historia".

Décimo primero: Reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral, En cambio, en el Congreso, una mayoría de diputados ya anunciaba sanciones contra el Presidente del Tribunal Supremo Electoral por desconocer las decisiones del Congreso y no haber reenviado el texto de la convocatoria a la consulta popular a su consideración. Frente a ello, el Presidente de la República expresó su solidaridad con el presidente del Tribunal Electoral frente a las sanciones anunciadas, considerando que la llamada mayoría parlamentaria estaba "aplastando no solo al Congreso, sino a la Patria entera".

Décimo segundo: El Congreso busca la destitución del Presidente del Tribunal Electoral. El mismo 2 de marzo, en el Congreso se pedía a su Presidente que convocara una sesión extraordinaria con el objetivo de destituir al presidente del Tribunal Supremo Electoral, por haber "traicionado la Constitución" al aprobar el estatuto reformado para integrar la Asamblea Constituyente, enviado por el Ejecutivo para viabilizar la consulta popular.

Ello provocó la inmediata reacción del Tribunal Supremo Electoral, donde entre otros factores se consideró la entrada en vigencia, el mismo día

1º de marzo, de la nueva Ley de Elecciones que impediría la remoción sugerida dado el carácter de autoridades máximas de lo electoral que tenían. Además, el presidente del Tribunal Supremo Electoral anunciaba que "nada ni nadie" podía interrumpir el período electoral, considerando los cargos de los miembros del Tribunal como intocables, una vez que entró en vigencia la Ley de Elecciones. Otros miembros del Tribunal advirtieron que quien se opusiera al proceso electoral sería sancionado con "la destitución del cargo y el levantamiento de sus derechos políticos."

Conforme a ello, el Congreso resolvió el 6 de marzo de 2007 con el voto de 52 de los 73 legisladores, declarar la pérdida de calidad de representante de Presidente del Tribunal Electoral, como lo declararon varios legisladores, "por haber incumplido con los mandatos constitucionales y políticos asignados", considerándose que el Estatuto Electoral modificado debió ser remitido nuevamente a consideración del Congreso para su análisis, "para asegurar la legitimidad, legalidad y constitucionalidad del proceso electoral". Es decir, el Congreso decidió reemplazar al Presidente del Tribunal Supremo Electoral por haber dicho órgano convocado una consulta popular "sin que el Parlamento conozca el texto del estatuto de la Asamblea Constituyente enviado por el Ejecutivo". Uno de los legisladores declaró que "al aceptar la calificación de urgente de la consulta sobre la base del artículo 283 de la Constitución, el régimen reconoció la potestad del Congreso para resolver el tema, por lo que al cambiar el estatuto tenía que ponerlo nuevamente en consideración de los diputados."

El 7 de marzo, además, el Congreso aprobó iniciar un juicio político en contra de los cuatro vocales del Tribunal Electoral que aprobaron la convocatoria de la Consulta Popular, designando además el reemplazo del Presidente.

Décimo tercero: El Congreso demanda ante Tribunal Constitucional la decisión del Tribunal Supremo Electoral. El Congreso, el 2 de marzo, había aprobado con el voto de 58 legisladores de 71 presentes, demandar ante el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de la convocatoria de Consulta Popular realizada ayer por el Tribunal Supremo Electoral. Se consideró que el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Electoral, "no siguió el procedimiento correcto" señalando que el Gobierno debió haber enviado el estatuto al Congreso para su calificación previa, ya que no se trata de una codificación, ya que el decreto tuvo varias modificaciones, lo que implicaba que se trataba de un nuevo documento.

Décimo cuarto: Reacción del Presidente contra el Tribunal Constitucional. Sobre la demanda de inconstitucionalidad que preparaba el Congreso, el Presidente de la República el 6 de marzo ya declaraba que la misma no cabía, y que la misma 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."

Décimo quinto: Reacción del Tribunal Constitucional contra el Presidente: 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 y adujo ese criterio al carácter "jovial, impulsivo y extrovertido" del Primer Mandatario esperando "que se trate de una broma, caso contrario dijo que sería mejor cerrar las puertas de todo lo que no sea Presidencia de la República".

Décimo sexto: El Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso y el Tribunal Constitucional. Por su parte, antes de que el Congreso adoptara su decisión de demandar, en el Tribunal Supremo Electoral se amenazaba con la destitución del diputado "si llegara a firmar el trámite de la demanda para impedir la consulta popular"; y el 6 de marzo, el presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba 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." Agregaba, 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."

Décimo séptimo: El Tribunal Supremo Electoral ante la Corte Suprema de Jusrticia contra el Congreso. La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso no se hizo esperar, y para el 7 de marzo comenzaba a analizar los efectos jurídicos de la resolución adoptada por el Congreso Nacional en la que se daba por destituido al Presidente del Tribunal, sin descartar abrir expedientes para todos los 52 congresistas que votaron a favor de la destitución del Presidente del Tribunal: "y quienes votaron por la demanda, y esta primera interferencia a la consulta".

El 8 de marzo el Tribunal Supremo Electoral tomó una resolución solicitando a la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 143 de la Ley Orgánica de Elecciones, iniciase acciones legales en contra de los 52 de los 73 diputados presentes en la sesión que ayer desarrolló el Congreso Nacional. Se informó en la prensa que "las razones que argumenta el Tribunal Supremo Electoral para la destitución de los legisladores se deben básicamente a que presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la consulta popular y también por la destitución del presidente del Tribunal". Además, el Presidente del Tribunal manifestaba que: "La figura de

sustitución no está prevista en la Constitución Política del Estado, en consecuencia, este Tribunal Supremo Electoral ha procedido a destituir de sus cargos o dignidades de diputados y suspender los derechos políticos por un año a todos los diputados que votaron por la sustitución y en contra de la consulta, además de aquellos diputados que presentaron la demanda de inconstitucionalidad en contra de este Tribunal".

Causa sorpresa, en medio de la polémica y el conflicto, sin embargo, que se sancione a alguien por ejercer un derecho constitucional como es el derecho a la supremacía constitucional mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como el 9 de marzo lo indicaba el Presidente del Congreso, en el sentido de que enviar la demanda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, "estuvo de acuerdo a lo que manda la ley", agregando que "hemos procedido como manda la Constitución, hemos presentado la demanda de inconstitucionalidad al Tribunal respectivo para que se pronuncie sobre el tema y mientras el Tribunal no lo haga, yo no voy a dar ninguna opinión al respecto."

En todo caso, la sanción se pronunció y ya el 9 de marzo, el Presidente del Congreso Nacional, recibía la notificación de parte del Tribunal Supremo Electoral, para que procediera a la destitución de los 57 diputados que votaron a favor de la sustitución del Presidente del Tribunal Supremo Electoral. El 8 de marzo, el Gobierno anunciaba que haría respetar y cumplir la resolución constitucional del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a los 57 diputados que se oponen a la consulta popular.

Décima octava: El Congreso solicitó al Tribunal Constitucional dirimir la controversia. En todo caso, el Presidente del Congreso solicitó al Tribunal Constitucional que dirimiera la constitucionalidad de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a 57 legisladores, lo cual no fue admitido por el Tribunal según decisión del 13 de marzo. La razón para ello de carácter formal 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."

Décima novena: Amenaza del Presidente de convocar un nuevo Congreso integrado con suplentes. Ante la destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto se paralizó al órgano legislativo. En varias ocasiones como se reseñó en la prensa el 13 de marzo, intentaron penetrar al edificio donde funcionaba el Congreso y ello les fue impedido por la policía.

Ello fue rechazado por el Presidente del Congreso, indicando que en esa materia la Constitución era muy clara pues el Presidente solo podía convocar a un Congreso extraordinario cuando el Congreso Nacional se encuentre en receso.

Posteriormente, el 20 de marzo, se informó que el Presidente del Congreso, amparado por una resolución de la Corte Suprema de Justicia procedió a posesionar a 21 legisladores alternos de aquellos que habían sido destituidos, con lo que el congreso tuvo una sesión después de casi dos semanas de paralización.

Vigésima: Congresistas destituidos intentan acciones de amparo: El 15 de marzo, igualmente, congresistas destituidos intentaron diversos recursos de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral. En esa misma fecha, dos jueces de poblaciones costeras admitieron las acciones y en las inmediaciones de la sede de uno de esos tribunales, se sucedieron manifestaciones públicas violentas.

Vigésima primera: Amenaza del Tribunal Supremo Electoral de destitución de jueces que otorgaran ampro. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral de nuevo reaccionó indicando que no eran "admisibles interferencias de ninguna especie", sin descartar la destitución de esos funcionarios judiciales. Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia explicó que los jueces eran competentes para conocer y resolver recursos de amparo en cualquier lugar del país, y que ante un pedido del Tribunal Supremo Electoral de que revisase la actuación de los magistrados, no interferiría en las decisiones de los jueces.

El 14 de marzo, el pleno del Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que trataría el punto de la destitución de los jueces 14 y 22 de lo Civil de Manabí, quienes habían acogido los trámites de recurso de amparo en contra de la realización de la consulta popular y la destitución de 57 diputados, amenazando en el sentido de que "los jueces que acojan demandas contra sus resoluciones serán sancionados," agregando que "no se puede ir en contra de las decisiones del Tribunal Supremo Electoral, no se puede suspender los efectos de las convocatorias y de las sanciones impuestas por el Tribunal." En los casos concretos, la prensa informaba que "los abogados del Tribunal Supremo Electoral que acudieron a las diligencias en Manabí manifestaron que los jueces difícilmente acogerán los recursos porque ya se han abierto los expedientes en su contra y corren el riesgo de ser destituidos."

De nuevo llama la atención, desde el punto de vista constitucional, que se pueda considerar que el legítimo y constitucional ejercicio de la función judicial de protección de los derechos constitucionales, se pueda considerar como una conducta ilegítima sancionable con destitución por el Tribunal Supremo Electoral. El poder judicial es independiente y autónomo, y lesiona dicha autonomía la posibilidad de que los jueces que dicten sentencias en las materias de su competencia puedan ser destituidos por ello. De nuevo, el sentido lógico de las previsiones de la ley Electoral sobre interferencia de las elecciones no se puede aplicar a los jueces que ejercen sus competencias legales y constitucionales.

Pero el 16 de marzo, las amenazas del Presidente del Tribunal Supremo Electoral ya eran directas, declarando que "sancionará a aquellos jueces que acojan demandas contra el proceso electoral en marcha o contra cualquier decisión que adopte el organismo. No se puede ir en contra del Tribunal Supremo Electoral, no se pueden suspender los efectos... de las sanciones impuestas por el Tribunal".

Vigésima segunda: Destitución de Juez de amparo. Sin embargo, uno de los jueces que había admitido acciones de amparo, el juez de Guayas, lo declaró con lugar, ordenando la restitución en sus cargos a los 57 congresistas que habían sido destituidos por el Tribunal Superior Electoral, y el 17 de marzo, la Juez Cuarta penal de Guayas, negó la solicitud de ampliación y nulidad formulada contra dicha decisión por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral. Para el 2 de abril, otros jueces de Pichincha y de Aznay habrían desechado recursos de amparos sobre el mismo caso de los diputados destituidos. Por otra parte, el 22 de marzo del 2007, un diputado jefe de uno de los bloques legislativo del Congreso, acudió al Tribunal Constitucional solicitando que se decidiera el archivo de las dos acciones de amparo que se han planteado en un juzgado de Pichincha y en otro de Manabí.

Vigésima tercera: El Tribunal Supremo Electoral contra los jueces. El 30 de marzo, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba públicamente que el Tribunal desconocía la sentencia del fallo del juez 25 del juzgado del Guayas, indicando que el mismo no tenía vigencia; y el 5 de abril de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura hizo efectiva la resolución del Tribunal Supremo Electoral, quien destituyó al juez decimoquinto de lo penal del Guayas, por aceptar un recurso de amparo constitucional a favor de los diputados destituidos.

El 2 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral ratificó la resolución que había adoptado el 7 marzo mediante la cual destituyó de su cargo a 57 legisladores, anunciando además, que el fallo del juez suplente decimoquinto de lo penal del Guayas, a favor de los congresistas destituidos, era ilegal e inconstitucional, y que por eso no se debía permitir el ingreso de los diputados a la sede del Congreso, cuyas sesiones, en todo caso fueron suspendidas el 3 de abril,

Vigésimo cuarto: Abstención del Tribunal Constitucional. Ante el conflicto institucional generalizado que había generado la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente sin respaldo constitucional, el Presidente del Congreso clamaba en la prensa porque 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". Pero el Tribunal Constitucional nunca decidió.

Conforme a la Ley de Control Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional es el "órgano supremo del control constitucional" (artículo 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, y ni siquiera por vía indirecta, decidió con motivo de la consulta obligatoria que debe realizar de las sentencias de amparo conforme al artículo 52 de la Ley de Control Constitucional.

Lo cierto de esta situación, a diferencia de lo que ocurrió en Venezuela, es que la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente se realizó sin que en Ecuador se hubiera dilucidado judicialmente los aspectos centrales del debate constitucional que provocó el Decreto N° 2 del Presidente de la República.

Y así, el 15 de abril de 2007, como se había programado por el Tribunal Supremo Electoral. en Ecuador se efectuó la consulta popular sobre la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente, habiendo resultado una votación por el SI de un 81,72 % de los votos emitidos, un porcentaje inédito en la historia de las consultas electorales en Ecuador. En la consulta votaron por el NO sólo un 12,43 % de los votantes, habiendo habido una abstención del 28,40 de los electores. Los votos nulos fueron un 5,07% y los blancos un 0,78 %.

De lo anterior resulta claramente, por tanto, que, conforme a la pregunta formulada a los ecuatorianos, tal como resulta de su redacción, así como del sentido propio de las palabras utilizadas, es claro que se votó masivamente por la elección e instalación de una Asamblea Constituyente no solo para "elaborar una nueva Constitución", sino para que, además, con "plenos poderes", durante el período de su funcionamiento, para que "transforme el marco institucional del Estado".

Y en ese estado de conflicto fue luego electa la asamblea y aprobada la nueva Constitución, habiendo entrado el Ecuador en un proceso político de avance del populismo constitucional, que acentuó la crisis en el país, como es bien conocido en América Latina.

V. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE ENTRE 2017 2023

En Chile, el proceso constituyente tendiente a sustituir la Constitución de 1980 sancionada durante el gobierno del general Pinochet, se inició efectivamente en 2019 durante el gobierno de la Presidenta Bachelet.

El tema de convocar una Asamblea Constituyente para ello había sido recurrente en los lustros anteriores, pero la Constitución de 1980 no contemplaba la figura de una Asamblea constituyente para reformar la Constitución.

Los artículos 127 a 129 de la Constitución, en efecto, al regular "La Reforma de la Constitución") no preveían la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y en cambio lo que establecían era un procedimiento que atribuía la iniciativa de la reforma al Presidente de la República o a cualquiera de los miembros del Congreso (art. 127), que debía presentarse al Congreso donde debía aprobarse el proyecto de reforma en cada Cámara con votos calificados (3/5 y 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio) según el objeto de la reforma. Una vez aprobado el proyecto, debía remitirse al Presidente de la República para su promulgación, y solo se debía someter a consulta a la ciudadanía mediante plebiscito, en caso excepcional de divergencia entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (arts. 128 y 129).

En consecuencia, ante la propuesta política que se discutía sobre reformar la Constitución mediante una Asamblea Nacional Constituyente, la Presidenta Bachelet, en virtud de que ello no era posible por no preverlo la Constitución, hizo lo que correspondía en el dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular, que fue que prevaleciera el primer principio procediendo a comienzos de abril de 2017 a someter a la consideración del Congreso un proyecto de reforma puntual de la Constitución para agregar al Capítulo XV de la misma un nuevo artículo 130, a los efectos de prever en el mismo un nuevo mecanismo de reforma integral de la Constitución.

La propuesta de reforma puntual consistía en regular en la Constitución que el Congreso Nacional, con el voto conforme de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, podría convocar a una "Convención Constitucional" para la elaboración de una nueva carta fundamental, remitiendo a una Ley para que en la misma se regulase la convocatoria de la Convención, su forma de integración, el sistema de nombramiento y elección de sus integrantes, su organización, funciones y atribución, así como los mecanismos de participación ciudadana que la convención constitucional estableciera.

La propuesta de reforma agregaba que una vez que se aprobase el proyecto de Nueva Constitución, el mismo debía ser sometido a consulta a la ciudadanía, a través de un plebiscito, para aprobarlo o rechazarlo.

En esta forma, la Presidenta de Chile tomó el camino constitucional que consideramos es el correcto ante la propuesta generalizada que se estaba discutiendo a nivel político de convocar una Asamblea Nacional Constituyente para reformar íntegramente la Constitución, que no estaba regulada en su texto. Ese camino correcto fue precisamente tomar la iniciativa de proponer una reforma puntual del texto constitucional, como fue mi propuesta en Venezuela entre 1992 y 1998, de manera de prever y regular en el mismo a la Asamblea Constituyente, denominada en Chile como "Convención Constitucional," como mecanismo de reforma constitucional, y así poder proceder posteriormente a convocarla.

Al formular esta propuesta, sin duda, puede considerarse que en Chile ya se había asimilado las enseñanzas que derivaban de la experiencia catastróficas de os procesos constituyentes de Venezuela y Ecuador, donde el populismo constitucional había hecho prevalecer la soberanía popular sobre la supremacía constitucional. En Chile, en cambio, en el marco de Estado constitucional, se buscó respetar la supremacía constitucional y que la soberanía popular se manifestara conforme a la Constitución y no en contra de ella, y además, que ello ocurriera en el marco de un gran acuerdo político nacional.

Y ello fue precisamente lo que se logró con la propuesta que formuló la Presidenta Bachelet al presentar al Congreso el Proyecto de para regular la Convención Constitucional como mecanismo d reforma integral de la Constitución, el cual fue aprobado, dando origen a un un acuerdo político global que todas las corrientes políticas del país suscribieron conocido como "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución" de 15 de noviembre de 2019, conforme al cual todos los partidos del oficialismo, la oposición, y la mesa técnica, elaboraron y llevaron adelante la propuesta que originó la sanción de la Ley 21200 de 24 de diciembre de 2019 para la reforma constitucional, que es la que rigió la existencia y funcionamiento de la Convención Constitucional, que se constitucionalizó.

Así, esa regulación constitucional de la Convención Constitucional podía considerarse, globalmente, como la mejor garantía contra el populismo constitucional, particularmente al establecerse expresamente los siguientes aspectos, que demostraron que en Chile aprendieron las lecciones del proceso venezolano, evitando su repetición:

En *primer lugar*, que la Convención Constitucional tenía por misión única elaborar y sancionar un nuevo texto constitucional; que era lo que yo propuse en Venezuela como misión de la Asamblea Constituyente de 1999, pero no fue así, pues la misma usurpó las funciones de los diversos órganos del Estado, en particular del legislador, interviniendo además el Poder Judicial. En el caso chileno, en cambio, se dijo expresamente en la Constitución que la Convención Constitucional no podía "intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes" (art. 135).

En *segundo lugar*, a la Convención Constitucional en Chile se la sometió a la Constitución y a las leyes vigentes, disponiéndose expresa y textualmente en la misma, que "mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución […], esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla" (art. 135). En cambio, en Venezuela, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 barrió literalmente con la Constitución del año 1961.

En *tercer lugar,* en el caso chileno a raíz de la reforma constitucional derivada de la Ley 21.200 se dispuso expresamente en la Constitución que la

Convención Constitucional no era soberana, no podía asumir la soberanía, no sustitír al pueblo ni podía abrogarse su soberanía; es decir, no tenía carácter de poder constituyente originario. En el texto constitucional se estableció, en efecto, que "mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece." En consecuencia, incluso, el mismo texto constitucional dispuso que "Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución" (art. 135).

Estas previsiones que apuntaban como antes dije, a que la Convención Constitucional no podía pretender asumir o usurpar la soberanía o el poder constituyente originario que solo es del pueblo, lamentablemente comenzaron a ser ignoradas por los señores Convencionales electos en 2021 a haber aprobado en la Convención Constitucional el 22 de septiembre de ese año la inclusión, en el Reglamento de la Convención (después de tres meses de discusiones), una disposición en la cual se indicó que:

> "La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario."

En realidad, de acuerdo con la decisión que adoptó el pueblo soberano de Chile expresada cuando aprobó la reforma constitucional para constitucionalizar la Convención, lo que dispuso fue todo lo contrario, es decir, que la Convención Constitucional no podía ejercer el poder constituyente originario que quedó retenido por el pueblo.

En *cuarto lugar,* en Chile, a raíz de la reforma constitucional de la Ley 21.200, se estableció que la nueva Constitución no afectaba a las autoridades constituidas, es decir, "no podrá poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial" (art. 138). Lo que ocurrió en Venezuela fue radicalmente distinto, pues una vez culminada su tarea, la Asamblea Nacional Constituyente no cesó y continuó a mansalva barriendo con todos los poderes públicos, eliminando y cesando a todos los funcionarios electos. De esto en Chile se aprendió la lección, y se reguló que las autoridades electas como principio conservan su potestad, salvo que se trate de írganos estatales que se eliminen.

Y, por último, en cuarto lugar, en el caso chileno, en la reforma constitucional a raíz de la Ley 21.200 se establecieron los mecanismos de control necesarios para asegurar que la Asamblea en su funcionamiento se ajustase a lo prescrito en la Constitución; lo que no existió en Venezuela, donde la Asamblea Constituyente de 1999 escapó a toda forma de control. En el caso de Chile, en cambio, en el artículo 136 constitucional se reguló

expresamente la posibilidad de formular reclamos ante cinco ministros de la Corte Suprema por infracciones a las reglas de procedimiento aplicables en la Convención (vicios esenciales); aun cuando se excluyó todo tipo de reclamo "sobre el contenido de los textos en elaboración."

En esta materia de control, el artículo 136 reformado por la Ley 21.200, sin embargo, concluyó indicando que "ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo," (art. 136) lo que implicó, por supuesto, que toda actuación de la Convención Constitucional que no estuviese vinculada con las tareas que la Constitución le asignaba, si quedaba sujeta al control de constitucionalidad atribuido en la misma Constitución al Tribunal Constitucional. Eso significó que cualquier decisión que adoptase la Convención en ejercicio del supuesto "poder constituyente originario" que se arrogó en el Reglamento, por no estar vinculada "con las tareas que la Constitución le asigna" (art. 136) podía ser impugnada por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional.

Todos estos aspectos que fueron regulados en la Constitución de Chile le dieron un marco de funcionamiento a la Convención Constitucional, dentro de la Constitución vigente, para la redacción de una nueva Constitución, respetando los principios del republicanismo y de la democracia (art. 135), de lo que resulta, sin duda, que en Chile puede decirse que se aprendió la lección de lo que no debía hacerse y que en cambio ocurrió en los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Pero entre las lecciones del proceso venezolano, puede decirse que una de ellas lamentablemente no se aprendió a tiempo en Chile, y fue la de evitar la alta abstención en la elección de los convencionales constituyentes. En la misma tendencia de lo que ocurrió en Venezuela, donde solo votaron el 42.3% electores para elegir a los miembros constituyentes de la Asamblea Constituyentes en 1999, en Chile, agravado, solo votaron el 41.5 % de los electores para elegir los miembros convencionales de la Convención Constitucional; lo que en definitiva podía significar, como en Venezuela, que la mayoría en la Convención estuviese en manos de unas minorías, que podían imponer su voluntad al país en la elaboración del texto constitucional. Afortunadamente, sin embargo, en Chile se aprendió otra lección derivada del caso venezolano y que pudo contribuir a frenar los antes referidos efectos nocivos resultado de la abstención, y es que a diferencia del régimen en Venezuela, donde las propuestas en la Asamblea Constituyente se aprobaron con el voto de la mayoría de los constituyentes presentes en las sesiones de la Asamblea; en el caso de Chile, la reforma derivada de la Ley 21.200 estableció expresamente la necesidad de que todas las decisiones de la Convención Constitucional deben adoptarse por "un quorum de dos tercios de sus miembros en ejercicio," precisándose que "la Convención no podrá alterar los quorum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos" (art. 133).

Por último, hay otra lección del caso del proceso constituyente de Venezuela que los chilenos también tomaron en cuenta al regular la Convención Constitucional. En Venezuela, la Constitución de 1999 fue aprobada en plebiscito por una minoría del país, es decir, por el 32% de los venezolanos con derecho a voto, en un referendo donde solo votaron el 44.4 % de los votantes, con una abstención de 55,62%.

En Chile, en cambio, a los efectos de evitar que la nueva Constitución pueda ser aprobada por una minoría del país como ocurrió en Venezuela, en la Constitución, con motivo de la reforma constitucional derivada de la Ley 21.200, se dispuso expresamente que en el plebiscito nacional constitucional que se efectúe con el objeto de que la ciudadanía apruebe o rechace la propuesta de nueva Constitución, el sufragio "será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile." Con ello se buscó evitar la abstención y que si la Constitución resulta aprobada lo fuera por la mayoría del país.

En todo caso, el resultado de la Convención Constitucional que se eligió en 2021 fue una Constitución, que fue más bien un extenso catálogo de políticas públicas, formuladas por distintos actores, sin asegurarse la integración del propio Estado chileno, con reformas en su estructura y funcionamiento que se apartaban de los postulados contemporáneos de organización del Estado de derecho. Dicho texto, conforme a lo establecido en la Constitución, fue sometido a aprobación popular en el denominado "plebiscito de salida," en cuya regulación, al haberse asimilado las lecciones del proceso constituyente venezolano de 1999, se buscó evitar que un nuevo texto constitucional en el país pudiera ser "aprobado" por una minoría del electorado.

Por ello, para evitar la abstención, para dicho plebiscito en la Constitución se estableció, como antes dije, la obligatoriedad del voto, habiendo sido el resultado de ello que en el plebiscito realizado el 4 de septiembre de 2022 hubo una participación del 85.86% de los electores (con una abstención de solo el 14.14%), en la cual votaron por el rechazo el 61.89% y por la aprobación solo 38.11% de los votantes. Se trató del proceso de votaciones con mayor participación en la historia electoral de Chile, en la cual más de 7.8 millones de votantes (61.89% de los votantes) votaron por rechazar la propuesta de nueva Constitución.

De acuerdo con la Constitución, "si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuese rechazada continuará vigente la presente Constitución" (art. 142), lo que en 2022 significó que el proceso constituyente que se había iniciado con el plebiscito de 2020, concluyó con el voto de un número de electores superior a los 5.8 millones que votaron por iniciar el proceso constituyente en 2020, e incluso superior a todos los chilenos que votaron en el plebiscito de entrada (por apruebo o rechazo) que fueron 7.5 millones en total. Aquella voluntad popular de 2020, por tanto, sin duda, fue sustituida por la voluntad popular expresada en 2022.

Ante el fracaso del primer intento de reforma constitucional en Chile, desde el mismo momento en el cual concluyó el plebiscito de salida, se planteó políticamente por el Presidente y muchos otros actores políticos la necesidad de continuar el proceso constituyente, lo que condujo a que se llegara en diciembre de 2023 a un nuevo acuerdo político, el "Acuerdo de Chile," con el objeto de llevar adelante un segundo intento de reforma constitucional.

El Acuerdo se adoptó en el Congreso y tuvo por objeto inmediato iniciar la tramitación de una nueva reforma puntual a la Constitución, prevaleciendo de nuevo el principio de la supremacía constitucional, con el objeto de incorporar al texto otro mecanismo de reforma constitucional en adición a la figura de la Convención Constitucional.

Se sancionó así la Ley 21533 de reforma constitucional del 13 de enero de 2023, con el objeto de establecer un nuevo proceso para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución enteramente distinto a la Convención Constitucional, mecanismo que se había visto que no había funcionado como se había esperado, consistente en la creación de una Comisión de Expertos y una Comisión Constitucional.

La reforma constitucional consistió, además, en establecer un nuevo artículo para regular el marco político constitucional de la reforma, con la enumeración de los principios más importantes del Estado de derecho que debían guiar la redacción del nuevo texto, y así evitar las discusiones interminables que se habían producido en la Convención Constitucional.

Dicho artículo 154, así, enumeró en la forma siguientes los principios a ser respetados e incorporados en la nueva Constitución:

> "La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales: 1. Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo, 2. El Estado de Chile es unitario y descentralizado, 3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos; 4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas;/5. Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas, 6. Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional; 7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de gobierno con

> iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público, b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecuto-riadas, c) Poder Legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular: 8. Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, justicia electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República: 9.hile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros: 10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas; y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones;11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: estado de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia: 12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad."

Con este marco definido constitucionalmente, la reforma constitucional sancionada con la Ley 31533 creó una nueva modalidad de reforma a través de una Comisión de Expertos y un Consejo Constitucional.

Con miembros popularmente para revisar el proyecto de expertos. El experto también participaba en la comisión. Se estableció este mecanismo en una nueva ley reforma; en el año 23 se modificó la Constitución, se estableció el mecanismo, pero agregó esta reforma constitucional una norma realmente, que son unas bases constitucionales.

La Comisión de Expertos, integrada por 24 miembros que fueran destacados conocedores del tema constitucional, elegidos por la Cámara de Diputados y el Senado en proporción a las fuerzas políticas y los partidos representados enn las mismas, con la misión de proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de nueva Constitución, que debían aprobar con un quorum del 3/5 de votación.

Y el Consejo Constitucional integrado por 150 miembros electos por votación popular, y cuyo único objetivo era discutir y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución. Una vez entregado el proyecto por la Comisión de Expertos al consejo Constitucional, los miembros de la Comisión debían integrarse al propio Consejo, que también debía decidir con el quorum de los 3/5 de sus miembros.

La reforma constitucional previó un tercer órgano denominado Comité Técnico de Admisibilidad, con el objeto de controlar y ajustar el proyecto a

las Bases Constitucionales contenidas en el Acuerdo de Chile y el artículo 154 de la Constitución, compuesto por 14 personas con el objeto de resolver los requerimientos que se formulasen contra propuestas que fueran contrarias al artículo 154 de la Constitución.

Con base en estos mecanismos nuevos, en 2023, se inició un segundo intento de reformar la Constitución en Chile en un procedimiento breve que concluyó el 17 de diciembre con la realización del plebiscito nacional para aprobar el proyecto de Constitución resultante, en el cual con una votación registrada de 12.377.858 votos, el 55,79 % de los votos fue por el rechazo del proyecto y el 44.21% por la aprobación, como resultado de lo cual continuó en vigencia la Constitución de 1980 al haber decidido la ciudadanía no cambiarla.

APRECIACIÓN FINAL: LA SITUCIÓN EN PANAMÁ

De todas las experiencias antes analizadas, se puede apreciar que en América Latina, las reformas constitucionales mediante la convocatoria de Asambleas Constituyentes, sin que ello haya sido el resultado de una ruptura del orden constitucional y en el marco de funcionamiento de un régimen democrático, se han realizado en dos formas:

Primero, proceso constituyente realizado respetando el principio de la supremacía constitucional, en el marco de las previsiones de la Constitución existentes en cuyo texto se incorporó, mediante reformas puntuales, la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo la reforma constitucional.

Ese fue precisamente el caso de Chile, donde no solo una, sino dos reformas puntuales se hicieron a la Constitución para prever la Convención Constitucional y otros mecanismos de reforma constitucional como fue el del Comité de Expertos y el Consejo Constitucional. Así, respetándose el texto constitucional, se elaboraron los proyectos de nueva Constitución, que se sometieron a votación popular, y en definitiva los mismos no resultaron aprobados.

Se trató de un impecable juego entre supremacía constitucional y soberanía popular, que actuó constitucionalizada, producto de grandes acuerdos políticos nacionales, sin que se afectase el sistema democrático.

Segundo, dejando aparte la experiencia colombiana, que fue un proceso excepcional en un momento de crisis política total, que involucró mediante un acuerdo global a todas las fuerzas políticas y todos los órganos del Estado, incluyendo la Corte Suprema; procesos constituyentes realizados violándose el principio de la supremacía constitucional, al margen de las previsiones de las Constituciones existentes, en cuyo texto no se regulaba la figura de la Asamblea Constituyente, solo supuestamente apelando a la soberanía popular, o más ien al pueblo convertido e instrumento del populismo constitucional.

Fue el caso de Venezuela y Ecuador, donde se convocaron Asamblea Constituyentes no reguladas en las Constituciones entonces vigentes, con las cuales se asaltó el poder, se destruyó el Estado de derecho y el sistema democrático, y se adoptaron nuevas Constituciones que no fueron resultado de consenso, pacto ni de acuerdo político alguno, sino la imposición de un grupo sobre el resto de la sociedad. Y cuyo texto, en la práctica comenzó a ser violada desde el inicio por el control político ue se estableció desde el centro del poder respecto de todos los poderes del Estado. Y todo ello con llos efectos catastróficos para la democracia que todavía perduran en Venezuela.

Esa es la experiencia reciente en América Latina: o se actúa conforme a la Constitución o se actúa al margen de la misma, con los efectos mencionados; y es a la luz de esa experiencia que quisiera hacer un breve comentario sobre la situación en Panamá, sobre la cual mucho más saben todos ustedes que yo, por lo que de entrada les pido todas las disculpas necesarias.

¿Qué tienen ustedes en Panamá para efectuar una reforma constitucional mediante una Asamblea Constituyente?

En mi criterio lo que tienen es que aplicar la Constitución, y en particular, la previsión que regula la Asamblea Constituyente. No tienen por tanto necesidad de reformar la Constitución para convocarla, ni tienen la tentación del populismo constitucional para violarla.

Y por lo visto, hay una voluntad política par asumir el proceso, con la voluntad de generar el momento constituyente necesario, que debería provocar un gran consenso político que comprometa con el proceso a todas las fuerzas políticas.

Hay una decisión presidencial para llevar adelante el proceso; existe ya el programa de alfabetización constitucional a cargo de una Secretaría de Estrado para hacer del tema un asunto ciudadano nacional, como es la Secretaría Presidencial para la reorganización del Estado y Asuntos Constitucionales.

En el Decreto de creación de la Secretaría de agosto de 2024 observo sin embargo que entre los Considerandos del mismo se afirma, por una parte "Que el poder constituyente originario emana del pueblo," y por la otra:

> "Que en ejercicio del poder constituyente originario, la Asamblea Nacional Constituyente tendrá oír objeto reformar e introducir cambios fundamentales en la estructura del Estado y, a tal efecto, redactar y darle al pueblo panameño una nueva Constitución que se adecúe a la realidad histórica, social, cultural y económica del país."

Sin duda, la afirmación del primer considerando es correcta, el pueblo es el titular de la soberanía y como tal del poder constituyente originario, que es

indelegable; como tal aprueba la Constitución y regula el ejercicio del poder constituyente, no pudiendo en realidad la Asamblea Constituyente ejercer el poder constituyente "originario" que solo lo puede ejercer el pueblo. La Asamblea Constituyente tiene que ejercer sus funciones en el marco de la Constitución que es precisamente la emanación de la soberanía popular, y en la misma el artículo 314 dispone que para adoptar "una nueva Constitución," ello podrá hacerse

> "a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud."

Se trata por tanto de un mecanismo constitucional que puede hacer una reforma total e integral de la Constitución y adoptar una nueva, con el solo límite de respetar los poderes constituidos, como lo dice la misma norma:

> "La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los periodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución"

La Constitución, por tanto, para la función constituyente que puede asumir la Asamblea Constituyente regulada ya en la misma, los únicos límites expresos que tiene es el el no adoptar decisiones con efectos retroactivos, como garantía elemental de seguridad jurídica, y "no alterar los períodos de los funcionarios electos o designados," que es lo que racionalmente explica del uso del calificativo de "paralela" en la norma.

Por ello, la preocupación extrema que se puede apreciar de escritos de destacados constitucionalistas panameños que he consultado, sobre el carácter de "paralela" de Asamblea Constituyente regulada en la Constitucion, como si ello fuera una minusvalía, lo que con todo respeto me recuerda son aquellos Molinos de Viento de las estepas de castilla contra los que alguna vez lch''o el Quijote, inútilmente, creyendo que eran dragones.

Como observador externo, y por supuesto a riesgo de equivocarme, nada grave le veo al calificativo, si se interpreta gramaticalmente, como debe comenzar la interpretación de las normas, siguiendo al sentido de las palabras, de los que se evidencia que lo único que persigue el calificativo "paralelo' es decir, que la Asamblea Constituyente ejerciendo sus funciones actúa "en paralelo" con los poderes constituidos, sin afectarlos. Ese es el "Molino de Viento" que despejada la niebla puede observarse completamente, sin que ofrezca peligro alguno.

Ese es el límite expreso de la Asamblea Constituyente, a los que se añaden, por supuesto, los límites que derivan de los principios del Estado de derecho imbricados en la tradición republicana de Panamá en su doscientos años de historia independiente, entre los cuales están el republicanismo, la democracia representativa, la supremacía constitucional, la separación de poderes, el gobierno democrático alternativo, la distribución territorial del poder, la declaración y garantía de los derechos humanos y el control del poder en particular por el poder judicial. En términos que siguen los expresado en el texto del art''iculo 154 de la Constitución de Chile como el marco dentro del cual debe hacerse la reforma total de la Constitución

Ese fue, por otra parte, en general, el contenido fundamental de mi Voto Salvado cuando me opuse como Constituyente en 1999 a que la Asamblea Constituyente en venezuela se declarara a si misma como "poder constituyente originario," calificativo que en aquella experiencia se usó, realmente, solo para intervenir todos los Poderes Constituidos, comenzando por el Poder Judicial cuya independencia fue aniquilada, y luego cesando a todos los otros Poderes públicos; comenzando con todo ello el desmontaje del Estado de derecho y el desmoronamiento de la democracia.

Panamá,29 de julio de 2025

DERECHO ADMINISTRATIVO

SÉPTIMA

ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD (2009)

Texto ampliado de la Conferencia dictada en el *Congreso Paralelo de Derecho Administrativo, al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Panamá 14 de septiembre 2009. El texto fue publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Editores), *Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores), Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo,* Vol II, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 475-512. Para la elaboración del documento partí de lo que expuse en el trabajo "Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional," publicado en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629.

INTRODUCCIÓN

El control judicial de la discrecionalidad es, sin duda, una de las manifestaciones más destacadas del afianzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos, donde se ha podido desarrollar una Jurisdicción contencioso administrativa autónoma e independiente capaz de enfrentar el poder de la Administración, y proteger los derechos de los

administrados frente a la arbitrariedad administrativa.[1] Ese control es una de las manifestaciones más destacadas del proceso experimentado por el derecho administrativo contemporáneo de lo que Eduardo García de Enterría denominó la lucha contra las "inmunidades de poder" donde tradicionalmente se había enmarcado precisamente el poder discrecional,[2] cuyo desarrollo ha correspondido a los jueces contencioso administrativos. Estos, en definitiva, han sido los conductores de ese "vasto movimiento de lucha por el derecho"[3] que ha implicado la reducción y control de la discrecionalidad, lo que por supuesto ha sido posible en regímenes democráticos que es donde en definitiva se puede garantizar la autonomía e independencia de los mismos.

Ello fue así en Venezuela durante la segunda mitad del siglo pasado, cuando la jurisdicción contencioso administrativa pudo desarrollarse y pudo controlar con total libertad la legalidad de la actuación de la Administración, y pudo limitar la arbitrariedad de los funcionarios. Es a ese período al cual me referiré en estas líneas, en el cual se fijaron las bases del control judicial de la discrecionalidad. Ello, lamentablemente no está garantizado en la actualidad debido al régimen autoritario que se ha instalado en el país desde 1999, y cuya manifestación más trágica ha sido precisamente el sometimiento de la totalidad del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, y en particular, de la Jurisdicción contencioso administrativa, la cual ha sido despojada de toda autonomía e independencia.[4]

---

1 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 52 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública,* Tomo I, Caracas 1980, pp. 203-222; J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Nos. 35-36, Caracas 1943, p. 8; y Allan R. Brewer-Carías, "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Ponencias Venezolanas al Vil Congreso Internacional de Derecho Comparado,* Caracas 1966, pp. 255-278 y en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB,* Nº 2, Caracas 966, pp. 9-35;

2 Véase el clásico trabajo de Eduardo García de Enterria, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo" (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública*, Nº 38, Madrid 1962, pp. 159 a 205.

3 E. García de Enterria, "La lucha...", *loc. cit.,* p. 166.

4 Véase nuestros trabajos Allan R. Brewer-Carías, "La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]" en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; "La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)", en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica,

Ahora bien, para analizar el progresivo desarrollo del control judicial de la discrecionalidad, tal como lo expresó Alejandro Nieto, deben distinguirse "dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control —en la medida de lo posible— de lo que sí es discrecional."[5] Para ello, por supuesto, hay que partir de la determinación de cuándo en la actividad administrativa se está en presencia de una actividad que pueda calificarse de discrecional, en cuyo ejercicio precisamente es donde puede manifestarse la arbitrariedad que pueda ser controlada por el juez.[6]

I. ALGO SOBRE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES

La discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación. Ello sucede, por ejemplo, en todos los casos en los cuales la ley otorga a la Administración la facultad de obrar, y se encuentra en aquellos casos en los cuales la Ley confiere la competencia al funcionario mediante el uso del verbo "podrá." Como lo indicó la antigua Corte Federal de Venezuela en sentencia de 6 de noviembre de 1958:

> "El uso del verbo "poder", en la oración "podrá reducir las penas" [de una norme legal], indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho —no el deber ni la obligación—, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza

---

Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, No. 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; y "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174

5 Véase Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, Nº 44, Madrid 1964, p. 153.

6. Véase sentencias de 17 de julio y 23 de octubre de 1953, Corte Federal (Venezuela), *Gaceta Forense* No. 1, Caracas 1953, p. 151 y No. 2, Caracas 1953, p. 64.

para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad"[7].

Ello ha sido, precisamente, lo que ha dado origen a la distinción clásica del derecho administrativo entre la administración reglada y el poder discrecional; distinción a la cual se refirió hace varias décadas la misma antigua Corte Federal de Venezuela de Venezuela al expresar que:

> "Los actos administrativos son de dos categorías: los *discrecionales,* cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los *reglados,* llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley"[8].

En este sentido, en otra sentencia la misma antigua Corte estableció la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos, indicando que estriba:

> "en que en los [actos administrativos] reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los [actos administrativos] discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente"*[9].

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de

---

7 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 133.

8 Véase sentencia de la Antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, p. 151.

9 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, Caracas 1959, p. 125.

los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos,* para decidir u orientar su actuación[10].

De lo anterior resulta una premisa en esta materia, y es que el ejercicio de una actividad administrativa discrecional tiene que tener siempre su fundamento y su razón de ser en una ley, en el sentido de que la discrecionalidad, como lo dijo hace años Manuel Ballbe, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación."[11] Es decir, como la jurisprudencia venezolana lo sostuvo hace años, el funcionario sólo puede ejercer las facultades que la ley le señala expresamente (competencia expresa), por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente"[12]. Por ello, el primer motivo del control judicial de la discrecionalidad está en la aplicación e interpretación de la ley que autoriza la actividad discrecional, que no es otra cosa que el control de la competencia o base legal de los actos administrativos. Por ello, con razón, Marcel Waline afirmó hace varias décadas que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo mismo, podría decirse «que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)»[13].

Ahora bien, en materia de la actividad discrecional, no sólo el juez contencioso ha jugado un papel fundamental, sino también el legislador, de manera que en muchos casos los límites al ejercicio del poder discrecional se ha establecido en leyes, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El articulo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder

---

10 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense* , 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 133.

11 Véase Manuel Ballbé, "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica,* Barcelona 1949, p. 64 cit. por M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", Revista de Administración Pública, Nº 7, Madrid 1952, p. 89.

12 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, Nº 2, Caracas 1949, p. 140.

13. Véase Marcel Waline, «Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration», *Études et documents,* Conseil d'Etat, núm. 10, París, 1956, p. 25.

discrecional está «sometido en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable», atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino «sobre la observancia de sus límites» (art. 15.2).

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

> «La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél».

El artículo 16.1 es reiterativo, en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia» (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a «los derechos del particular» (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que:

> «El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso».

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, «deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser «proporcionado al fin legal» del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional[14], con precisas referencias

---

14. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa

a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en la norma que hemos comentado del artículo 12, que prescribe:

> «Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

Se consagró así, expresamente, como antes hemos analizado, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino que se erigió como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de «mantener la debida proporcionalidad». Así se estableció también en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

> «En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control judicial del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta ultima, en particular en América Latina, fue abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que esta sometida plenamente a control judicial; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, se impusieron en el materia de oportunidad, que tradicionalmente había estado excluida de control.

Rica», en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo,* San José, 1981, p. 52; Eduardo Ortíz, «Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública», *idem,* p. 386; Gonzalo Fajardo, «El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública, *idem,* pp. 523-524.

Es precisamente, por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado[15] que "la discrecionalidad no es arbitrariedad"[16]

II. EL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL

En efecto, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto sobre el cual versa el control judicial, y es que el acto administrativo que se adopte con base en el ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente[17].

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional y su control judicial radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional[18] y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho[19], y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, históricamente

---

15 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense,* Nº 1, 1953, p. 151. *Véase* Además, la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense,* 2ª *etapa,* Nº 11, 1956, p. 28.

16 Véase. J. M. Hernández Ron, "La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes", loc. cit, p. 8.

17. Allan R. Brewer-Carías, «Los límites...», *loc. cit.,* p. 11.

18. En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre «puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad», *Gaceta Forense,* núm. 22, p. 134. *Cf.* Allan R. Brewer-Carías, «Los límites...», *loc. cit.* p.14.

19. Sobre la «veracidad y la congruencia de los hechos» como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso *Depositaria Judicial)* de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público,* núm. 12, Caracas 1982, p. 130.

existieron en todos los países contemporáneos, donde con frecuencia se formuló el principio de que el juez no podía juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque: «el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes»[20].

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina, desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

1. Los fundamentos del control judicial: los principios generales del derecho

Hace más de medio siglo, por ejemplo, uno de los clásicos tratadistas venezolanos, J. M. Hernández Ron, señalaba que "la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho,* hará la Administración"[21]. Ello implica la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control judicial que no implica "una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial"[22]. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico[23].

---

20. *Idem.*

21 Véase J. M. Hernández Ron, "La Potestad Administrativa discrecional", *loc. cit.,* p. 8

22 Véase A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.,* p. 157.

23 *Cfr.* E. García de Enterria, "La lucha por. . .", *loc. cit.,* pp. 178-179. En este mismo sentido M. F. Clavero Arevalo, "La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública,* Nº 7, 152, p. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho "constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un

Un punto de partida contemporáneo en este esfuerzo, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (caso Municipalidad de Maracaibo) de fecha 24 de febrero de 1956, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que «la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin»[24].

En la segunda sentencia (caso Reingruber) de 6 de noviembre de 1958, la antigua Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurran circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad discrecional, y decidir que «la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional» que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario: «para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad»[25].

Puede decirse que en este considerando la antigua Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela, fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios se agrega el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada[26], y debe agregarse también el principio de la *buena fe,* de manera

---

desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

24. *Gaceta Forense,* núm. 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, *Véase* en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. I, Caracas, 1975, pp. 611-612.

25. *Gaceta Forense,* num. 22, Caracas, 1958, pp. 133-134

26. Véase en Allan R. Brewer-Carías, «Los limites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *loc. cit*., pp. 27-33. *Véase* los comentarios a

que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal[27].

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se englobaron en la exigencia de la «razonabilidad» en la actuación administrativa[28], en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se desarrolló particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía[29], al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, conformó cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, exigiendo que la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas[30].

---

nuestro análisis en Gustavo Urdaneta Troconis, «Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos» en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399.En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarría los resume así: «la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad o razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón con la lógica y congruente con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; *la justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados*; la igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto estos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; *la proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa:* en cuanto la Administración antes de tomar una medida, debe oír al administrado», Consuelo Sarria, «Discrecionalidad Administrativa» en J.C. Cassage y otros, *Acto Administrativo,* Tucumán, 1982, p. 118.

27. Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público,* núm. 18, Caracas, 1984, p. 172.

28. Véase Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo,* Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

29. Véase Ramón F. Vásquez, *Poder de Policía,* Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

30. Véase Bartolomé A. Fiorini, *Poder de Policía,* Buenos Aires, 1958, p. 149.

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa (en lugar de *«bonus pater familiae»* el *«bonus magistratus»*) y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc[31]. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar que «los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios»[32].

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)[33].

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27 de septiembre de 1971 afirmó que «los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio»[34].

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se desarrolló inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado con base en considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se censuraron jurisdiccionalmente las actuaciones administrativas contrarias al «respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración» (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o «cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción» (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también acudió al principio *favor libertatis* para

---

31. *Idem,* p. 158; Juan Francisco Linares, *op. cit.,* p. 164.

32. Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, *cit.* por A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo,* t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

33. Véase Juan Francisco Linares, *op. cit.,* pp. 164 ss.

34. Véase en J. P. Cajarville, *Dos Estudios de Derecho Administrativo,* Montevideo, 1988, p. 106.

obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad[35].

2. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la proporcionalidad

Como hemos dicho, por ejemplo, las leyes de Colombia y Venezuela establecen que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos limites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

Por supuesto, la proporcionalidad, como limite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la Administración.

Este límite había sido tradicionalmente elaborado por la jurisprudencia que había señalado expresamente que "el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo… marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)"[36]. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional[37]. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no

---

35. Véase Eduardo García de Enterría y Tomas R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* t. I*,* Madrid, 1983, pp. 449-451.

36 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, p. 28.

37 *Cfr.* E. García De Enterria, "La interdicción...", *loc. cit.,* p. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration,* Bruselas, 1958, p. 44 *cit.* por E. García De Enterria, "La interdicción...", *loc. cit.,* p. 163.

podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva,* configurando una arbitrariedad[38].

La proporcionalidad también se establece en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, al prescribir dentro de los «requisitos esenciales del acto administrativo», la necesidad de que «las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas» a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (art. 7.f).

Estas normas incorporaron, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad[39], conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

> «cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto»[40].

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23 de abril de 1976 al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, señaló que esta «aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus

---

38 *Cfr.* Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota Nº 3.

39. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Caracas, 1985, p. 46; Agustín Gordillo, *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) «las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador». Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

40. Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público,* núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de «desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma», *Revista de Derecho Público,* núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal»[41].

Por su lado, en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú, entre los principios del procedimiento administrativo que enumera y describe el artículo IV del Título Preliminar, se destaca el de razonabilidad señalándose, al efecto, que:

> Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (art. IV, 1.4).

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia comentada relativa al «error manifiesto de apreciación», el cual según lo afirma Guy Braibant, aparece cuando la Administración «ha ido más allá de los limites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad»[42]. De allí la celebre frase del mismo Braibant en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad: «El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave»[43].

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indicaron Long, Weil y Braibant, que el juez «no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»[44].

---

41. Véase en J. P. Cajarville, *op. cit.,* p. 106.

42. Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert, cit.,* por A. De Laubadère, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrtionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline,* París, 1974, t. II, p. 540.

43. Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973, *Librairê François Maspero,* Rec. 611, en Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, cit.,* p. 585.

44. Véase Long, Weil y Braibant, *op. cit*., p. 580.

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, como hemos dicho,se trata de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados[45]. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación en tanto que control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido se pueden encontrar en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet,* Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange,* Rec. 121; CE 9 mai 1962*, Commune de Montfermeil,* Rec. 304)[46].

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando a veces se afirmó que no había sido reconocido plenamente en el sistema francés[47], fue aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que «la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar»[48]. En este caso, como lo observaron Long, Weil y Braibant, el juez verificó «no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también si esta medida era apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; controlando así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan»[49].

Se trató, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también tuvo aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta[50]. En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que «si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción

---

45. Véase todas las referencias jurisprudenciales en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero,* pp. 580-585; J. M. Auby y R. Drago, *op. cit*., t. II, pp. 399-400.

46. Véase las referencias en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 581.

47. Guy Braibant, «Le Principe de la proportionalite», *Mélanges offerts a Marcel Waline,* París, 1974 t. II pp. 297 ss.

48. Rec. 541, concl. Michel. en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., pp. 217 ss.

49. *Idem*, p. 221.

50. Cf. Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 583.

disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas»[51].

3. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la racionalidad

Pero además del límite al poder discrecional derivado del principio de la proporcionalidad, otro importante límite al mismo es el que se ha construido por la jurisprudencia derivado del principio de la racionalidad o razonabilidad. Como lo dijo la antigua Corte Federal de Venezuela, en los casos de ejercicio del poder discfrecional, la ley autoriza al funcionario para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" [52].

En sentido similar, en otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos, los cuales conforme a la legislación, están sometidos a la suprema inspección de la Administración, la antigua Corte Federal venezolana también señaló que "esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*"[53].

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo[54].

---

51. Cit., en J. M. Auby y R. Drago, *op. cit*., t. 11, p. 400; G. Vedel y Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 801.

52 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

53 En este mismo sentido la antigua *Corte Federal y de Casación,* en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: "Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración". Véase en *Memoria* de 1938, Tomo I, p. 374.

54 *Cfr.* S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 147.

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que "la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar*. . . ello no quiere decir que se obre al arbitrio"[55], es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el viejo Reglamento General de Alimentos de Venezuela establecía que correspondía "al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación y, en consecuencia,. . . adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país"[56]. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo "considere *conveniente",* puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el "momento" sea el congruente con la medida adoptada (por ejemplo, la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el "momento" lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (por ejemplo, prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países) . En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican "un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas"[57].

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Era muy clara en este sentido una norma del mismo viejo Reglamento General de Alimentos citado, que inicialmente era única en el derecho positivo, que establecía que: "Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, *a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que* tal medida, reglamentación o providencia *debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria"*(art. 2). Este es otro de los límites impuestos al ejercicio

---

55 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 157.

56 Artículo1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

57 Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 33, 1961, p. 14.

del poder discrecional, en el sentido de que éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene substancias capaces de alterar el alimento.

Este principio del viejo Reglamento, como se dijo, se recogió textualmente en el artículo 12 de la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, al disponer que «Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

4. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la justicia

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo.* El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que obre "según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad"*[58]. Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia"*[59], y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*"[60].

En este sentido, puede ser controlada judicialmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta"[61] en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta[62].

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, "como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas

---

58 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 132.

59 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

60 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 135.

61 *Cfr.* Eduardo García De Enterria, "La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, Nº 30, 1959, p. 164; M. M. Diez, *El Acto Administrativo,* Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

62 *Cfr.* S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loc. cit.,* p. 148.

soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores"[63].

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico ere el cláisco ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se "anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio"[64], lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que "*la discrecionalidad no implica arbitrariedad"*[65].Es decir, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, además de estar enmarcada su actuación dentro de los requisitos legales generales, la misma debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada judicialmente por los tribunales contencioso-administrativa. Por ello, precisamente, en materia de ejercicio del poder discrecional es que se ha hablado, y tan bien, de la *"interdicción de la arbitrariedad"* como limitación al mismo[66].

III. LA DEPURACIÓN DEL AMBITO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Delimitada la discrecionalidad administrativa como la potestad o libertad otorgada por la ley al funcionario para elegir entre varias posibilidades, todas las cuales son justas, lo primero que se impuso el juez contencioso administrativo al ejercer el control de legalidad, fue distinguir los casos donde hay auténtica discrecionalidad de aquellos en que no la hay, donde el control judicial se realiza en otro ángulo, propio del principio de legalidad respecto de la Administración reglada. Es el caso, por ejemplo, de la previsión en las leyes de los conceptos jurídicos indeterminados que imponen un conrol judicial que difiere del control de la discrecionalidad, así como del control

---

63 Véase M. M. Díez, *op. cit.,* p. 198.

64 Véase S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 149.

65 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.

66 Véase E. García de Enterria, "La Interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 160.

sobre la apreciación y calificación de los hechos, que constituye una operación reglada de la acción administrativa.

1. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la ley, sin otorgar discreción alguna al funcionario, generalmente le fija su competencia utilizando conceptos jurídicos que no están precisamente determinados, pero en cuya aplicación no hay libre elección, sino simple aplicación de la ley a un caso concreto, en forma tal que sólo admite una solución justa. Por ejemplo, cuando una ley local o municipal establece la competencia de la autoridad para ordenar la demolición o modificación de edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", con ello no se está otorgando poder discrecional alguno al funcionario, sino lo que se está es delimitando el ejercicio de su competencia mediante el uso de un concepto jurídico indeterminado, lo que implica que ante una edificación determinada no tiene competencia sino para adoptar una sola solución justa, dependiendo de si la edificación se encuentra o no se encuentra en ruinas, cuya determinación no puede ser objeto de facultad discrecional discrecional alguna[67].

Por tanto, cuando la ley, al otorgar una facultad o competencia al funcionario, utiliza expresiones como “justo precio,” “urgencia,” “interés general,” “orden público” y otros similares, lo que está es estableciendo la competencia del mismo con base a conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los cuales, en su aplicación concreta respecto de casos particulares, el funcionario esta en la obligación de determinar su contenido específico, sin que ello signifique que tenga discrecionalidad para determinar, por ejemplo, lo que sea el “justo precio.”

Si la ley al contrario, estableciera al definir la competencia del funcionario, su poder para determinar por ejemplo un determinado valor o una multa dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente

---

[67] Véase E. García de Enterria, "La lucha contra…", *loc. cit.,* p. 174. El tema de los conceptos jurídicos indeterminados como excluidos del ámbito de la discrecionalidad fue considerado inicialmente por los autores alemanes. Por ejemplo E. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 123 y sig.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Vol. IV, Nº 2, Verano de 1963, p. 237. *Véase* las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Madrid, 1976, pp. 224 ss. In Italia es lo que se conoce como discrecionalidad técnica. *Véase* por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo,* Napoles 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provedimento Amministrativo,* Milano 1972, pp. 27 ss

determinado,[68] allí estaríamos en presencia de un poder discrecional, que le permite al funcionario según su apreciación de las circunstancias o de la gravedad de la falta establecer la cifra correspondiente. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de estricta aplicación de la ley en el sentido de que está llamada a determinar, por ejemplo, el precio que sea "justo, para lo cual no tiene libertad de apreciación, sino que tiene que ser el resultado de un juicio técnico. En este último caso, cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales.[69]

Como ejemplo de este control respecto de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, puede citarse lo resuelto en sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 19 de mayo de 1983[70], al conocer de la impugnación de un acto administrativo que había decidido la suspensión de un programa de televisión por ofensas a la moral pública. En el caso, el Reglamento relativo a la Radiodifusión Audiovisual (Televisión) de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que podían transmitir, estaban «los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito» (art. 15). El Ministerio respectivo con competencia en materia de comunicaciones, consideró que en el caso, referido a un determinado programa (Hola Juventud), transmitido por una estación de televisión, en una fecha determinada, «se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta», razón por la cual la Administración sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada «Macunaima» de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, quien era un héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual se consideró que la transmisión del programa no había violado el Reglamento aplicado.

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia, al anular la Resolución impugnada, se basó en la siguiente argumentación:

---

68 Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial*, Nº 27.344 de 13 de enero de 1964.

69 Véase Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional. . .", *loc. cit.,* pp. 154-155.

70. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público,* No. 34, Caracas 1988, p. 69.

> «El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.
>
> La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada»[71].

Con base en esas premisas, la antigua Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de "moral pública", como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), el cual, consideró, «cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres». «De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la antigua Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó», concluyendo que «En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, seria inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad»[72].

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, ha conducido a una reducción efectiva

---

71. *Idem.* En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de «interés público» para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que «siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley» *Revista de Derecho Público,* núm. 38, Caracas, 1989, p. 96.

72. *Idem.*

del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial. La consecuencia es que la discrecionalidad sólo existe cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una sola decisión es la jurídicamente admisible[73]. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, una actividad es de utilidad pública, o no la es; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala para un bien es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay un tercer género o posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está.

Como lo puntualizó García de Enterría, «hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un «proceso reglado», porque no admite más que una solución justa: «es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas»[74].

Sobre esto, el Tribunal Supremo de España, en relación con el concepto de «justo precio» como un concepto jurídico indeterminado, indicó que sólo podía conducir a determinar el precio en una expropiación como real y efectivamente un «verdadero y justo valor». Así, en una la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, de 28 de abril de 1964, el Tribunal señaló:

> «las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho»[75].

Esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados como área de actividad pública que no pertenece a lo discrecional, también se ha adoptado

---

73. Véase F. Sainz Moreno, *op. cit*., p. 234.

74. Véase E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

75. Véase la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit*., p. 273.

en Italia pero sobre la base de la distinción entre la llamada «discrecionalidad administrativa» y «discrecionalidad técnica». La discrecionalidad administrativa, así, se ha definido «como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido»[76]; en cambio en la «discrecionalidad técnica» no existe escogencia alguna. Como lo destacó hace años Aldo Sandulli, en la discrecionalidad técnica «la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, fue realizada por el legislador a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por lo que a la Administración sólo le corresponde realizar una valoración sobre la base de conocimientos y de reglas técnicas, como son aquellas de la medicina, de la ética, de la economía, como sería el caso, por ejemplo, de la determinación del valor económico de un bien[77]. La «discrecionalidad técnica» por tanto, como lo destacó en su momento Massimo Severo Giannini, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina[78].

Por esta razón por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica» autorizando al Juez para «controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como sí ejerciera contralor de legalidad» (art. 16).

2. El control judicial de la apreciación y calificación de los presupuestos de hecho del acto administrativos

A. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo aún cuando sin denominarlo como de los conceptos jurídicos indeterminados, y sin dejar de considerarlo como parte del ejercicio de potestades discrecionales, mediante el desarrollo del control jurisdiccional en relación con la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos[79].

---

76. Véase Pietro Virga, *Il Provedimento Amministrativo,* Milano, 1972, p. 19

77. Véase Aldo M. Sandulli, *op. cit*., p. 574.

78. Véase Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

79. Véase A. De Laubadère, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París 1974, t. II, pp. 531-S49.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914[80], en el cual se juzgó el poder legal de un Prefecto, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en los casos en los que se considerara que el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública, no se encontrase acorde con el interés de la seguridad pública, de la salubridad y, en particular, de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en un caso concreto en París, entró a apreciar si la construcción permisaza atentaba contra «la perspectiva monumental existente» en nuna conocida plaza de París (Place Beauveau), concluyendo en el caso concreto que la misma no chocaba con la "perspectiva monumental" del sitio, por lo que consideró que el Prefecto, al haberse rehusado a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se consideró en su momento como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada[81]. Ello llevó al Consejo de Estado a controlar, por ejemplo, el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres,* Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze,* Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier,* Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault,* Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Societé Les Films Lutetia,* Rec. 693, concl. Mayras)[82].

En este último caso, el Consejo de Estado estimó que el Alcalde respectivo, al haber prohibido la exhibición de un film en el municipio, había tomado la decisión correcta, al precisar el concepto jurídico indeterminado del «carácter inmoral» del film.[83] En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Societé Les films Marceau,* Rec, 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinematographique,* Rec. 731), anulando la prohibición de

---

80. CE 4 avr. 1914*, Gomel,* Rec. 488*. Véase* en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 7.° ed., París, 1978, p. 124

81. Véase Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 125.

82. *Idem,* p. 125*.*

83. *Ibid., op. cit*., pp. 490-493.

exhibición de un film. En otro caso, rechazó el recurso contra la prohibición de proyectar otro film[84]. En estos casos, se trató, de una operación de control de la calificación jurídica de los hechos por parte del juez o, si se quiere, de la aplicación por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Después de estas primeras manifestaciones, la reducción del ámbito de la discrecionalidad condujo en Francia, al control jurisdiccional en casos de «error manifiesto de apreciación» y mediante la aplicación del principio del «balance-costo-beneficios»,

En cuanto al principio del «error manifiesto de apreciación» como mecanismo de control de la discrecionalidad, el mismo se aplicó por ejemplo en el *arrêt Sociéte anonyme Libraire Fraçois Maspero,* de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant)[85], en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tricontinental,* editada en Cuba, que había sido adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que dicha decisión no podía ser discutida en la jurisdicción contencioso administrativa, al no estar "viciada de error manifiesto", en cuanto a la apreciación del Ministro del Interior sobre el peligro que representaba la revista para el orden público[86].

En esta decisión, sin embargo, a pesar de tratarse de un tema propio de los conceptos jurídicos indeterminados, como se ha analizado, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual consideró que sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina consideró que en estos casos en los cuales

> «el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa», activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el arrêt Maspero, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: «de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser

84. *Ibid.,* p. 493.

85. *Ibid., op. cit.,* pp. 575 ss.

86. *Ibid,* p. 576.

descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»[87].

En todo caso, este criterio del «error manifiesto de apreciación" puede considerarse en Francia, como fundamental en cuanto a la limitación y control al poder discrecional conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad, particularmente cuando es aplicado a casos en los cuales se trate del verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero*, en el cual sólo se trataba de juzgar si la Revista prohibida presentaba peligro para el orden público de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadére, cuando se refirió a los casos de "apariencia" de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales «el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada»[88], o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, «descubre» las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión.[89]

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se buscó descubrir competencias regladas en lo que aparentemente era el ejercicio de poderes discrecionales, fue el conocido principio del «balance-costo-beneficio»[90], desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» .

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se puede situar en el *arrêt* denominado *Ville Novuelle Est*

87. *Ibid., cit.,* p. 580.

88. Véase A. De Laubadère, *loc. cit.,* p. 535.

89. *Idem*

90. Véase Jeanne Lemasurier, «Vers un nouveau principe général du droit. Le principe "bilan-cout-avantages"», en *Melánges offerts a Marcel Waline,* París, 1974, t. II, pp. 551-562.

adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971[91], con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que había declarado de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se hubiera dispuesto de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar «la utilidad pública de la operación» y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó «que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta»[92].

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el la decisión comentada, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, realizando el balance entre las ventajas y los inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma, sino también su costo social[93]. Marcel Waline, al comentar el «considerando» del *arrêt* constató que:

> «El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo»[94].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en otra decisión, *Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972[95], al juzgar

---

91. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»,* Rec. 409, concl. Braibant, en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* pp. 561-574.

92. Véase en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 563.

93. *Idem,* pp. 568-569.

94. Véase M. Waline, «L'appeciation par le juge administratif de l'utilité d'une project», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1973, p. 454; *cit*., por J. Lemasurier, *loc. cit.,* p. 555.

95. CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba un Hospital Psiquiátrico (Sainte-Marie), caso en el cual no sólo ae oponía el interés general a los intereses particulares, sino en el cual surgía un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su decisión, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, como inconveniente, no solo por el ruido que se producía sino poruqe privaba al hospital de toda posibilidad de expansión futura[96].

En todos estos casos, las decisiones del juez no incidieron realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admitían una solución justa: o la obra era o no era de utilidad pública. El balance costo-beneficios que efectuó el Consejo de Estado fue precisamente lo que la Administración estaba obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa al concretar el concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» en un proyecto de expropiación. El Consejo de Estado, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controló no fue el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, corregir "las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas", como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos[97].

---

96. Véase en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., p. 569.

97. Véase M. Waline, «L'appeciation...» *loc. cit*., p. 461. El problema se plantea, incluso, en los cases de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina* y *Jorge Ferrario,* 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló «si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos» (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: «si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo», Agustín Gordillo, *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1969, p. 216.

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

> «La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad»[98].

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continuó razonando la doctrina francesa, fue un importante avance inicial en cuanto al control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyeron a identificar lo que sólo era una apariencia de discrecionalidad.

B. El control judicial en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos

El tema de los presupuestos de hecho de los actos administrativos, sean discrecionales o no, corresponde a los elementos de fondo de los mismos, en lo que se ha denominado la causa de los actos[99]. La determinación de los presupuestos de hecho por tanto, constituye una de las etapas que debe seguir la Administración para manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio.[100]

Por tanto, en esta determinación de los hechos, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, la Administración debe ceñirse a determinados límites en relación con la comprobación de los presupuestos de

---

98. *Cit*. por A. De Laubadère, *loc. cit.* p. 540.

99 *Cfr.* Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, p. 453. En este sentido Georges Vedel incluyó los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: *Véase Essai sur la notion de cause en droit administratif,* Sirey, París, 1934, p. 361, *cit.* por Rafael Nuñez Lagos, "La causa del acto administrativo" en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas,* Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 113. *Véase* asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, *ob. cit.,* p. 127.

100 *Cfr.* Michel Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs,* Collection de l'Institut Français d'Athènes, N° 82, Atenas, 1954, p. 154; J. C. Venezia, *Le pouvoir discretionnaire,* Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

hecho del acto; en relación con la certeza de los mismos; y en relación con la correcta calificación de ellos. Estos tres son condicionantes de la actividad administrativa, incluso de la realizada en ejercicio del poder discrecional.

a. La comprobación de los hechos

Como lo ha determinado la jurisprudencia, las decisiones administrativas se hayan condicionadas por "la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente"[101].

Conforme a esta doctrina, por ejemplo, en un caso llevado ante la antigua Corte Suprema de Venezuela, la sentencia respectiva declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se le había concedido la nacionalidad venezolana a una extranjera, por el hecho de que la Administración no comprobó suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial impugnada, señalando, en el caso, "no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente". La Corte concluyó en el caso, por falta de elementos de prueba, que la "Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal".[102]

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la Administración. En consecuencia, en cuanto al acto discrecional, esta exigencia implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho, no pudiendo haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la

---

[101] Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 22 de mayo de 1963

[102] Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964.

actividad administrativa, recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión"[103] evita, por otra parte, el llamado error de hecho[104] que puede ser controlado también judicialmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad"[105].

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo, acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad,* de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*", resultando procedente el recurso de nulidad solicitado[106].

b. La calificación de los presupuestos de hecho

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho[107], es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos"[108] como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la jurisprudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos[109], y que en la actualidad se configura como el vicio de falso supuesto; es decir, el vicio que se configura "en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administración fundamentó su

---

103 Véase M. Letourneur, "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Madrid 1952, p. 221.

104 *Cfr.* M. Stassinopoulos, *op. cit.,* pp. 175 y sig.

105 Véase Sebastian Martin-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*,, Nº 23, Madrid 1957, p. 138.

106 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 33, Caracas 1961, p. 20.

107 *Cfr. J.* C. Venezia, *op. cit.,* p. 25

108 M. Stassinopoulos, *op. cit.,* p. 182.

109 Véase en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.,* pp. 67-68. En la jurisprudencia italiana: Sebastian Martin-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 135.

decisión en hechos inexistentes, falsos y no relacionados con el asunto objeto de la decisión". [110]

En este elemento está, quizás el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Por ello, el falso supuesto del derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente.

En este sentido la jurisprudencia hace años indicó que "si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad*"[111].

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se reducen a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, en la aplicación de este precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación[112], ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal

---

110 Véase por ejemplo, en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Caracas 2003, p. 400. El vicio es similar a la institución existente en el proceso civil en materia de casación, cuando se alega infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, y que procede, cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto,* atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia.

111 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 136.

112 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 136.

sentido Sebastián Martín Retortillo consideraba que un acto se dictaba con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se fundase sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resultaban inexistentes o existentes, sino también bastaba con que en su realidad tales hechos fueran sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no consideraba debidamente elementos esenciales o por lo contrario, diera excesiva importancia a elementos accesorios[113].

La función de calificación de los hechos y sus límites, ciertamente es una actividad reglada y, por tanto, controlable en todos los actos administrativos, pero su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional. Como lo ha destacado la jurisprudencia, este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en "hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa"[114], lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la Administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho[115].

En esta materia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, establece en el artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el contenido del acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa.

3. El control judicial de otros aspectos regulados de los actos administrativos, aún los discrecionales

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se refiere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los actos administrativos, tanto reglados como discrecionales, al estar sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y determina los efectos jurídicos a los mismos. En estos casos, es el principio

---

113 *Cfr.* S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 131. *Véase* asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964.

114 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*., 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 135.

115 *Cfr.* S. Martin-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 138

de la legalidad el que impone que todos los actos administrativos deban emitirse de acuerdo con las disposiciones preexistentes[116].

Es decir, como lo estableció hace décadas la antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953, si bien la Administración puede obrar discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar a su arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto"[117]. Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional[118]; y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia[119], señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia"[120].

Pero en esta materia, hay elementos de fondo de los actos administrativos que la Administración está obligada a observar, quizás con mayor atención cuando ejerce poderes discrecionales, y que se refieren al elemento causa o a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo y a su finalidad. Adicionalmente está, también, el principio de la igualdad que la Administración está obligada a observar en todas sus actuaciones.

---

116 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.

Por otra parte, véase la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* pág. 193.

117 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº1, Caracas 1953, p. 151.

118 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 134.

119 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 134.

120 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas1956, p. 28.

A. El control judicial de la adecuación a la finalidad legalmente prescrita del acto administrativo

El mismo artículo 12 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de Venezuela, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por la Administración. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines, y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del servicio público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, regulado en el artículo 259 de la Constitución venezolana.

Sin embargo, en sus inicios ello fue destacado por la jurisprudencia al indicar que "la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la Administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público"[121].

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, haya sido este de la finalidad perseguida, en el sentido de que la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estadal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*"[122].

La desviación de poder, por tanto, como vicio en la finalidad de los actos administrativos, "surge cuando la Administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley"[123], por lo que su configuración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado[124], sino que dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente conforme al *fin*

---

121 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 135.

122 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, p. 28

123 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 20, Caracas 1958, p. 99.

124 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, p. 153.

especifico para cuyo logro le son concedidas las facultades determinadas que ejercita[125].

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación concreta del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita[126]. En este sentido, un acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, [está viciado si] en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*"[127].

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados;* por ello no puede la Administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, "aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin"[128] que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

B. El control judicial del acto discriminatorio: el principio de la igualdad

Como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre "según su *prudente arbitrio,* consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*"[129]. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, como a toda actuación de la Administración, es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad —hay desigualdad y

---

125 *Cfr.* S. Martin-Retortillo Baquer, "La desviación de poder en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, Madrid 1957, Nº 22, p. 137.

126 *Cfr.* M. Latourneur, "La desviación de poder en Francia", *Cuadernos de Derecho Francés,* Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21.

127 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 5, Caracas 1954, p. 218.

128 *Idem.*

129 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

parcialidad— cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro[130].

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional y, por tanto, aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio[131]. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad"[132].

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado judicialmente cuando de la actuación administrativa surge un disparejo trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la Administración ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos[133]. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir, que ambas amenazan ruina, la autoridad administrativa ordena a uno la demolición, y al otro no.

La aplicación del principio de la igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente"[134]. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y, como consecuencia, dicho acto puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir en forma también idéntica..

C. El control judicial respecto de la motivación de los actos administrativos

Uno de los elementos de forma de los actos administrativos de mayor importancia en cuanto al control de los mismos, particularmente de los discrecionales, es la motivación de ellos, es decir, la necesaria expresión formal de los motivos o causa de los actos. Ello es esencial para permitir que

---

130 *Cfr.* Stasinopoulos, *op. cit.,* p. 212.

131 *Cfr.* Rafael Entrena Cuesta, "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública,* Nº 37, Madrid 1962, p. 67.

132 Véase J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo), Abeledo-Perrot,* Buenos Aires, 1958, pp. 197-229

133 Véase E. García De Enterria, "La interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 149.

134 Véase E. García De Enterria, "La interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 150.

los jueces contencioso-administrativa puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional[135].

Esta exigencia de motivación de los actos administrativos, ciertamente que en la actualidad está consagrada formalmente en todas las leyes de procedimientos administrativos, pero sin duda, también fue la jurisprudencia la que la impuso en ausencia de aquellas. Ello se evidencia, por ejemplo, de la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la antigua Corte Federal donde se estableció lo siguiente:

"Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o discrecional el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya… En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto"[136]

---

135 *Cfr.* Stassinopoulos, *op. cit,* p. 198; José Guillermo Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública.* Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, p. 13.

136 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *Gaceta ForensE*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, pp. 132 y ss.

OCTAVA

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS COMO FUENTE DEL DERECHO EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS (2009)

Texto de la exposición efectuada en la reunión del *VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Corte Suprema de Justicia, Panamá, 17 Septiembre 2009. El texto fue publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Editores), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 767-784.

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SEGÚN SUS EFECTOS

La Constitución de venezuela 1999,[1] utiliza la expresión acto administrativo en dos artículos: en primer lugar, en el artículo 259, al atribuir a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competencia para "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder"; y en segundo lugar, en el artículo 266,5, al atribuir específicamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que forman parte de esa Jurisdicción,

---

[1] *Gaceta Oficial* Nº 5.453 Extraordinaria del 24-03-2000, en cuyo texto, según se indica en el Aviso Oficial respectivo, se corrigieron "errores de gramática, sintaxis y estilo" respecto del texto publicado inicialmente en la *Gaceta Oficial* Nº 36.860 de 30-12-99.Véase los comentarios a la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004. 1.350 pp.

competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente".

De estas normas, así como de las previsiones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982[2] y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004,[3] puede decirse que se establece una distinción de los actos administrativos según sus efectos refiriéndose, por una parte, a los efectos normativos o no normativos de los mismos; y por la otra, a los destinatarios de los actos; pero la hacen, utilizando indistintamente la terminología de "actos generales" o "actos de efectos generales" y de "actos individuales", "particulares" o "de efectos particulares," cuando ello no es correcto.

Por ello, a los efectos de estudiar a los actos administrativos como fuente del derecho, debemos precisar estas distinciones, pues sólo los "actos de efectos generales" vendían a constituir fuente del derecho.

En efecto, por ejemplo, la la Constitución atribuye al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, la cual es parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional cuando sea procedente" (Art. 266,5), y además, le atribuye competencia a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa en general, para "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho" (Art. 259). En este caso de estas disposiciones constitucionales, la distinción que se recoge en las mismas se por una parte a los actos administrativos generales (incluyendo los reglamentos), y por la otra, a los actos administrativos individuales. Sin embargo, no todo "acto general" es de carácter normativo, y por tanto, fuente del derecho, pues puede haber actos administrativos destinados a un numero indeterminado de personas que no tengan carácter normativo, como sucede por ejemplo, con la convocatoria a un concurso de oposición o a una licitación.

---

2 *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51; y *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982.

3 *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 19 de mayo de 2004. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, 352 pp

De lo anterior resulta que los actos administrativos según sus efectos, se deben clasificar, en dos categorías: en primer lugar, según el contenido normativo o no normativo de los actos, es decir, según sean o no fuente de derecho; y en segundo lugar, según los destinatarios de los actos.

1. La clasificación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

A. Actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares

En primer lugar, por tanto, según el carácter normativo o no normativo de los actos administrativos, estos se clasifican en "actos de efectos generales" y "actos de efectos particulares"[4], o si se quiere, en actos administrativos normativos (de efectos generales) y actos administrativos no normativos (de efectos particulares). Los primeros son aquellos que crean normas que integran el ordenamiento jurídico, es decir, que son fuente de derecho; en cambio, los segundos son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a muchos sujetos de derecho.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede decirse que identifica los actos administrativos de efectos generales, con los que ella califica en el Artículo 13 como "actos o disposiciones administrativas de carácter general", y los actos administrativos de efectos particulares a los que la misma norma califica como actos administrativos "de carácter particular". En esta norma, al prescribir que un acto administrativo de carácter particular no puede vulnerar lo establecido en una "disposición administrativa de carácter general", lo que está señalando es que un acto de efectos particulares (de contenido no normativo) no puede vulnerar un acto normativo o de efectos generales, acogiéndose en este Artículo 13, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos o de los actos administrativos de efectos generales.

Por tanto, puede decirse que en el artículo 13 de la Ley está la clave para clasificar los actos administrativos según su contenido o efectos normativos o no normativos, identificándose los actos de efectos generales, es decir, de contenido o carácter general, con los actos normativos, y en consecuencia los actos de efectos particulares o de contenido o carácter particular, con aquellos que no tienen contenido normativo.

---

[4] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos de efectos particulares" en el Libro del Instituto de Derecho Público, *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Caracas 1979, p. 171 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales,* Caracas 1977, p. 8 y *ss.;* Eloy Lares Martínez, "Actos generales y actos particulares" en *Libro Homenaje a Rafael Pizani,* Caracas 1979, p. 113-134.

Debe señalarse además, que esta noción del acto administrativo de carácter general, de efectos generales o de contenido normativo, está recogida en el artículo 72 de la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al establecer expresamente que, estos actos administrativos de carácter general, es decir, los de contenido normativo, son los que deben ser básicamente publicados en la *Gaceta Oficial* de la República para que puedan comenzar a surtir efectos. Es entonces una excepción, salvo por lo que se refiere a los actos administrativos de nombramientos de funcionarios públicos, por ejemplo, que los actos administrativos de carácter particular, es decir, de contenido no normativo, se tengan que publicar en la *Gaceta Oficial* para que comiencen a surtir efectos. De acuerdo a esta excepción, el principio general en cuanto a los actos administrativos de carácter particular, es decir, de contenido no normativo, es que estos comienzan a surtir efectos a partir de la notificación a los interesados, de acuerdo con el Artículo 73 de la Ley.

B. Actos administrativos generales y actos administrativos individuales

Pero además, en relación a la clasificación de los actos administrativos según los efectos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también permite clasificarlos, también según sus efectos, pero en relación con sus destinatarios de los actos.

Así, puede decirse que la Ley Orgánica acoge la clasificación de los actos administrativos, según sus destinatarios, al distinguir los "actos administrativos generales" de los "actos administrativos individuales." Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas o un número determinado; en cambio, los actos administrativos individuales, son aquellos que interesan a un solo sujeto de derecho.

Esta distinción estimamos que se acoge en el artículo 72 de la Ley Orgánica al exigirse que también sean publicados en la *Gaceta Oficial* de la República, aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, que no sean necesariamente actos administrativos normativos o de carácter o efectos generales. Es decir, esta norma establece indirectamente la diferencia entre el "*acto administrativo de efectos generales"* o de contenido normativo y el "*acto general,"* el cual aun cuando pueda no tener contenido normativo, interese a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de personas, y no porque tenga necesariamente un contenido normativo. Por supuesto, también el acto general no normativo puede tener por destinatarios a un número determinado de personas.

El acto individual, al contrario, es el acto destinado a un solo sujeto de derecho, el cual es, además, un acto de efectos particulares, de acuerdo a la clasificación anterior.

2. Las clasificaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 puede decirse que en la materia siguió la misma terminología de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al distinguir en la regulación de los juicios contencioso administrativos de nulidad de los actos administrativos, en el artículo 21, párrafo 9º, la impugnación de los "actos de efectos generales" y de los "actos administrativos de efectos particulares"[5].

Tal distinción, sin duda, resulta esencial tratándose de actos administrativos y del recurso contencioso-administrativo de anulación. Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo al igual que la anterior, puede decirse que no fue totalmente clara al establecer tal distinción. En efecto y lamentablemente, tanto en el texto de ambas leyes como en la Exposición de Motivos de la de 1976, se incurrió en una imperfección al confundir los "actos de efectos generales" con los "actos generales" y los "actos de efectos particulares" con los "actos individuales" o "actos particulares", cuando en realidad se trata de dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales totalmente distintas, basadas, como se ha dicho, una en relación al número de destinatarios del acto y la otra en relación a sus efectos.

En efecto, debe insistirse que una primera clasificación de los actos estatales atiende exclusivamente al número de sus destinatarios, según que sean una pluralidad de sujetos o un sólo sujeto de derecho. Bajo este ángulo es que los actos estatales se clasifican en generales e individuales. Los actos generales son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados; y estos actos generales pueden ser o de efectos generales, es decir, de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, o de efectos particulares, es decir, de carácter concreto, no normativo, dirigidos a un grupo determinado o determinable de sujetos. En cambio los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho y que, por tanto, tienen siempre efectos particulares.

La clasificación entre actos generales y actos individuales, por tanto, no apunta realmente a sus propios efectos, sino al número de sus destinatarios: un acto general es el que está dirigido a un número indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos; un acto individual o particular sería el que tiene por destinatario a un sujeto de derecho.

Pero según sus efectos, como se ha dicho, los actos estatales pueden ser clasificados en forma distinta, distinguiéndose así, los actos "de efectos

---

[5] Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *El control de la Constitucionalidad de los actos estatales,* Caracas, 1977, pp. 8 a 12; y "El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, 1979, pp. 171 a 174.

generales" es decir, de contenido normativo y que, por tanto, crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales y los actos "de efectos particulares" que son aquellos de contenido no normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Bajo este ángulo, la clasificación de los actos administrativos puede realizarse así: los *actos de efectos generales* son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los *actos de efectos particulares* son de contenido no normativo, y éstos, a su vez, pueden ser o *actos generales,* dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas, o *actos individuales,* siempre dirigidos a un solo sujeto de derecho.

Como consecuencia, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales. Por ello, las dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales no pueden identificarse ni confundirse, pues los criterios utilizados para las mismas son distintos. Por tanto, no es posible identificar la distinción entre acto administrativo general y acto administrativo individual, con la de acto administrativo de efectos generales y acto administrativo de efectos particulares y como consecuencia, no es lo mismo acto administrativo general que acto administrativo de efectos generales; como tampoco es lo mismo, el acto administrativo individual o particular que acto administrativo de efectos particulares.

Sin embargo, frente a estas dos distinciones señaladas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia siguiendo la misma orientación de la derogada ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las desconoce y establece una incorrecta identificación entre las diversas categorías de actos administrativos al establecer la distinción básica entre ellos en algunos aspectos de los procedimientos (legitimación, lapso de caducidad), utilizando indistintamente, las expresiones "acto general" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinales 28, 30 y 31; y Artículo 21, párrafo 21) y "actos de efectos generales" (Artículo 21, párrafo 9 y 20) como si se tratase de lo mismo; y "acto particular" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinal 30; y Artículo 21, párrafo 21), "acto individual" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinales 30, 31) y "actos de efectos particulares" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinal 28; y artículo 21, párrafos 9, 11, 20 y 22) como si también se tratase de lo mismo.

Frente a esta confusión de términos se impone, por tanto, la necesidad de desentrañar cuál es la razón de ser de la distinción en las regulaciones del procedimiento para la impugnación de los actos estatales. Ante todo se observa que la Ley sólo se refiere a los "actos administrativos de efectos particulares," aún cuando existen otros actos estatales de efectos particulares distintos a los actos administrativos, como algunos actos privativos de la Asamblea Nacional, y algunos actos de gobierno.

Pero frente a la distinción de los actos administrativos a los efectos de los mencionados aspectos del procedimiento contencioso administrativo,

estimamos que puede sostenerse, sin la menor duda, que la distinción que establece la Ley está basada en el contenido normativo o no normativo de los actos, por lo que en sus normas se identifican los actos de efectos generales (mal llamados en ciertas normas "actos generales") con los de contenido normativo, y los actos administrativos de efectos particulares (también mal llamados actos individuales o actos particulares) con los de contenido no normativo.

En materia procesal esta distinción implica que el recurso para impugnar un acto administrativo de efectos generales, precisamente por su contenido normativo, es que no tiene lapso de caducidad, y la legitimación es el simple interés, aun cuando calificado (acción popular); en cambio, que el recurso para impugnar un acto administrativo de efectos particulares, precisamente por su contenido no normativo, es que está sometido a un lapso de caducidad de 6 meses y a una legitimación activa reservada al titular de un interés legítimo, personal y directo. En consecuencia, el carácter de "acción popular" del recurso contra los actos administrativos de efectos generales sólo se justifica por el contenido normativo, *erga omnes* de los mismos. Identificar la expresión actos de efectos generales (normativos) con acto general (normativo o no) como a veces lo hace la ley, podría implicar abrir la acción popular contra un acto de efectos particulares, general y no normativo, lo cual no se ha admitido jamás en Venezuela.

Con base en esto, sostenemos, entonces, que el recurso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares procede contra los actos administrativos de contenido no normativo, sean ellos, en sí mismos, actos generales o individuales, pues el hecho de que se trate de un acto general no implica que no sea de efectos particulares. Tal como lo ha dicho expresamente la Corte Suprema de Justicia.

> "La circunstancia de que la situación jurídica creada por el acto cuya validez se discute esté dirigida a más de una persona, en virtud del número de ellas, no modifica su individualidad, motivo por el cual continúa siendo un acto administrativo de efectos particulares."[6]

A pesar de la importancia de esta clasificación de los actos administrativos, con evidentes efectos adjetivos, su tratamiento no ha sido uniforme ni constante en la jurisprudencia, sino más bien casuístico y sin uniformidad.

Se destaca, en todo caso, la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de 24-4-80 *(Caso Fiscal General de la*

---

6 Véase sentencia de la CSJ-SPA de 2-11-67 en *Gaceta Forense,* N° 58, Caracas 1967, pp. 38-39.

República) en la cual puede decirse que se adoptó la distinción que proponemos. La Corte señaló:

> "se ha ejercido en el caso de autos la acción de nulidad prevista en el artículo 112, Sección Segunda, Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta acción es procedente contra actos como el impugnado por el Fiscal General de la República que, por ser de carácter normativo, sus efectos son generales, es decir, afectan a toda la ciudadanía, y por ello tienen pautado un procedimiento especial de impugnación en sede jurisdiccional, cuyas características más resaltantes estriban en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (Art. 134 LOCSJ) y la cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentar la (acción popular).
>
> Frente a esta acción de nulidad, el propio texto orgánico de este Supremo Tribunal consagra un medio específico de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares: el recurso contencioso-administrativo de anulación previsto en el artículo 121, Sección Tercera del mismo Capítulo II, Título V. De la naturaleza particular de estos actos, es decir, de su afectación a un solo individuo a un número determinado o identificable de personas, deriva precisamente la exigencia contenidas en la Ley, de un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate (Art. 121) y un lapso de caducidad de seis meses para intentar el recurso (Art. 134)..."[7]

Por otra parte, entre las sentencias que han considerado el tema en general, debe destacarse la de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa de 1-6-82, en la cual se señaló lo siguiente:

> "La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia distingue solamente lo que atañe el recurso de nulidad por ilegalidad, entre los que se destinan a los actos de efectos generales y los que se destinan a los actos de efectos particulares, por lo cual es menester determinar, de acuerdo con dicho texto, a cuál de las categorías corresponde el caso presente.
>
> La doctrina venezolana imperante, al interpretar la normativa citada, opina que actos de efectos generales son tan sólo aquellos de contenido normativo. Los actos de efectos particulares son los que carecen por el contrario dicho contenido, aun cuando puedan estar dirigidos a un grupo numeroso de sujetos. Brewer-Carías distingue así en esta segunda categoría entre los actos generales de efectos particulares que son los dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas y los actos individuales de efectos particulares dirigidos a un sujeto específico de derecho (El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, UCV., pp. 172 y ss). Otra opinión expresa que actos de efectos generales

[7] Consultado en original.

> en una noción análoga a la de actos generales, esto es, aquel que crea, modifica o extingue situaciones subjetivas o realiza declaraciones de certeza legal respecto a una colectividad indeterminada de personas. El acto de efectos individuales, o acto particular, realiza los mismos efectos pero en relación con una o más personas determinadas o determinables (véase opinión del Fiscal General de la República expuesta en el expediente Nº 79-573 de este Tribunal, pp. 212 y ss.). De todo lo anterior se evidencia que el carácter de acto de efectos generales implica para la doctrina o bien el carácter normativo contenido en el mismo, o bien el carácter indeterminado de los destinatarios."[8]

De esta sentencia deriva, en todo caso, el criterio de que el acto administrativo de efectos generales puede caracterizarse sea por su contenido normativo, sea por el carácter indeterminado de sus destinatarios. Y así, casuísticamente se ha apreciado por la Corte Suprema en varias decisiones; por ejemplo, en las sentencias de 15-11-90 *(caso:* Acarte*)* y de 9-5-91 se calificó un acto cuyos destinatarios eran indeterminados como acto de efectos generales, independientemente de su contenido normativo[9]. Así mismo, en la sentencia de la Corte Suprema de 12-5-92 *(caso:* Soto Luzardo*)* un acto de convocatoria a concurso de funcionarios, a pesar de ser un acto general de efectos particulares, se lo calificó como de "efectos generales"[10]. Así mismo, en el Voto Salvado a la sentencia de la Corte Suprema en el caso de las *elecciones de Sucre y Barinas* de 15-2-93, la Magistrada disidente (H. Rondón de Sansó) consideró, en nuestro criterio incorrectamente, que el acto del Consejo Supremo Electoral de convocatoria a elecciones era un "acto de efectos generales" cuyos efectos no podían suspenderse. Al contrario, dicho acto es un acto general de efectos particulares, y sus efectos sí podían suspenderse[11].

En todo caso, y concentrándonos al contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos, conforme a la Ley Orgánica se distingue entre la acción contencioso-administrativa contra los "actos administrativos de efectos generales" (acción popular) y la acción contencioso-administrativa contra los "actos de efectos particulares," que es la única, en nuestro criterio, que justifica procesalmente, en el caso del juicio de nulidad de los actos de efectos generales, la ausencia de lapso de caducidad, la popularidad de la acción y la no regulación expresa de la suspensión temporal de sus efectos.

---

8 Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, p. 129.

9 Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, p. 123 y Nº 46, 1991, p. 106.

10 Consultada en original.

11 Consultada en original.

Estos actos administrativos de efectos generales, o de contenido normativo, son los que constituyen fuente del derecho, y pueden dictarse por los todos órganos de la Administración Pública conforme a la asignación de competencias que tengan atribuidos en la ley.

II. EL ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En efecto, la Constitución de 1999, conforme a la tradición constitucional precedente, atribuye al Presidente de la República la facultad de "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón" (art. 236,10). De ello deriva que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes, lo que no implica que tenga una potestad exclusiva para dictar actos administrativos de efectos generales, pues otros órganos del Estado, en ejercicio del Poder Público, pueden hacerlo.

En consecuencia, los actos administrativos de efectos generales, por ejemplo, pueden emanar de otros órganos de la Administración Pública como los Ministros, que son órganos directos del Presidente de la República, los cuales tienen potestad normativa en las materias que le asigna la ley.

Pero además, en el ámbito de la Administración Central, los órganos que en la misma han sido desconcentrados legalmente, con autonomía funcional, también ejercen la potestad normativa en los asuntos que la ley les ha atribuido. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de Valores.

También, en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada, las personas jurídicas de derecho público que la componen, tanto las estatales como las no estatales, tienen potestad reglamentaria conforme a la ley que las rige. En tal sentido, los Institutos Autónomos, por ejemplo, como personas de derecho público estatales; y los Colegios Profesionales, como personas jurídicas de derecho público no estatales, ejercen la potestad normativa en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las leyes que los rigen[12].

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano y a pesar de la definición de acto administrativo que trae el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no sólo los órganos ejecutivos o, en general, los órganos que conforman la Administración Pública Central o Descentralizada, dictan actos administrativos normativos o reglamentarios, sino que también éstos pueden emanar de los demás órganos del Estado que ejercen otros Poderes Públicos distintos al ejecutivo, cuando ejercen la potestad normativa.

---

[12] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas 1991, pp. 78 y ss.

Es decir, en Venezuela los actos administrativos, incluidos los reglamentos, no se definen orgánicamente[13], por lo que no siempre son "actos ejecutivos" ya que también emanan de los otros órganos del Estado que ejercen el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano[14]. Por ello, se consideran actos administrativos de efectos generales, los reglamentos que dicta el Tribunal Supremo de Justicia para su funcionamiento interno y en relación con el gobierno y administración del Poder Judicial que le corresponde (art. 6, párrafo 1,10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). También es el caso de los reglamentos o actos administrativos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral (Ley Orgánica del Poder Electoral), por el Fiscal General de la República (art. 21,8, Ley Orgánica del Ministerio Público), o por el Contralor General de la República (art. 13,1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Todos estos actos administrativos reglamentarios, por supuesto, son de rango sublegal y están sujetos, ante todo, a las leyes reguladoras de esos actos de los Poderes Públicos Nacionales.

Por último, por supuesto, en un Estado con forma federal como es el Estado venezolano, los Gobernadores de Estado y los Alcaldes Municipales tienen en el respectivo ámbito de sus competencias potestad normativa, conforme a las Constituciones y leyes de los Estados y a las Ordenanzas Municipales, respectivamente, pudiendo dictar actos administrativos de efectos generales.

III. LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS DICTADOS POR EL PRESIEDENTE DE LA REPUBLICA

Como se ha dicho, la Constitución de 1999 atribuye en el artículo 266,5, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los *reglamentos y demás actos administrativos* generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente". De esta previsión resulta claramente que en Venezuela, los reglamentos son, y siempre han sido considerados, actos administrativos[15], en el sentido de que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que

---

13. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El problema de la definición del acto administrativo" en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez,* UCV, Tomo I, Caracas 1984, pp. 25 a 78.

14. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid 1987, pp. 429 y ss; y *Justicia Contencioso Administrativa. Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo VII, Caracas 1997, pp. 321 y ss.

15. Véase por ejemplo Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Caracas 1964,* p. 119.

ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos generales.

La única peculiaridad que tienen por tanto, es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter normativo. Se distinguen, así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares.

1. Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales

La característica de los reglamentos como actos administrativos es, en primer lugar, que son actos dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, y directa e inmediata de la legislación; por ello, como todo acto administrativo, siempre son de carácter sublegal.

En segundo lugar, se trata de actos administrativos que siempre son de efectos generales, es decir, de carácter normativo, y que, por tanto, integran o modifican el ordenamiento jurídico. El contenido de los reglamentos, por tanto, siempre es de carácter normativo, y se identifican por su generalidad, efectos *erga omnes* y por estar destinados a un número indeterminado e indeterminable de personas[16]. El reglamento, en esta forma, tal como lo definió la antigua Corte Suprema,

> "Es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública, para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho."[17]

Pero como se dijo, el reglamento, aún cuando tiene contenido normativo e integra el ordenamiento jurídico, está siempre subordinado a la ley. Tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia:

> "Las disposiciones de los reglamentos que conforme a ella han de dictarse, tienen el carácter de normas secundarias respecto a las de la Ley, que son en este caso, las primarias. O sea, que cada reglamento es el complemento de la determinada Ley, cuya finalidad es facilitar la ejecución de ésta."[18]

De lo anterior resulta, por otra parte, que no todo acto administrativo general es un reglamento, lo que permite distinguir entre "actos de efectos

---

16. Véase sobre la distinción Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estadales, op. cit.,* pp. 8 y ss.

17. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27-05-68, en *Gaceta Forense*, Nº 60, Caracas 1968, pp. 115 a 118.

18. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65, en *Gaceta Forense*, Nº 48, Caracas 1968, pp. 122 a 123.

generales" como los reglamentos, y "actos generales"; es decir, entre actos normativos, por una parte, y por la otra, los actos generales no normativos[19]. Es decir, el reglamento, es siempre "de efectos generales", pero hay actos administrativos generales que aún cuando tienen como destinatarios a un grupo de personas, no son con carácter normativo, es decir, no son de efectos generales, sino particulares.

En otra sentencia, la antigua Corte Suprema de Justicia destacó la "generalidad e impersonalidad" como las características propias del reglamento señalado:

> "El reglamento como todos los actos de efectos generales, va dirigido a un indeterminado número de personas, por lo cual se hace imposible nombrarlas a todas. En cambio, la Resolución impugnada va dirigida a cierto número de personas, perfectamente identificables, ya que ellas han celebrado un contrato previamente con el Ejecutivo Nacional, pues todas y cada unas, son concesionarias de hidrocarburos. Por lo tanto, el contenido de la Resolución citada debe tomarse como un conjunto de decisiones individuales que se han condensado en un solo texto legal, en forma aparentemente colectiva, pero que en realidad no lo es, en virtud de la peculiaridad anteriormente anotada.
>
> La Ley y el Reglamento ejecutivo, no son, como parece creerlo la impugnante, la única fuente de los actos administrativos de efectos generales, ya que éstos pueden provenir, además, de disposiciones de otros órganos del poder público: nacionales, estadales, municipales y aun de entes autónomos y descentralizados."[20]

2. La consulta previa obligatoria no vinculante de las normas reglamentarias

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como antes se ha dicho, ha introducido una novedad en cuanto al régimen de emisión de actos normativos por los órganos ejecutivos, en particular, de los reglamentos, como mecanismo para promover la participación ciudadana. Se ha regulado, así, un procedimiento de consulta obligatorio, aunque no vinculante previo a la emisión de reglamentos o actos administrativos normativos por cualquier autoridad ejecutiva.

En efecto, el artículo 136 de dicha Ley Orgánica dispone que los órganos ejecutivos, sea el Presidente de la República u otro órgano, que se propongan

---

19. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 02-11-67 en *Gaceta Forense* Nº 57, Caracas 1967, pp. 38 y 39.

20. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 07-11-73, en *Gaceta Oficial* Nº 1.643 Extra. de 21-03-74, p. 13.

adoptar un reglamento o cualquier acto administrativo de efectos generales, deben realizar previamente una consulta obligatoria del anteproyecto normativo, así:

Primero, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro de dichas entidades que debe llevar el órgano emisor. En dicho oficio, se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones; lapso que no comenzará a correr antes de los 10 días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Segundo, paralelamente el órgano que proyecte adoptar el reglamento o acto administrativo de efectos generales, debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración; e informar a través de la página en el internet que tiene que tener conforme a dicha ley orgánica, en la cual se expondrá el proyecto de reglamento o acto administrativo de efectos generales sobre la cual verse la consulta. Durante este proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro indicado.

Tercero, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano respectivo debe fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

Cuarto, el resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. Sin embargo, en virtud del carácter obligatorio de la consulta pública respecto de los actos administrativos reglamentarios o normativos, el órgano ejecutivo respectivo no puede adoptar normas que no hayan sido consultadas conforme se indica anteriormente, al punto de que la ley orgánica considera nulas de nulidad absoluta, las normas que sean aprobadas sin haber sido consultadas conforme al procedimiento antes indicado.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además, establece particularmente un procedimiento para la elaboración de los reglamentos, con la obligación de una consulta pública previa respecto de los mismos. El artículo 88 de dicha ley, en efecto, dispone que la elaboración de los reglamentos de leyes se debe ajustar al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el Ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria;

2. A lo largo del proceso de elaboración del proyecto de reglamento, debe recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y

cuantos estudios y consultas se estimen conveniente para garantizar la eficacia y la legalidad del texto;

3. Elaborado el texto, se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la misma ley orgánica, según se ha indicado anteriormente.

Durante el proceso de consultas las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

La emisión de un reglamento sin que se haya sometido a consulta pública, conforme al artículo 137 de la Ley Orgánica, lo vicia de nulidad absoluta.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el mismo sólo puede entrar en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 89 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional debe aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes, dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación.

IV. LOS LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SU CONTROL JUDICIAL

Tratándose de actos administrativos de efectos generales, los reglamentos son siempre de carácter sublegal, es decir, sometidos a la ley, por lo que su límite esencial deriva de la reserva legal, sobre la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dicho que

> "viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal."[21]

Es decir, los reglamentos no pueden regular materias reservadas al legislador en la Constitución, y esas son fundamentalmente, el establecimiento de delitos, faltas e infracciones y las penas y sanciones

[21] Sentencia No 2338 (Caso José Muci-abraham y otros), de fecha 21-11-2001, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2338-211101-00-1455.htm

correspondientes; la regulación y limitación a los derechos y garantías constitucionales; y el establecimiento de tributos.

Estos límites a la potestad reglamentaria derivados de la reserva legal, por otra parte, están expresamente establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública,[22] cuyo artículo 86 establece que:

> "Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva legal, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público."

Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que en virtud de lo previsto en el artículo 236, 10 de la Constitución:

> "el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, incluso cuando tengan carácter de leyes orgánicas; lo que permite la participación del Poder Ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no altere su espíritu, propósito y razón, y sin que ello pueda significar, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia o materias específicas que estén delimitadas por la Ley.
>
> Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones "genéricas" que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos "delegados."[23]

---

22 *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31 de julio de 2008. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública,* Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009.

23 Sentencia No 2338 (Caso José Muci-abraham y otros), de fecha 21-11-2001, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2338-211101-00-1455.htm

Por otra parte, todos los reglamentos dictados por cualquier autoridad pública, e, incluso, en algunos casos por entidades privadas en ejercicio de autoridad, están sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejercen los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los "reglamentos ejecutivos" dictados por el Presidente de la República, los mismos están sometidos, como todos los actos administrativos del Ejecutivo Nacional (Administración Pública Nacional Centralizada) al control de la Jurisdicción Contencioso administrativa (art. 259) que se atribuye a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 266,5 C) que constituye la instancia de mayor grado en el ámbito de dicha jurisdicción.

Ese control judicial tiene por objeto verificar el sometimiento al derecho por parte los Reglamentos ya que, conforme lo ha dicho la antigua Corte Suprema:

> "La actividad reglamentaria está… limitada y encauzada por la norma legal, y de ahí que toda disposición reglamentaria que viole la Constitución o las leyes es susceptible de anulación o de inaplicación en los casos concretos".[24]

Además, en particular, respecto de los Reglamentos Ejecutivos, la Constitución exige en particular, que deben respetar el "espíritu, propósito y razón de la Ley", y "se altera el espíritu de la Ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador"[25].

Esta sujeción la precisó la Corte Suprema en los siguientes términos:

> "El decreto reglamentario o Reglamento Ejecutivo, tomado en su acepción estricta –que es el que interesa en este caso-, tiene como antecesor a la Ley, de la cual es derivación, efecto y corolario. Esta sienta el principio, aquél, prevé y desarrolla sus consecuencias, facilita su aplicación a los pormenores y determina las medidas necesarias para su aplicación. De ahí que cuando el reglamento ejecutivo se propasa y se ocupa de reparar las diferencias de la Ley, regula cuestiones no comprendidas en ella, o se aparta del espíritu, propósito y razón que lógicamente han debido guiar al Legislador en su elaboración, se está en presencia de una extralimitación de atribuciones, en el primer caso, y de una violación del texto constitucional en el segundo; y en uno y otro, de un reglamento

---

24. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense* Nº 48, Caracas 1965, pp. 122 y 123.

25. Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 04-06-52 en *Gaceta Forense* Nº 11, Caracas 1962, p. 25.

ejecutivo viciado, en todo o en parte, de ilegalidad por violatorio de expresas normas de la Ley Fundamental."[26]

Sin embargo, el hecho de que el Reglamento Ejecutivo esté sometido a la ley que ejecuta, no significa que la actividad reglamentaria se convierta en una mera ejecución mecánica de la Ley. En efecto, la propia Corte Suprema de Justicia ha señalado en este sentido lo siguiente:

"Sin embargo, dentro de estas limitaciones se reconoce a los reglamentos un campo de acción relativamente amplio en cuanto tienden al desarrollo del texto legal, especialmente cuando la ley sólo consagra normas fundamentales. Se admite así, que por vía reglamentaria, puedan establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento, o definirse palabras usadas por el legislador y cuyo alcance conviene precisar a fin de evitar dudas. Pero en este último supuesto y, en general, cuando la administración interpreta el sentido de la ley por vía reglamentaria, insiste la doctrina en que ha de entenderse que la interpretación afirmativa es válida en cuanto esté conforme a la voluntad legislativa."[27].

Sobre esto, la antigua Corte Suprema, fue aún más clara en otra parte de esa misma sentencia de 10 de mayo de 1965, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de un reglamento de una Ley, indicando que:

"Considera la Corte que la mera circunstancia de que un Reglamento contemple alguna formalidad que no aparezca en la ley, no es razón suficiente para estimar alterada la relación de legalidad entre ambos estatutos. Lo contrario sería establecer que los Reglamentos deberían ser la reproducción fiel y exacta de la ley, y, por consiguiente, carentes de toda utilidad y objeto.

Por tanto, pues, si puede y debe el Reglamento desarrollar las normas de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su intención, e, incluso, establecer formalidades o requisitos no previstos en el texto legal pero indispensables para asegurar su cumplimiento, según el criterio doctrinal ya expuesto."[28]

---

26. Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 24-09-52 en *Gaceta Forense*, Nº 1, Caracas 1958, p. 151.

27 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense*, Nº 48, Caracas 1965, pp. 122 y 123.

28. *Idem*, pp. 123 y 124.

Pero la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo tiene competencia para controlar la conformidad con el derecho de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales que emanen del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, de la Administración Central compuesta, básicamente, por la Presidencia de la República y la organización ministerial (art. 5, párrafo 1º,30 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo)[29].

En cambio, el conocimiento de los juicios de nulidad contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales emanados de los órganos desconcentrados de la Administración Central y de la Administración Pública Descentralizada, corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en primera instancia[30] y en segunda instancia, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a los actos administrativos de efectos generales o reglamentos dictados por los órganos de los Estados y Municipios, la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra los mismos por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, corresponde a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo de las diversas circunscripciones judiciales, en primera instancia, correspondiendo la segunda instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo[31].

---

29. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,* Caracas 2004, pp. 152 y ss.

30. Así lo disponía el artículo 185,3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

31. Así lo disponía el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

NOVENA

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COMO FRENO AL EJECUTIVO: EL SISTEMA PANAMEÑO Y ALGUNAS COMPARACIONES CON EL CASO VENEZOLANO (2015)

Documento de base preparado para la conferencia en el *Colegio Nacional de Abogados de Panamá*, con motivo de la instalación de la *Comisión de Derecho Administrativo, iniciando la celebración de los 100 años de vigencia del Código Administrativo*, Panamá 3 de diciembre de 2015. Agradezco al profesor Javier E. Sheffer Torrón la lectura que le dio a este documento y las observaciones que me formuló sobre el sistema panameño.

I. ESTADO DE DERECHO Y GARANTÍAS JUDICIALES

Un Estado de derecho, en el cual impera el principio de limitación al poder con órganos dispuestos con base en el principio de la separación de poderes, existe efectivamente cuando todas las actuaciones de los mismos se encuentran sometidas al ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, no sólo a la Constitución y las leyes, sino a los reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes; y además, cuando se hayan establecido las necesarias garantías judiciales para asegurar dicha sumisión de los órganos

del Estado al derecho; todo lo cual en general definimos en sentido amplio como el "principio de legalidad."[1].

En tal sentido, por ejemplo, en el proceso de consolidación del Estado de derecho en Panamá, y en particular desde la sanción de la Constitución de 1941, se han venido desarrollando tres sistemas judiciales de control de la conformidad de los actos estatales con el derecho, que son en primer lugar, el sistema de *control judicial de la constitucionalidad* de las leyes y todos los demás actos estatales, atribuido en exclusividad al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, configurada como *Jurisdicción Constitucional*; en segundo lugar, el sistema de *control judicial de legalidad de los actos administrativos* y demás actuaciones de la Administración, atribuido a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia configurada como *Jurisdicción Contencioso Administrativa*; y en tercer lugar, el sistema de *control de casación respecto de la legalidad de los actos judiciales*, atribuido a las Salas Primera, Segunda y Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como tribunales de casación.

Estas tres Jurisdicciones, con sus peculiaridades en cada caso, puede decirse en términos generales que se encuentran en la actualidad establecidas en casi todos los países del mundo contemporáneo, siendo lo importante a destacar en relación con Panamá, lo relativo al criterio seguido por el Constituyente para distinguirlas, que está basado, no en el objeto de control, es decir, no en los actos sujetos a control en cada caso como sucede en general en el derecho comparado,[2] sino en los motivos de control, según sea de inconstitucionalidad o de ilegalidad, que es lo que precisamente hace al sistema panameño que sea considerado único en el derecho comparado.

En efecto, en general, como por ejemplo sucede en Venezuela, la distinción entre dichas Jurisdicciones, no se establece por el motivo de control (inconstitucionalidad o ilegalidad),[3] sin por el objeto controlado, por lo cual

---

1. Véase Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones,* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

2. Véase Allan R. Brewer–Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Porrúa México, 2007; *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada: Colección Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

3 En tal sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia Nº 194 de 4 de abril de 2000 ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso *Milagros Gómez y otros*), así:"El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende *al rango de las actuaciones objeto de control,* esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho

allí la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se intenten *contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución;* correspondiendo en cambio, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocer de las *acciones de nulidad sea por inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los reglamentos y demás actos administrativos*, que son siempre de rango *sub legal.*[4] En ese contexto, igualmente la Jurisdicción de Casación, conoce de los recursos de casación que se intenten tanto *por inconstitucionalidad o ilegalidad contra las sentencias judiciales.*

En contraste con esa tendencia general, el sistema panameño de garantías relativo a la conformidad con el derecho de los actos estatales, sin embargo se presenta entonces como una disidencia en el derecho comparado, pues al configurarse la *Jurisdicción Constitucional* con el monopolio para conocer *de la inconstitucionalidad* de todos los actos estatales (leyes, actos administrativos y sentencias), la *Jurisdicción contencioso administrativa* se establece para conocer sólo *de la ilegalidad* de los actos administrativos; y la

---

contemporáneo. Así las cosas, *la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público."* De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así: "la Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sublegal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide". Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

[4] En tal sentido se resolvió en la sentencia de la Sala Constitucional Nº 6 de 27 de enero de 2000 (Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 81, (enero–marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 213.) lo que se ratificó expresamente por la misma la Sala, en sentencia Nº 194 de 04 de abril de 2000, al decidir un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido conjuntamente con una pretensión de amparo constitucional contra un dispositivo del Reglamento de Personal y Régimen Disciplinario del Personal del Instituto Autónomo Policía Municipal del Municipio Chacao y contra los actos administrativos dictados en ejecución del Reglamento impugnado, señalando lo siguiente: "La Constitución vigente distingue claramente la jurisdicción constitucional de la contencioso administrativa, delimitando el alcance de ambas competencias en *atención al objeto de impugnación*, es decir, *al rango de los actos objeto de control y no a los motivos por los cuales se impugnan."* Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

Jurisdicción de Casación quedó también para conocer sólo del control *de la ilegalidad* de las sentencias casadas.

En cuanto a la *Jurisdicción contencioso-administrativa* que es a la cual queremos referirnos, es el artículo 206.2 de la Constitución el que la regula para controlar "los *actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones* que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas," atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Tercera, la competencia para anular, con audiencia del Procurador de la Administración, "*los actos acusados de ilegalidad*; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal." A tal efecto, la misma norma regula las vías de acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual pueden acudir en contra de los actos administrativos de efectos particulares "las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate"; y en cuanto a los actos de efectos generales, "en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país."

Con esta norma que tuvo su origen en la Constitución de 1941 puede decirse que en Panamá, se constitucionalizó el contencioso administrativo, aun cuando entonces la competencia de la misma fue atribuida, no a la Corte Suprema de Justicia, sino a un Tribunal Contencioso Administrativo separado, el cual fue creado dos años después mediante la Ley Nº 135, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 30 de abril de 1943, luego reformada por la Ley Nº 33 de 1946.

Ese Tribunal funcionó hasta 1956 cuando mediante una nueva reforma constitucional la competencia en materia contencioso administrativa se atribuyó en forma exclusiva a la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, produciéndose lo que en general se ha denomina como "la judicialización del contencioso administrativo,"[5] pasándose de una jurisdicción contencioso administrativa desconcentrada a una jurisdicción concentrada en la Corte Suprema.

En Venezuela, en cambio, el proceso de desarrollo de la jurisdicción fue inverso, y además fue establecida con base en el objeto de control. Allí, la constitucionalización de la competencia en materia contencioso

---

5. Véase Javier Ernesto Sheffer Tuñon, "Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá," en Jaime Rodríguez Arana Muñoz y marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica,* Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 401.

administrativa para controlar los actos administrativos se produjo a partir de 1925, cuando se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia en forma concentrada, hasta que la Constitución de 1961, al regularla, remitió a la Ley la posibilidad de que la Jurisdicción estuviese integrada, además de por una Sala del Corte, por otros tribunales. El importante artículo 206 de la Constitución de 1961, cuyo texto se recogió luego en el artículo 259 de la Constitución de 1999, [6] dispone que:

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

Con base en esa norma, además de la identificación del motivo de la jurisdicción para controlar la conformidad con el derecho de los actos administrativos, se previó la desconcentración de la Jurisdicción, la cual se comenzó a producir a partir de 1976 con la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,[7] estableciéndose entonces tres niveles de competencia judicial contencioso administrativa (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores Contencioso Administrativos), garantizándose en general el principio de la doble instancia.[8] Ese proceso se completó con la sanción de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso

---

6 Véase en general Allan R. Brewer–Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004

7. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en *Gaceta Oficial* Nº 1.893, Extraordinaria del 30–07–76. Véase sobre dicha Ley: Allan R. Brewer–Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

8. En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer–Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930–74 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer–Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; y: Luís Ortiz–Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980–1994),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

Administrativa de 2010,[9] en la cual se establecieron cuatro niveles de tribunales contencioso administrativos, según la jerarquía de los actos controlados, siempre garantizándose el principio de la doble instancia.

Fue precisamente con base en la mencionada norma constitucional incorporada en 1961, que paulatinamente en Venezuela se fueron sentando las bases del contencioso administrativo, primero por vía jurisprudencial,[10] y luego con los aportes de la doctrina nacional,[11] todo lo cual condujo al espectacular desarrollo de la jurisdicción garantista que se consolidó en el país durante todo el período democrático hasta 2000. A esos principios por supuesto son a los que me referiré al comentar comparativamente los principios del sistema venezolano con el régimen en Panamá, no sin antes expresarles la amarga frustración[12] que produce el hecho de que en Venezuela tengamos uno de los más completos sistemas de control judicial de la

---

9 La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en *Gaceta Oficial* Nº 39.447 de 16 de junio de 2010. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010

10. En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer–Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930–74 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer–Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; y: Luís Ortiz–Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980–1994),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

11. Véase entre otros estudios colectivos: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa, 8ª Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" (Enero 1983),* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo*, *I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer–Carías,* Funeda, Caracas, 1995; *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso– administrativo en Venezuela,* 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

12. Véase. Allan R. Brewer-Carías, "La constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela: Formalidad y frustración," en Jaime Rodríguez Arana, William Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, Tomo I, pp. 288-320.

Administración, y a la vez, desde 2003, uno de los sistemas menos efectivos en la práctica por el férreo control político que el régimen totalitario ejerce sobre unos tribunales, particularmente los de garantías, ya totalmente carentes de independencia y autonomía.[13]

Hecha esta salvedad, un dato común que se puede destacar del sistema contencioso administrativo en ambos países, con la evolución específica en cada caso respecto a los criterios adoptados para configurarlo (por el objeto de control en Venezuela y por el motivo de control en Panamá), es que el contencioso administrativo se estableció en ambos casos como una jurisdicción especial integrada al Poder Judicial, de manera que el derecho administrativo en nuestros países no se construyó sobre la base de una supuesta distinción entre una "jurisdicción judicial" y una "jurisdicción administrativa," sino sobre la base de una competencia especializada atribuida a determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero siempre integrados en el Poder Judicial.[14]

---

13. Véase Allan R. Brewer-Carías, "The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary," en Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol. 7, Springer 2015, pp. 205-231; **"**Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una "jurisdicción disciplinaria judicial"), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103

14. Véase Martín Pérez Guevara, "Prólogo", en Allan R. Brewer–Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930–74 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo II. *Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 1–10. Como lo expresó acertadamente la antigua Corte Suprema de Justicia venezolana en sentencia de 15 de octubre de 1970 al comentar el texto del artículo 206 de la Constitución de 1961, se buscó, con el mismo:"resolver, de una vez, en nuestro país, mediante un precepto constitucional, la polémica que ha dividido a tratadistas y legisladores, tanto en Europa como en América, acerca de la conveniencia de que sean órganos independientes del Poder Judicial los que conozcan de las cuestiones que se susciten entre los particulares y la Administración con motivo de la actividad propia de ésta, en sus diversos niveles. Como se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta "consagra el sistema justicialista de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación

La diferencia entre ambos países, sin embargo está en la organización de la Jurisdicción. En Venezuela, además de la Corte Suprema de Justicia, con competencia para anular actos administrativos de las autoridades nacionales,[15] como dije, otros Tribunales (Juzgados Nacionales, los Juzgados Estadales y los Juzgados de Municipio de la jurisdicción Contencioso Administrativo, art. 11 Ley Orgánica 2010) tienen competencia para anular actos administrativos y para controlar la actividad administrativa desarrollada por las autoridades administrativas estadales y municipales.

En cambio, en Panamá, dada la concentración de la Jurisdicción contencioso administrativa en la Corte Suprema de Justicia, éste es el único tribunal en la República con competencia en la materia sea cual sea la autoridad que los emita.

En ambos casos, por otra parte, fue la constitucionalización de la Jurisdicción, en el artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999 (que proviene de la Constitución de 1961),[16] y en el artículo 206.2 de la Constitución panameña de 1972 con sus diversas reformas hasta 2004 (que proviene de la Constitución de 1941), lo que ha permitido en cada país, la consolidación de la misma como garantía para asegurar el sometimiento de la Administración al derecho aun cuando siempre con diferente ámbito, pues en Venezuela, la Jurisdicción Contencioso Administrativa se establece para controlar el sometimiento de la Administración *al derecho*, en cambio que en Panamá, es solo para controlar el sometimiento de la Administración *a la legalidad*, que no es lo mismo.

Por otra parte, en ambos países, el objeto del control es el mismo: son en general los actos administrativos y las actuaciones de la Administración; pero los dos sistemas difieren, como se ha dicho, en cuanto a los motivos de control. En Venezuela, como es la regla general en el derecho comparado, la

---

nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial." Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 15–12–70 en *Gaceta Forense,* Nº 70, 1970, pp. 179–185 y en *Gaceta Oficial,* Nº 29.434 de 6–2–71.

15. La Constitución de 1999, asigna directamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia un conjunto de competencias reducido para: "4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal; 5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente; y 6. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley."

16. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Jurisdicción contencioso administrativa está establecida para asegurar que los órganos del Poder Ejecutivo, o más ampliamente, de la Administración Pública, así como de otros órganos del Estado o los particulares actuando en función administrativa, se sometan en su actuación al derecho, en el sentido más amplio de la expresión, como sometimiento a todas las fuentes del ordenamiento, es decir, a la Constitución, a las leyes, a los reglamentos y a las demás disposiciones normativas del Estado. Por ello, los tribunales de la Jurisdicción tienen competencia para controlar la actuación de la Administración, cualquiera que sea el motivo que se denuncie para ello, incluyendo tanto vicios de inconstitucionalidad como de ilegalidad en sentido estricto. Es por eso que el artículo 259 de la Constitución venezolana habla de la potestad de la Jurisdicción para anular "los actos administrativos *por contrariedad al derecho*, incluso por desviación de poder," lo que hace que en Venezuela, el juez contencioso administrativo también sea juez constitucional de los actos administrativos.

En cambio en Panamá, al regularse directamente en el mismo artículo 206 de la Constitución la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, como Jurisdicción constitucional, organizándola por el motivo de control respecto de la constitucionalidad de los actos estatales, cualquiera que ellos sean, la Jurisdicción contencioso administrativa entonces, atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema, entonces, inevitablemente se la concibió para efectuar solo el *control de la legalidad* de la actuación de la Administración, estándole vedada pronunciarse sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa, lo que solo puede hacer en exclusiva la Jurisdicción constitucional. Por ello, el artículo 206.2 de la Constitución especifica que la Jurisdicción contencioso administrativa solo puede "*anular los actos acusados de ilegalidad,*" quedándole vedado a la misma poder juzgar sobre la constitucionalidad de las actuaciones administrativas, lo que lamentablemente, en definitiva, aleja la Constitución del ciudadano y de la cotidianeidad del control.

Tomando en cuenta esta disidencia del sistema panameño en relación con el derecho comparado, quisiera referirme ahora a algunos aspectos fundamentales relativos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa comparando el sistema de Panamá con el venezolano, tratando tres aspectos específicos: en primer lugar, el principio de la especialidad que caracteriza a la Jurisdicción; en segundo lugar, el principio de la universalidad del control; y en tercer lugar, a la iniciativa del control, dando cuenta allí de otra disidencia del caso panameño en relación con la tendencia general en el derecho comparado que son las llamadas "consultas de ilegalidad."

II. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En cuanto al tema de la especialidad de la Jurisdicción contencioso administrativa, la misma se ha configurado en general, como sucede en todos los países de régimen administrativo –con excepción de Francia y otros países como Colombia– como una Jurisdicción especial en el ámbito del Poder Judicial, para controlar determinados actos estatales que son los actos administrativos y demás actuaciones de la Administración.

1. El principio de la especialidad de la organización de la Jurisdicción dentro del Poder Judicial

El primero de los aspectos relativo al principio de la especialidad es el referido a la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, como una jurisdicción especial dentro del Poder Judicial del Estado, encomendándose a unos órganos judiciales determinados y especializados, en este caso, por razón de los actos sometidos a control, y obviamente de los sujetos que los producen.

Como hemos dicho, tanto el sistema venezolano como el panameño se apartan del sistema francés que nació de una peculiar interpretación del principio de la separación de poderes condicionada por la desconfianza en los jueces que tuvo su origen en los días de la Revolución francesa. De esta peculiaridad histórica derivó la prohibición para los jueces de poder controlar la Administración y sus actos, todo lo cual condujo al sometimiento de la Administracion a unos órganos jurisdiccionales separados del Poder Judicial, en particular del Consejo de Estado, y con ello, al propio desarrollo del derecho administrativo en Francia que tanto influyó en todos los países latinos; influencia que, sin embargo, no comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial que se desarrolló en Francia.[17]

Por ello lo cierto es que, con la excepción de Colombia, en todos los países latinoamericanos impera el principio de la judicialización de la Jurisdicción contencioso administrativa, quedando claro como lo han reconocido los propios autores franceses, que una "jurisdicción administrativa" separada de la "jurisdicción judicial," no es condición necesaria para la existencia misma del derecho administrativo.[18]

Esta judicialización de la Jurisdicción contencioso administrativa, en todo caso, es la que existe en Venezuela y Panamá, con la diferencia de que

---

[17] La situación de Colombia, en este sentido, es excepcional en el derecho comparado Véase, Miguel González Rodríguez, *Derecho procesal Administrativo,* Bogotá, 1986.

[18]. Véase Jean Rivero, *Droit Administratif,* Precis Dalloz, París, 1962, pág. 118.

como ya señalé, en Venezuela es desconcentrada atribuida a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; y a los Juzgados Nacionales, a los Juzgados Superiores Estadales y a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Art. 11, Ley Orgánica 2010);[19] y en Panamá es concentrada atribuida a un solo órgano judicial, que es la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, lo que ha sido así desde la eliminación en 1956 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se había organizado en 1943.

Esta diferencia que existe entre Venezuela y Panamá, de una Jurisdicción en el primer caso desconcentrada en varios niveles tribunalicios según los actos sometidos a control (de autoridades nacionales, estadales y municipales), y en el segundo, concentrada en un solo tribunal, que es la Corte Suprema, en todo caso origina diferencias notables, que sin duda afectan tanto las posibilidades mismas de control, como la garantía del debido proceso.

En cuanto al caso de Panamá, dado el importante desarrollo que ha experimentado la Administración Pública en Panamá en las últimas décadas, las posibilidades de control sin duda puede considerarse que se han visto afectadas por la congestión que tiene que haberse producido en la Sala Tercera, donde solo tres magistrados tienen la abrumadora carga de pretender controlar toda la actividad administrativa de este país, en toda la extensión de su territorio, mediante decisiones adoptadas en única instancia, definitivas y obligatorias (art. 20.2).

Misión, sin duda, que pienso que es casi imposible de cumplir, como por ejemplo lo que observado Javier Ernesto Sheffer, por el "excesivo centralismo y carencia de especialidad" que existe, propugnando la necesaria reforma del sistema para distribuir la competencia contencioso administrativa entre varios niveles de tribunales. [20]

---

[19] Además, debe decirse que también forman parte de la jurisdicción contencioso administrativa, por una parte, los tribunales que forman la "jurisdicción especial tributaria" con un régimen especial previsto en el Código Orgánico Tributario (art. 11); por la otra la incipiente Jurisdicción Contencioso Electoral atribuida a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (art. 297)l y finalmente, la jurisdicción especial contencioso administrativa en materia agraria y ambiental, prevista en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario,[19] atribuida a los Tribunales Superiores Regionales Agrarios y a la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Véase sentencia de la Sala Político Administrativa Nº 836 del 15 de julio de 2004 (Caso: *Daniel Laguado Estupiñán)*.

[20] Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva," en Jaime Rodríguez Arana, William Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, Foro

Pero a la congestión de asuntos en la Sala Tercera, pensamos además que se suma otro problema, que es la ausencia de especialidad, al haberse atribuido a la misma la competencia para conocer de los recursos en materia de casación laboral respecto de las resoluciones judiciales dictadas en asuntos obrero patronales del sector privado (art. 97.13 y 99 del Código Judicial aprobado por medio de la Ley No. 29 de 1984). Ello, sin duda, creo que es totalmente inconvenientemente en vista de la especialidad que requieren los asuntos contenciosos relativos al control de la legalidad de los actos administrativos y de las actuaciones de la Administración,[21] tan alejados de los conflictos laborales.

Esta concentración de la competencia contencioso administrativa en la Sala Tercera de la Corte Suprema, por otra parte, puede decirse que también afecta el derecho ciudadano de acceso a la justicia contencioso administrativa, haciendo difícil el litigio a los ciudadanos residenciados en los confines del territorio, por tener que venir a la Capital donde está ubicada la Corte Suprema. Además también podría decirse que afecta el derecho ciudadano a la revisión de las decisiones judiciales al no estar asegurado el derecho a la doble instancia[22] que garantiza, entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. El principio de la especialidad de la competencia por el objeto de control: actos administrativos, Administración, servicios públicos, actividad administrativa

Pero el principio de la especialidad en la Jurisdicción contencioso administrativa no solo determina su organización, sino por supuesto, también determina la competencia de sus órganos, es decir, la especialidad de los asuntos que corresponden ser sometidos al conocimiento de los mismos, los cuales están condicionados por dos factores fundamentales: por una parte, por las personas jurídicas que como sujetos de derecho están sometidos a dicha jurisdicción especial, en el sentido de que una de las partes de la relación jurídico-procesal debe ser en principio, una persona estatal, es decir, integrada a la organización general del Estado, que puede ser de derecho público, o de derecho privado como parte de la organización de la Administración pública del Estado, e incluso, en algunos casos, una entidad privada actuando en función administrativa o ejerciendo prerrogativas del Poder Público, o que, por ejemplo, preste un servicio público mediante concesión. [23]

Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, Tomo I, pp. 621, 623*)*.

21 Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva*", loc. cit*., pp. 624.

22 *Idem*.

23 Art. 7, LOJCA 2010, Venezuela.

Por otra parte, respecto a las relaciones jurídicas, hechos, omisiones y actos jurídicos que la jurisdicción especial está llamada a juzgar, esos son los actos administrativos y los hechos, omisiones y relaciones jurídico-administrativos originados por la actividad administrativa,[24] que son siempre de carácter sublegal.

En el caso de Venezuela, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley Orgánica de 2010 en tal sentido enumera las competencias de la Jurisdicción, para conocer de:

> "1. Las impugnaciones que se interpongan contra los *actos administrativos* de efectos generales o particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder.
> 2. De la *abstención o la negativa* de las *autoridades* a producir un acto al cual estén obligados por la ley.
> 3. Las reclamaciones contra las *vías de hecho* atribuidas a los *órganos del Poder Público*.
> 4. Las *pretensiones de condena* al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por *responsabilidad* contractual o extracontractual de los *órganos que ejercen el Poder Público*.
> 5. Los reclamos por la *prestación de los servicios públicos* y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los *prestadores* de los mismos.
> 6. La resolución de los recursos de *interpretación* de leyes *de contenido administrativo*.
> 7. La resolución de las *controversias administrativas* que se susciten entre la *República, algún estado, municipio u otro ente público*, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades.
> 8. Las *demandas* que se ejerzan contra *la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en las cuales la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas* antes mencionadas tengan participación decisiva.
> 9. Las *demandas* que ejerzan la *República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas* antes mencionadas tengan participación decisiva, si es *de contenido administrativo*.

[24] Art. 8, LOJCA 2010, Venezuela.

10. Las *actuaciones, abstenciones, negativas o las vías de hecho* de los consejos comunales y de otras personas o grupos que en virtud de la participación ciudadana ejerzan *funciones administrativas*.
11. Las demás *actuaciones de la Administración Pública* no previstas en los numerales anteriores."

En el caso de Panamá, la Ley Nº 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa, reformada sustancialmente por la Ley Nº 33 de 1954, enumera la competencia por el objeto de control deriva del artículo 206.2 de la propia Constitución,[25] conforme al cual la Sala Tercera tiene competencia para:

1. Controlar las *resoluciones, órdenes o disposiciones* que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los *funcionarios públicos y autoridades* nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, y anular los *actos administrativos* que dicten acusados de ilegalidad, con competencia para estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

2. Controlar las omisiones en que incurran, en el ejercicio de sus funciones, los *funcionarios públicos y autoridades* nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

3. Controlar la prestación defectuosa o deficiente de los *servicios públicos*.

4. Restablecer los derechos particulares violados por la *Administración* y condenar a la *Administración* por reparación por lesión de derechos subjetivos, lo que abre el enrome campo para el contencioso de la responsabilidad administrativa, contractual y extra contractual.

Por tanto, en general, en ambos casos se trata de una competencia especializada de los tribunales de la Jurisdicción, a los cuales están sometidas ciertas personas de derecho público o de derecho privado de carácter estatal, o personas o entidades que ejercen la función administrativa o prestan servicios públicos, y que juzga determinados actos o relaciones jurídicas de derecho administrativo.

Por ello, de acuerdo con estas normas, en cuanto a la especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, la misma se construye en torno a los conceptos básicos a que hacen referencia las mismas, que son los "*actos administrativos,"* la "*administración,"* los "*servicios públicos*", la

[25] Lo que se complementa con lo establecido en el artículo 97 del Código Judicial, y por la Ley No. 38 de 2000, que contiene el procedimiento administrativo general, y cuyo Libro primero prevé el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

"*responsabilidad*" administrativa y a la "*actividad administrativa*," de lo que resulta que el ámbito y el dominio de la jurisdicción contencioso-administrativa en general, es el conocimiento de los litigios en que la "administración" (o entidades no estatales actuando en función administrativa) sea parte, originados ya sea por "actos administrativos", por "responsabilidad" de la administración, por la prestación de "servicios públicos" o por la "actividad administrativa."

Ello conlleva la competencia en materia de anulación de actos administrativos y además en materia de resolución de todas las otras pretensiones que se pueden formular en demandas contra los entes públicos en las cuales no necesariamente se plantee la nulidad de actos administrativos, como serían las pretensiones que buscan el restablecimiento de derechos lesionados, incluyendo la condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual y extracontractual de los órganos que ejerzan el Poder Público; así como las demandas por la actuación material constitutiva de vías de hecho de la Administración[26] contra la abstención o la negativa de los entes públicos a dictar un acto al cual estén obligados por la ley.[27]

En Venezuela, además, se agrega la competencia específica de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo para dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley puede atribuir su conocimiento a otro tribunal, lo que da origen al *contencioso de la solución de controversias administrativas*. [28]

II. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Otro principio que caracteriza a la Jurisdicción contencioso administrativa al cual me quería referir, es el principio de la universalidad del control, desarrollado con el objeto de asegurar la tutela judicial efectiva frente a la Administración.

Para ello, por ejemplo, el artículo 259 de la Constitución de Venezuela hace referencia a los actos administrativos y demás actividades de la Administración; y la Constitución de Panamá en su artículo 206.2 enumera a los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten y expidan los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

---

26 Arts. 9,3; 23,4; 24,4;25,5 LOCJCA 2010, Venezuela.

27 Arts. 9, 2 y 10, LOJCA 2010, Venezuela.

28 Art. 266.4 Constitución; art, 9,6; 23,7, LOJCA 2010, Venezuela.

Estas previsiones implican que constitucionalmente todos, absolutamente todos los actos administrativos y actuaciones de la Administración deben poder ser sometidos a control judicial ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, sea por contrariedad al derecho, como en Venezuela, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto; o sea por ilegalidad como en el caso panameño. Los enunciados de nuestras Constituciones, en mi criterio, no admiten excepciones estando más bien marcadas sus regulaciones por el signo de la universalidad del control.

La consecuencia de ello, por tanto, es que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales. Este parecería ser el caso, en mi criterio, por ejemplo, del artículo 28 de la Ley Nº 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que excluye de la Jurisdicción (indicando que no son "acusables" ante ella) determinados actos que tienen su origen en contratos del Estado, resoluciones administrativas en materia de policía, y sanciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública.[29]

El principio de la universalidad del control, al contrario, por ejemplo se recoge expresamente en el artículo 8 de la Ley Orgánica de 2010 de Venezuela al indicar bajo el acápite de "universalidad del control," que el objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es la "actividad administrativa" desplegada por todos los órganos y entes sujetos a control, lo cual incluye los actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados." Una fraseología similar puede decirse que se encuentra en el artículo 206.2 de la Constitución de Panamá.

Segundo, el principio implica que esa actividad administrativa o acto administrativo que está sometido a control puede emanar de cualquier ente y órgano de la Administración Pública, no sólo la que actúa en ejercicio del Poder Ejecutivo sino en ejercicio de cualquiera de los otros Poderes Públicos, o de cualquier entidad incluso no estatal que actúe en función administrativa.

Por ello en el artículo 7 de la Ley Orgánica de 2010 de Venezuela, por ejemplo, se enumeran, aun cuando en forma imperfecta, como "entes y órganos controlados" o "sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," a los siguientes: 1) Los órganos que componen la Administración Pública; 2). Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional; 3).

---

[29] La Sala Tercera, sin embargo, entendemos que ha asumido la competencia, en casos referidos, por ejemplo, a la remoción del cargo de dichos funcionarios.

Los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva; 4). Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa; 5). Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y 6) Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.

La universalidad del control contencioso administrativo, por otra parte, es quizás la condición esencial para que la Jurisdicción contencioso administrativa pueda ser el instrumento efectivo y necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración que casi todas las Constituciones contemporáneas regulan como derecho fundamental, previendo los medios de acceso a la justicia. Es decir, las diversas acciones y recursos que originan los procesos contencioso administrativos, que no son solamente de carácter objetivo, en relación con la nulidad de los actos administrativos, sino de orden subjetivo en defensa de derechos subjetivos frente a la Administración para su restablecimiento o reparación, e incluso, en defensa de derechos colectivos e intereses difusos.

Es decir, para asegurar el sometimiento a la legalidad de la Administración Pública conforme al principio de la universalidad del control de la actividad administrativa, se debe asegurar a todas las personas afectadas el derecho a ser tuteladas judicialmente en forma efectiva mediante la garantía del acceso a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa para poder hacer valer sus derechos e intereses frente a la Administración Pública, sus órganos o entes, y ante las entidades que ejerzan la función administrativa, incluso los colectivos o difusos; y además, a obtener con prontitud la decisión correspondiente, mediante un procedimiento que garantice el debido proceso.

Para asegurar ese acceso, en Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de 2010 ha establecido un elenco de *recursos y acciones* puestos a disposición de los ciudadanos y de toda persona interesada, que les permite acceder a la justicia administrativa. Así, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, está el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos de orden patrimonial o no patrimonial, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado; y las

acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos.[30]

En el caso de Panamá, en el mismo sentido, conforme a las normas de la Constitución, y al menos de la Ley Nº 135 de 1945, del artículo 97 del Código Judicial, y de la Ley Nº 38 de 2000, se destacan las siguientes *acciones y recursos*: el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales; el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, en el cual también, además de solicitarse la invalidez del acto se puede pedir el restablecimiento del derecho particular violado; el conjunto de demandas contra los entes públicos (llamados de plena jurisdicción) para el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa; el contencioso de interpretación; el contencioso de protección de derechos humanos "justiciables;" el control que ejerce la Sala en materia de cumplimiento, interpretación y extinción de contratos públicos (por vía de nulidad o plena jurisdicción); el contencioso relativo a decisiones sobre recaudación de tributos, o deudas de particulares en relación con otros recursos o bienes públicos; las demandas de orden patrimonial o no patrimonial, para obtener reparación por lesión de los derechos subjetivos; y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos.[31]

De estas normas deriva, por tanto, que el contencioso-administrativo no sea solamente un proceso a los actos administrativos, sino que también sea un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, incluyendo los derechos e intereses colectivos y difusos, donde por supuesto, se incluye también los derechos y libertades constitucionales.

Por tanto, el contencioso-administrativo no sólo se concibe como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino de tutela de los derechos e intereses de los recurrentes frente a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo, tiene competencia para anular los actos administrativos contrarios a derecho o por ilegalidad, y además, para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y adicionalmente, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa. A

30. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela", en *Revista de Derecho Público*, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, págs. 6 y ss.

31 Entre las reformas que podrían plantearse en Panamá, está la inclusión del recurso contra la abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen.

lo anterior se agregan los reclamos derivados de la prestación de servicios públicos.

Con base en esas normas, por otra parte, es que puede decirse que la Jurisdicción contencioso-administrativa, al ser un instrumento para facilitar el control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos, se muestra como una manifestación específica del *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración;* configurándose constitucional y legalmente, básicamente, como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. [32]

A los efectos de asegurar la tutela judicial efectiva frente a la actuación de la administración, las leyes han regulado los diversos procesos contencioso administrativos, establecidos tanto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de Venezuela de 2010,[33] como en la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá, sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que derivan del conjunto de atribuciones asignadas a los diversos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el caso de Venezuela, conforme a los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley Orgánica de 2010, puede decirse que se han regulado siete procesos contencioso administrativos, que son: (i) el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos;[34] (ii) el proceso contencioso administrativo contra las carencias administrativas; (iii) el

---

32. Y ello, a pesar de que en la Ley Orgánica de 2010 de Venezuela, por ejemplo, se atribuya a los órganos de la Jurisdicción competencia para conocer de las demandas que pueda intentar la Administración contra particulares, o de las demandas entre personas de derecho público (artículo 9,8), lo que convierte a la Jurisdicción en cierta forma, como el fuero de la Administración; y de que la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá, disponga que el Órgano Ejecutivo puede promover ante la Jurisdicción cualquier causa contencioso administrativa en defensa de los derechos e intereses de la Nación; o que la Ley No. 38 de 2000, le atribuya a la Procuraduría de la Administración la competencia para promover acciones contencioso administrativas en que sea parte la Nación (art. 5.6), lo cual debe ser siguiendo órdenes e instrucciones del órgano Ejecutivo (art. 370, Código Judicial).

33 Véase el texto en el libro: Allan R. Brewer-Carías "Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9-151.

34 Véase en general la obra colectiva, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. I y II, FUNEDA, Caracas, 2010 y 2011, respectivamente.

proceso contencioso administrativo de las demandas patrimoniales[35]; (iv) el proceso contencioso administrativo de las demandas contra las vías de hecho[36]; (v) el proceso contencioso administrativo en materia de prestación servicios públicos[37]; (vi) el proceso contencioso administrativo para la resolución de las controversias administrativas; y (vii) el proceso contencioso administrativo de interpretación de las leyes.[38]

En el caso de Panamá, conforme a la Ley Nº 135 de 1943, la Ley Nº 38 de 2000 y al Código Judicial, en cambio, los procesos contencioso administrativos regulados según entiendo de sus normas serían básicamente los siguientes: (i) el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos; (ii) el proceso contencioso administrativo denominado de plena jurisdicción, contra actos de efectos particulares; (iii) el proceso de las demandas de plena jurisdicción e indemnización directa; (iii) el proceso de impugnación de actos administrativos dictados en función jurisdiccional en vía gubernativa; (iv) el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos; (v) el proceso contencioso administrativo de interpretación; (vi) y el proceso contencioso administrativo de apreciación de validez de los actos administrativos. El contencioso por la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos se incluye, en panamá, en las demandas para exigir responsabilidad patrimonial del Estado para reparar los daños causados a los particulares.

---

35 Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, "Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 299-340.

36 Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

37 Véase Jorge Kiriakidis, "Notas en torno al Procedimiento Breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 167-193.

38 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9-151.Véase además, Allan R. Brewer-Carías, "Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela", en *Revista de Derecho Público,* Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 6 ss.

IV. EL PRINCIPIO DE LA BILATERALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA INICIATIVA DE CONTROL

1. El principio dispositivo y la disidencia en el caso de Panamá con la "consulta de ilegalidad"

Un último aspecto general que quería tratar en esta aproximación general al contencioso administrativo es en relación con la iniciativa de control tanto en el sistema panameño como en el venezolano, y que presupone el principio de la bilateralidad de los procesos contencioso administrativos, lo que implica la presencia en los mismos, de una parte demandante a la cual corresponde la iniciativa del control conforme al principio dispositivo, y una parte demandada, generalmente un ente público

En efecto, refiriéndonos en particular a los procesos contencioso administrativos de anulación de los actos administrativos, que son la esencia tradicional de la Jurisdicción contencioso administrativa, lo común en el derecho comparado es que dichos procesos de anulación se inicien a instancia de la parte interesada afectada por un acto administrativo mediante el ejercicio de una acción de nulidad, la cual incluso en muchos países se puede intentar por la propia Administración contra sus propios actos definitivos y firmes creadores de derechos, mediante el procedimiento llamado en algunos países como proceso de lesividad.

Es decir, en general, puede decirse que no hay proceso contencioso de anulación de un acto administrativo sin acción de nulidad. Por ello, en el mismo, como en todos los procesos judiciales, rige el principio dispositivo que exige que los mismos deban iniciarse siempre a petición de parte, no existiendo caso alguno en el cual el juez contencioso administrativo esté autorizado para iniciar un proceso de oficio. De allí que por ejemplo, incluso en forma expresa, en el artículo 30 de la Ley Orgánica de 2010 de Venezuela se dispone el principio, que "los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán a instancia de parte."

Y esa parte, en general debe ser la parte demandante que debe cumplir las exigencias de legitimación activa necesarias para intentar los recursos o las demandas.

Esto último, sin embargo, puede decirse que encuentra una excepción precisamente en el sistema panameño de control contencioso administrativo, al haberse regulado en el artículo 73 de la Ley Nº 38 de 2000 sobre Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y sobre el Procedimiento Administrativo General, un procedimiento contencioso administrativo de nulidad específicamente de normas reglamentarias o de actos administrativos cuando deben aplicarse para la decisión de un procedimiento administrativo concreto, que se califica como "consulta de legalidad," el cual se inicia, no mediante una acción intentada por una parte, sino mediante una "consulta"

que solo puede ser formulada por una autoridad administrativa ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, cuando ella misma advierta de oficio o por "advertencia de ilegalidad" que formule alguna de las partes en el procedimiento administrativo, en el sentido de "que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad."

En estos casos, la autoridad administrativa de que se trata conforme al artículo 201.25 de la Ley 38 de 2000 debe ser "una autoridad administrativa encargada de administrar justicia," es decir, en principio, una autoridad administrativa actuando en función jurisdiccional, aun cuando se admite que sea simplemente en ejercicio de sus funciones administrativas (art. 201.9). Esa autoridad, dentro de los dos días siguientes a la advertencia sobre la ilegalidad, debe someter la consulta ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que ésta se pronuncie sobre la ilegalidad de la norma o acto administrativo, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de la Sala.

En estos casos, agrega la norma, la autoridad administrativa debe seguir tramitando el procedimiento administrativo hasta colocarlo en estado de decisión, la cual solo se puede proferir una vez la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se haya pronunciado sobre la consulta o advertencia respectiva.

En los procedimientos administrativos (vía gubernativa) los interesados únicamente pueden formular, por instancia, una sola advertencia o consulta de inconstitucionalidad del acto.

Se reguló así, en Panamá, un procedimiento contencioso administrativo de anulación absolutamente excepcional, referido a ciertas normas reglamentarias o de ciertos actos administrativos que deben aplicarse para resolver un procedimiento administrativo concreto, que no tiene su origen en una acción intentada por los interesados ante la Sala, sino en una consulta de legalidad que el funcionario público encargado de decidir el procedimiento administrativo, debe formular ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, de oficio o a instancia de parte. Con el procedimiento, hasta cierto punto, podría decirse que se obtiene el mismo resultado que se persigue con el recurso de lesividad que se establece en muchos países, cuando la Administración, al no poder revocar una acto administrativo, lo somete a revisión judicial para lograr su anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Pero dejando aparte el caso excepcional de las consultas de ilegalidad, lo normal es que los procesos contencioso administrativos se inicie a instancia de parte, mediante el ejercicio de las acciones de nulidad, para lo cual lo común es que la legislación establezca las condiciones de la legitimación activa necesarias, según el objeto de la impugnación, es decir, según se trate de acciones contra actos administrativos de efectos generales o actos de efectos particulares.

2. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos generales: la acción popular

Si se trata de un acto administrativo de efectos generales, que por ejemplo sea de carácter normativo, la acción contencioso administrativa tanto en panamá como en Venezuela se configura como una acción popular que puede intentarse por cualquier persona con el simple interés en la legalidad.

Como lo indica el artículo 22 de la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá, la acción popular puede ejercerse por "cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra el derecho."

En el caso de Venezuela, igualmente, tratándose de actos administrativos de efectos generales, la legitimación para impugnarlos corresponde a cualquier ciudadano bastando que alegue un simple interés en la anulación o en el mantenimiento del acto impugnado.

Como lo ha definido la jurisprudencia en Venezuela, es una acción que "corresponde a todos y cada uno de los individuos que componen un conglomerado, para impugnar la validez de un acto del Poder Público que, por tener un carácter normativo y general, obra *erga omnes,* y, por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual."[39] En estos casos ha agregado la antigua Corte Suprema, la acción puede ser "ejercida libremente por cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos" invocando simplemente "el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad."[40] En este caso, agregó la antigua Corte, que "la acción se da a cualquiera del pueblo (de allí su denominación) estando dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien por esta sola razón no requiere estar investido de un interés jurídico diferencial o legítimo."[41]

---

[39] Véase la sentencia de la antigua Corte Federal de 14-03-60 en *Gaceta Forense* Nº 27, 1960, págs. 127-132 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en *Gaceta Oficial* Nº 1.472 Extra. de 11-06-71. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1940-1975 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo V, Vol. I, Caracas, 1978, pp. 209-304.

[40] Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 06-02-64 en *Gaceta Oficial* Nº 27.373 de 21-02-64. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia…*, *cit*., Tomo V, Vol. I, pág. 296.

[41]. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en *Gaceta Oficial* Nº 1.472 Extra, de 11-06-71, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 21-11-74, en *G.O.* Nº 30.594 de 10-01-75. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia...*, *cit.,* Tomo V, Vol. I, págs. 304 y 314.

3. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares: interés personal

En cambio si se trata de la impugnación de un acto administrativo de efectos particulares, la legitimación activa corresponde conforme a la misma norma de la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá a "las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate," igualmente en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra el derecho.

Estas "personas afectadas," equivale a lo que en la ley venezolana en materia de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares (artículo 29 de la LOJCA 2010), se identifica con los titulares de "un interés jurídico actual" en la impugnación, que la parte impugnante debe tener al momento de realizarse la actuación procesal, y se refiere a la relación o situación jurídica concreta que tenga la persona respecto del acto impugnado.

En Venezuela, esta legitimación activa tradicionalmente se había atribuido a las personas que fueran titulares de un "interés personal, legítimo y directo"[42] en la impugnación del acto administrativo; exigencia que fue eliminada la LOJCA 2010, limitándose a usar la expresión de "interés jurídico actual."

Conforme a los principios tradicionales, que se desarrollaron en la jurisprudencia, la necesidad de que el recurrente en los juicios de nulidad tuviese un interés personal, legítimo y directo en la impugnación, implicaba que tratándose de actos individuales o de efectos particulares, en el proceso sólo podían "actuar los sujetos a quienes directamente afectaba el acto administrativo,"[43] es decir, "los que tuvieran un interés legítimo en su anulación." Esta noción de interés personal, legítimo y directo, fue por ejemplo precisada con acuciosidad por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa en sentencia del 13 de octubre de 1988 (caso: *Cememosa*), al clarificar que por *interés legítimo* "debe entenderse como la existencia de una tutela legal sobre la pretensión del actor;" que el *interés sea personal* "alude a la de que el actor haga valer en su nombre o en el de un sujeto o comunidad a los cuales representa, su pretensión;" y que el *interés sea directo*, se refiere a "que el efecto del acto recaiga sobre el actor" y que "el acto esté destinado al actor." En fin la exigencia apuntaba a que "el impugnante sea el afectado,

---

42 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares", en *Revista de Derecho Público,* Nº 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 227-233.

43 Véase en *Gaceta Forense,* Nº 27, pp. 127-132. Véase además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema… cit.*, Tomo V, Vol. I, *cit.,* p. 293.

el que recibe los efectos inmediatos de la decisión sobre su esfera de intereses."[44]

Esta exigencia, como se dijo, sin embargo, comenzó a variar en 2000, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, Nº 873 de 13 de abril de 2000 (Caso: *Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera*), en la cual consideró que conforme a las previsiones de la Constitución de 1999, habría "quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley al menos en lo que respecta "a la exigencia de que el interés legitimador fuera personal y directo." La Sala concluyó entonces indicando que "el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo "legítimo", ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos." Sin embargo, por lo que respecta al interés directo, la Sala lo consideró sin aplicación por lo que el recurrente en estos procesos de nulidad, "cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo" debe admitirse la impugnación al ser "titular de un 'interés indirecto', lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo."

Consideró la Sala, en consecuencia, que es suficiente para impugnar los actos de efectos particulares, "que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo." tratándose siempre, por supuesto de un interés legítimo y actual. Además, señaló la Sala que en lo que respecta a la exigencia de que el interés sea "personal," que "la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses "difusos" y "colectivos," concluyendo entonces que "el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad." Terminó la Sala Político Administrativa aclarando que, en todo caso, "no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular" en cuyo caso "al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado."[45]

Me refiero a todo este criterio jurisprudencial de 2000, porque a pesar del mismo, la Ley Orgánica de 2004 repitió en su texto la norma de la derogada Ley Orgánica de 1976 (norma que había sido considerada tácitamente derogada por la Constitución por la Sala Político Administrativa del Tribunal

---

44 Véase *Revista de Derecho Público,* Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 445 ss.

45 Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583

Supremo), exigiéndose el "interés personal, legítimo y directo" como condición de legitimidad para interponer el recurso contencioso de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares (Art. 21.9); razón por la cual continuó siendo, hasta 2010, la condición básica de la legitimación para intentar demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares o para hacerse parte en los juicios. A partir de 2010, sin embargo, como se dijo, ni la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 establecen condición alguna de interés del recurrente para intentar acciones contencioso administrativas contra actos de efectos particulares, por lo que sobre la base esencial de tratarse siempre de un interés legítimo y actual, será la jurisprudencia la que irá delineando la legitimación.

4. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos en representación de intereses difusos o colectivos

Por otra parte, siguiendo una tendencia general que se observa en el mundo contemporáneo en relación con las garantías judiciales frente a las actuaciones del Estado, en las acciones contencioso administrativas, la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no solo se manifiesta en la protección del interés personal de la persona afectada directamente por un acto administrativo, sino en protección de los intereses colectivos y difusos que también puedan resultar afectados por la acción de la Administración.

Por ello, con base en el principio de la tutela judicial efectiva establecida en la Constitución de 1999 (art. 26), también ha venido adquiriendo importancia el tema de la protección de los derechos de naturaleza colectiva, que corresponden a un grupo más o menos definido de personas, y respecto de los cuales su violación afecta no sólo derechos personales sino al grupo entero de personas o colectividad al cual pertenecen los individuos.

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias importantes e la materia, habiendo definido los "derechos colectivos" como aquellos que corresponden a un grupo de personas no determinadas o individualizas que forman parte de un sector de la población, cuando entre ellas existe un vínculo jurídico que las unifica, como sucede en los casos de daños a grupos profesionales, de vecinos, sindicatos, o de habitantes de un área urbana.[46] La Sala Constitucional, igualmente en cuanto a los intereses difusos, los ha identificado como aquellos que pueden afectar a la población en general porque buscan asegurar a las personas en general una mejor calidad de vida así como condiciones mínimas de existencia,[47] incluyendo en ellos, por ejemplo, están los daños al ambiente o a los consumidores que tienen efectos dañinos y expansivos en relación con

46 Véase la sentencia de la Sala Constitucional Nº 656 de 5 de junio de 2001 (Caso: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*).

47 *Idem,*

grandes grupos de la población, y que responden a obligaciones genéricas de protección al ambiente o a los consumidores.[48]

Para la protección de esos intereses, en cuanto a la legitimación activa para recurrir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela se la ha reconocido a "*cualquier individuo con capacidad legal*" que busque "impedir daños a la población o a sectores de la misma a los que pertenece," extendiendo "la legitimación a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y otras entidades colectivas dedicadas a la defensa de la sociedad, siempre que actúen dentro de los límites de sus fines societarios referidos a la protección de los intereses de sus miembros."[49]

En estos casos, la Sala Constitucional ha establecido que la acción debe basarse "no sólo en el derecho personal o interés del accionante, sino también en el derecho común o colectivo,"[50] exigiendo en consecuencia que exista una relación o vínculo "incluso sin ser de carácter jurídico, entre quien demanda en nombre del interés general de la sociedad o de parte de ella (interés social común) y el daño o peligro causado a la colectividad."[51]

5. La parte demandada en los procesos contencioso administrativos de anulación y la participación de coadyuvantes

Por último, tratándose de procesos judiciales, el principio de la bilateralidad implica que además de los demandantes, en los procesos contencioso administrativos también debe participar la parte demandada, que en principio debe ser la autoridad que dictó el acto administrativo, o que incurrió en responsabilidad causando un daño, por ejemplo.

En Venezuela, en los procesos contencioso administrativos de anulación de actos administrativos, por ejemplo, la situación de demandado conforme a la Ley Orgánica de 2010, corresponde a la Administración Pública interesada autora de acto administrativo, en cabeza del representante del órgano o ente

48 *Idem*.

49 Véase sentencia de la Sala Constitucional de 30–06–2000 (Caso: *Defensoría del Pueblo*. Véase las referencias y comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas 2001, pp. 110–114.

50 Véase sentencia Nº 1948 de 17–02–2000 (Caso: *William O. Ojeda O. vs. Consejo Nacional Electoral*).

51 *Idem*. *Véase* sentencia Nº 1948 de 17–02–2000 (Caso: *William O. Ojeda O. vs. Consejo Nacional Electoral*). Sin embargo, a pesar de las sentencias progresistas antes mencionadas en relación con la protección de los intereses colectivos o difusos, como los derechos políticos, en una más reciente decisión de 21 de noviembre de 2005, la Sala Constitucional ha revertido su decisión en un caso intentado por otro partido político denominado "Un Solo Pueblo". *Véase* Caso *Willian Ojeda vs. Ministro de la Defensa y los Comandantes Generales del Ejército y de la Guardia Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, Nº 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

que lo haya dictado el acto, quien debe ser notificado (art. 78,1), al cual, por lo demás, se le debe requerir el expediente administrativo (art. 79).

Además, la condición de demandados también corresponde a los interesados en el mantenimiento del acto, que de ser necesario deben ser emplazados mediante cartel (art. 80). Si la acción de nulidad contra un acto administrativo de alguna autoridad nacional se acompañada además con alguna pretensión de condena por ejemplo por responsabilidad administrativa que pueda afectar el patrimonio del ente público nacional demandado, el juez contencioso administrativo, además debe notificar al Procurador General de la República que es el representante de los intereses patrimoniales de la misma, y como tal debe intervenir en los juicios.

En el caso de Panamá, por el rol preponderante que se establece en la Ley Nº 38 de 2000 respecto de la actuación de la Procuraduría de la Administración, la participación de la Administración demandada, según lo indica Javier Scheffer, es casi nula, reducida a rendir un "Informe de conducta" a requerimiento de la Sala Tercera, el cual sin embargo no ha sido considerado por la jurisprudencia ni siquiera como "contestación" de la demanda. [52]

En cuanto a la Procuraduría de la Administración, la misma debe intervenir en interés de la Ley en los procesos contencioso administrativos de nulidad que se formulen ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (art. 5.3); y si se trata de procesos contencioso administrativos en los que además de la nulidad de un acto, se formulen demandas de plena jurisdicción e indemnización, la Procuraduría de la Administración es la que debe representar los intereses nacionales, municipales, de las entidades autónomas y, en general, de la Administración Pública (art. 5.2), sustituyendo completamente a la entidad demandada.

Por otra parte, en cuanto a la participación de coadyuvantes en los procesos contencioso administrativos, en Venezuela, el artículo 137 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 establecía en forma expresa, que en los juicios contencioso administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares, podían hacerse parte todas las personas que reunieran las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente, es decir, todos los titulares de un interés personal, legítimo y directo en defender el acto impugnado (Art. 137).

Esta norma, sin embargo, aun cuando no se recogió en la LOJCA 2010; no impide que pueda considerarse que el mismo principio se aplica, en el sentido de que para hacerse parte en los juicios atendiendo al emplazamiento, la persona debe ostentar un interés actual y legítimo, y en su caso personal en

52 Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva*", loc. cit.,* p. 636

la anulación del acto, o en su mantenimiento; o pueda acudir alegando la representación de intereses colectivos o difusos; o si se trata de una acción popular alegando simple interés en la legalidad.

En el caso de Panamá, la participación está expresamente regulada en el artículo 43-B de la Ley Nº 135 de 1943, en las acciones de nulidad de un acto administrativo, cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda.

En las demás clases de acciones el derecho de intervenir como parte, agrega la norma, solo se reconoce a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio.

REFLEXIÓN FINAL

Cualquier sistema contencioso administrativo, sea que esté perfectamente regulado en la legislación, sea que tenga una regulación vetusta que requiere de renovación y actualización, para poder funcionar y ser un instrumento efectivo de control judicial de la actividad del Poder Ejecutivo, especialmente de la Administración Pública, tiene que estar estructurado en el marco de un Estado de derecho, montado sobre el principio de la separación de poderes, donde los órganos del Estado tengan legitimidad democrática derivada de su libre elección por el pueblo, y esté garantizada la autonomía e independencia del Poder Judicial.

Si en un determinado país no hay efectivamente un régimen democrático ni está estructurado un Estado de derecho sometido a límites y controles, ni la independencia judicial está garantizada, las mejores regulaciones sobre el sistema contencioso administrativo como garantía judicial, no pasan de ser letra muerta. Por ello para asegurar un efectivo control contencioso administrativo, más importante que las regulaciones legales, es el esfuerzo permanente de perfeccionar la democracia en nuestros países, de manera que como consecuencia de ello, ciertamente puedan aplicarse las regulaciones legales.

El sistema contencioso administrativo en Venezuela, tal como se puede apreciar algunas de las pinceladas comparativas que he formulado con el sistema panameño, es sin duda uno de los más completos que muestra el derecho comparado, que fue desarrollado por la legislación y la jurisprudencia partiendo de la normativa establecida en la propia Constitución, y que se fue consolidado durante el régimen democrático que vivió el país hasta 1999, cuando a pesar de las fallas que pudo haber en el funcionamiento del Estado de derecho, existía un Poder Judicial básicamente independiente que además gozaba de autonomía.

Ese sistema, a pesar de las declaraciones constitucionales y de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales, sin embargo y lamentablemente, en la actualidad se ha tornado en totalmente ineficiente, al haber sido

sometidos los tribunales que componen la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a control político por parte del Poder Ejecutivo, como consecuencia del asalto al poder efectuado por un grupo golpista en 1999, quienes utilizando las formas e instrumentos de la democracia, lo que han hecho es destruirla sistemáticamente.[53] En su lugar, en os últimos años, de las ruinas de la democracia, lo que se ha estructurado es un Estado Totalitario, [54] basado entre otras, en la política continua de someter al Poder Judicial al control político,[55] con la lamentable participación activa del propio Tribunal Supremo.[56] Ello, por tanto, desde el inicio, afectó a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en los últimos lustros ha dejado de ser un sistema de control de las actuaciones administrativas.

Ese proceso de degradación desarrollado durante los tres últimos lustros, particularmente respecto del funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,[57] comenzó desde que el Poder Ejecutivo, a partir de 2000 controló el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sometiéndolos a su control político, lo que se consolidó a partir de

---

53 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010.

54 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjudicialización, desjuridificación y desdemocratización de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

55 Véase Rafael J. Chavero Gazdik, *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela*, Editorial Aequitas, Caracas 2011; Laura Louza Scognamiglio, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174;

56 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)" en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, Nº 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; y "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

57 Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

2004,[58] y se agravó en 2010,[59] precisamente al mismo momento en que se sancionó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El

[58] Tal como lo reconoció públicamente el Presidente de la Comisión parlamentaria que escogió los Magistrados, al punto de afirmar públicamente que "En el grupo de postulados no hay nadie que vaya actuar contra nosotros." Dicho diputado en efecto, declaró a la prensa: "Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tomada muy en cuenta." Añadió: "Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumplen con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de postulados no hay nadie que vaya actuar contra nosotros. Véase *El Nacional*, Caracas, 13 de diciembre de 2004. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugirió en su Informe a la Asamblea General de la OEA para 2004 que las "normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004." Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180

[59] Con motivo de la ilegítima "reforma" de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2010, mediante una irregular "reimpresión por error material" (Véase Víctor Rafael Hernández Mendible, "Sobre la nueva reimpresión por "supuestos errores" materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre de 2010," y Antonio Silva Aranguren, "Tras el rastro del engaño en la web de la Asamblea Nacional," en *Revista de Derecho Público*, Nº 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2101, pp. 110-111 y pp. 112-114, respectivamente), el nombramiento de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo significó el control total de casi todas sus Salas por el poder político, al punto de que Hildegard Rondón de Sansó señaló que "El mayor de los riesgos que plantea para el Estado la desacertada actuación de la Asamblea Nacional en la reciente designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, no está solo en la carencia, en la mayoría de los designados de los requisitos constitucionales, sino el haber llevado a la cúspide del Poder Judicial la decisiva influencia de un sector del Poder Legislativo, ya que para diferentes Salas, fueron elegidos cinco parlamentarios." Destacó además la profesora Sansó que "todo un sector fundamental del poder del Estado, va a estar en manos de un pequeño grupo de sujetos que no son juristas, sino políticos de profesión, y a quienes corresponderá, entre otras funciones el control de los actos normativos;" agregando que "Lo más grave es que los designantes, ni un solo momento se percataron de que estaban nombrando a los jueces máximos del sistema jurídico venezolano que, como tales, tenían que ser los más aptos, y de reconocido prestigio como lo exige la Constitución." Concluyó reconociendo entre "los graves errores" que incidieron sobre la elección, el hecho de "la configuración del Comité de Postulaciones Judiciales, al cual la Constitución creó como un organismo neutro, representante de los "diferentes sectores de la sociedad" (Art. 271), pero la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo convirtió en

proceso de sometimiento de los jueces al Poder Ejecutivo se completó además, a partir de 2003, cuando el propio Poder Ejecutivo, utilizando al Tribunal Supremo, intervino directa y abiertamente contra la muy importante Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, secuestrando su competencia y destituyendo a sus Magistrados, habiendo incluso quedado clausurada por más de diez meses.

Ello ocurrió a raíz de un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo que inició la Federación Médica Venezolana en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos al trabajo y a la igualdad, solicitando su protección, intentando un recurso ante dicha Corte el 17 de julio de 2003, contra los actos administrativos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas mediante los cuales se había decidido contratar médicos de nacionalidad cubana para el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas, pero sin que se cumpliera con los requisitos que para el ejercicio de la medicina establece la Ley de Ejercicio de la Medicina. La Federación Médica Venezolana consideró dicho programa como discriminatorio y violatorio de los derechos de los médicos venezolanos a ejercer su profesión, al permitir a médicos extranjeros ejercerla sin cumplir con las condiciones establecidas en la Ley.[60]

Un mes después de intentada la demanda en cuya redacción colaboré, siendo ella mi última actuación como abogado en el Foro venezolano, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa dictó precisamente una medida cautelar de amparo considerando que había suficientes elementos para presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, y ordenando al Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano sustituir los médicos contratados sin licencia, por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia para ejercer la profesión en Venezuela.[61]

---

forma inconstitucional, en un apéndice del Poder Legislativo. La consecuencia de este grave error era inevitable: los electores eligieron a sus propios colegas, considerando que hacerlo era lo más natural de este mundo y, ejemplo de ello fueron los bochornosos aplausos con que se festejara cada nombramiento." Véase en Hildegard Rondón de Sansó, "*Obiter Dicta*. En torno a una elección," en *La Voce d'Italia*, Caracas 14-12-2010

60 Véase Claudia Nikken, "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos," en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

61 Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Idem,* pp. 445 ss.

La respuesta gubernamental a esta decisión judicial preliminar adoptada como una simple medida cautelar, pero que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, fue el anuncio público del Ministro de Salud, del Alcalde Metropolitano y del propio Presidente de la República de que la decisión judicial no iba a ser acatada ni ejecutada en forma alguna por el Ejecutivo.[62] Y el instrumento para el desacato no fue otro que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, controlada por el Ejecutivo, decidió avocarse para conocer el caso, arrebatándole la competencia a la Corte Primera, procediendo a declarar la nulidad del amparo cautelar decidido.

De inmediato, un grupo de agentes de la policía política (DISIP) allanó la sede de la Corte Primera, privando de libertad a un escribiente por motivos fútiles; el Presidente de la República calificó públicamente al Presidente de la Corte Primera como "un bandido;"[63] y unas semanas después, una Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno, procedió a destituir a los cinco magistrados de la Corte Primera, la cual fue intervenida.[64]

Y toda esta catástrofe institucional ocurrió porque unos jueces contencioso administrativos "osaron" dictar una simple medida cautelar de amparo constitucional a favor de los médicos venezolanos en contra de autoridades nacionales y municipales por la contratación ilegal de médicos extranjeros por parte de órganos del Estado.[65]

---

62 El Presidente de la república dijo: "*Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren*…", en el programa de TV *Aló Presidente*, Nº 161, 24 de Agosto de 2003.

63 Discurso público, 20 septiembre de 2003.

64 Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 5 de noviembre de 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: "La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado".

65 Véase sobre este caso la referencia en Allan R. Brewer-Carías, "La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)", en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, Nº 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; "La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006))] en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57. Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos

Es fácil imaginar, sin duda, lo que significó para los jueces provisorios, como son casi todos los del Poder Judicial venezolano,[66] que sustituyeron a los destituidos, esta respuesta gubernamental contra la decisión cautelar de los jueces contencioso administrativo. Sin duda, lamentablemente, comenzaron "entender" cómo es que debían y podían comportarse en el futuro frente al poder, para no ser destituidos, negándose en consecuencia desde entonces, a controlar a la Administración Pública y a proteger a los ciudadanos frente a la misma;[67] situación que trágicamente se ha extendido a todas las otras jurisdicciones,[68] con lo cual se han socavado los principios más

---

Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*). Véase en http://www.corteidh.or.cr/ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html

66 En esta materia, la Constitución de 1999 establece en general el régimen de ingreso a la carrera judicial y de ascenso en ella, exclusivamente mediante concursos públicos que aseguren excelencia, garantizándole a los ciudadanos el derecho a participar en el procedimiento de selección y nombramiento de los jueces. En consecuencia, los jueces no pueden ser removidos de sus cargos sino a través de procesos disciplinarios, desarrollados ante jueces disciplinarios que deben conformar la jurisdicción disciplinaria de los mismos (Articulo 255). Lamentablemente, esto también ha sido letra muerta, pues los concursos públicos para seleccionar jueces no se han realizado en el país dese 2002, y casi todos los jueces han sido nombrados temporalmente sin participación ciudadana, y la jurisdicción disciplinaria en 2009 aún no existe. Además, la suspensión y destitución de los jueces corresponde a sendas Comisiones ubicadas en el Tribunal Supremo, sin fundamento constitucional, mediante las cuales se ha intervenido y "depurado" al poder judicial. Véase por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, d.C. 4 rev. 2, 29 de December de 2003, Paragraph 11, p. 3.

67 Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, *cit.*, p. 14.

68 Véase "Expertos de la ONU critican a Chávez por detención de la juez Afiuni," donde se indica que en el Comunicado, el grupo de expertos "expresaron hoy su profunda preocupación por el reciente arresto de una juez en Venezuela, y lo calificaron de "golpe del presidente venezolanos, Hugo Chávez, a la independencia de los magistrados y abogados en el país." Véase en *Actualidad Unión Radio*, 16-12-2009, en http://www.unionradio.net/Actualidad/?NewsId=35473

elementales del Estado de derecho, que materialmente ha desaparecido en el país,[69] a pesar de todas las declaraciones constitucionales.[70]

Sin duda, una Ley como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, en cualquier parte del mundo podría ser una pieza fundamental llamada a garantizar la constitucionalidad y legalidad de las acciones del Estado, y la libertad y los derechos ciudadanos. Esa Ley, en un régimen democrático, hubiera podido ser un instrumento fenomenal para garantizar el sometimiento de Administración a la Constitución y las leyes.

Lamentablemente, sin embargo, por la sumisión del Poder Judicial en su conjunto a los designios del Poder Ejecutivo, en Venezuela dicha ley en estos tiempos no pasa de ser un conjunto de papeles sin importancia, pues los jueces simplemente han renunciado a controlar a la Administración, legitimando el ejercicio autoritario del Poder, y despreciando el principio de la separación de poderes que ha sido considerado por alguno de los Magistrados del Tribunal Supremo, no es un mecanismo de protección a los derechos ciudadanos, sino un instrumento que más bien "debilita al Estado"[71]

Esto es lo único que además explica, que después de que los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo destituidos en 2003, acudieran a la justicia internacional y obtuvieran incluso protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia de 5 de agosto de 2008[72] condenatoria del Estado por violación de sus garantías judiciales ordenando incluso pagarles compensación, reincorporarlos a cargos similares en el Poder Judicial, y publicar parte de la sentencia en la prensa venezolana; sin embargo, haya sido la propia la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia Nº 1.939 de 12 de diciembre de 2008,[73] la cual citando como precedente una sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 2002, haya declarado dicha sentencia de la Corte Interamericana

---

69 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010.

70 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

71 Véase Juan Francisco Alonso, "La división de poderes debilita al estado. La presidenta del TSJ [Luisa Estela Morales] afirma que la Constitución hay que reformarla," *El Universal*, Caracas 15-12-2009, http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml

72 Véase Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 182, in www.corteidh.or.cr

73 Véase caso *Gustavo Álvarez Arias y otros* (Expediente: 08-1572), en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Di-ciembre/1939-181208-2008-08-1572.html

como "inejecutable" en Venezuela,[74] solicitando al Ejecutivo que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos por haber supuestamente usurpado los poderes del Tribunal Supremo; denuncia que finalmente presentó el Poder Ejecutivo en 2012.

Todo esto, por supuesto, contrasta con las previsiones de la Constitución de 1999, en la cual se encuentra una de las declaraciones de derechos más completas de América Latina, con previsiones expresas sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa difícilmente incluidas en otros textos constitucionales; lo que solo nos demuestra que para que exista control judicial de la actuación del Estado, lo que es indispensable es que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y esté fuera del alcance del Poder Ejecutivo. Al contrario, cuando el Poder Judicial está controlado por el Poder Ejecutivo, como lo muestra la situación venezolana, las declaraciones constitucionales de derechos y sobre las posibilidades de exigirlos ante la justicia y de controlar la actuación de la Administración se convierten en letra muerta, y las regulaciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como normas totalmente inoperantes y vacías.

Panamá, 3 de noviembre de 2015

.

74 Véase Carlos Ayala Corao, *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009),* Fundación Manuel García Pelayo. Caracas 2009; Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

DÉCIMA

ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES: COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE PANAMÁ Y VENEZUELA (2015)

Texto de base para la Conferencia dictada en el Salón de Audiencias del Segundo Tribunal Superior de Justicia, Palacio Gil Ponce, en la *Corte Suprema de Panamá*, organizada por el *Órgano Judicial* y el *Instituto Superior de la Judicatura Cesar A. Quintero C.* Panamá, 4 de diciembre de 2015. En su momento agradecí al profesor Javier E. Sheffer Torrón la lectura que le dio a este documento y las observaciones que me formuló sobre el sistema panameño.

I. ESTADO DE DERECHO Y GARANTÍAS JUDICIALES

A raíz de la regulación de la Jurisdicción Constitucional en el artículo 206 de la Constitución de Panamá como atribución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia para controlar en forma exclusiva la constitucionalidad de las leyes y de todos los otros actos del Estado, incluyendo los actos administrativos y sentencias, inevitablemente, la Jurisdicción Contencioso administrativa tuvo que ser configurada de como competencia atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para controlar solo la legalidad de los actos administrativos y demás actuaciones de la Administración, no pudiendo la Sala pronunciarse sobre la constitucionalidad de los mismos.

La distinción entre ambas Jurisdicciones, la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por tanto, se estableció en la Constitución de Panamá, no por el objeto del control, es decir, por los actos sujetos a control, sino por el motivo de control (inconstitucionalidad o ilegalidad), siendo ello una disidencia en el derecho comparado, donde la distinción entre las dos Jurisdicciones se establece en general, en cambio, básicamente, por el objeto de control, es decir, por los actos estatales sometidos a control judicial.[1]

Por ello es que en Panamá, entonces, el artículo 206.2 de la Constitución le atribuyó a la *Jurisdicción contencioso-administrativa,* la competencia para controlar "los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas," atribuyéndole competencia a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Tercera, para anular, con audiencia del Procurador de la Administración, "los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de

---

1. Véase Allan R. Brewer–Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Porrúa México, 2007; *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada: Colección Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014. En Venezuela, por ejemplo, la Sala Constitucional, en la sentencia Nº 194 de 4 de abril de 2000 ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso *Milagros Gómez y otros*), así:"El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende *al rango de las actuaciones objeto de control,* esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho contemporáneo. Así las cosas, *la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público."* De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así: "la Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sublegal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide". Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

un acto administrativo o de su valor legal." A tal efecto, la misma norma regula las vías de acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual pueden acudir en contra de los actos administrativos de efectos particulares "las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate"; y en cuanto a los actos de efectos generales, "en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país."

En Venezuela, en contraste, la Jurisdicción contencioso administrativa se reguló en el artículo 259 de la Constitución de 1999,[2] (cuyo antecedente fue el artículo 206 de la Constitución de 1961), solo con base en el objeto de control, es decir, en relación con los actos sometidos a control judicial, estableciendo que:

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

El contraste entre el sistema de Panamá y el de Venezuela en materia contencioso administrativa, por tanto, radica, primero en la organización de la Jurisdicción, que en Panamá está concentrada en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; y que en Venezuela está organizada en forma desconcentrada al atribuirse competencia en la materia a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, a los Juzgados Nacionales, a los Juzgados Superiores estadales y a los Juzgados Municipales de lo contencioso administrativo, según los actos administrativos impugnados.

Además, segundo, en cuanto a los motivos de control que en Panamá están limitados al control de ilegalidad de los actos administrativos, y en cambio, en Venezuela se trata de un control de conformidad con el derecho, sea por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, no teniendo la Jurisdicción Constitucional (la Sala Constitucional del Tribunal Supremo) monopolio alguno en materia de control de constitucionalidad.

Partiendo de este contexto, quisiera hacer unos comentaros comparativos sobre algunos aspectos procesales del contencioso administrativo entre

---

[2] Véase en general Allan R. Brewer–Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004

Panamá y Venezuela, lo cual respecto de mi país haré por supuesto solo a nivel de los principios del rico sistema contencioso administrativo garantista que fue paulatinamente desarrollado durante el período democrático hasta 1999, inicialmente por la jurisprudencia[3], y luego con el muy importante aporte de la doctrina nacional.[4] Lamentablemente, en la actualidad, ese sistema se ha tornado en totalmente ineficiente, por la instalación de un régimen de Estado Totalitario, en el cual el Poder Judicial, incluido por supuesto, la Jurisdicción contencioso administrativa, ha sido sometido a control político careciendo totalmente de autonomía e independencia. [5]

---

3. En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer–Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930–74 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer–Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; y: Luís Ortiz–Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980–1994),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

4. Véase entre otros estudios colectivos: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa, 8ª Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" (Enero 1983),* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo*, *I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer–Carías,* Funeda, Caracas, 1995; *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso– administrativo en Venezuela,* 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

5. Véase Allan R. Brewer-Carías, "The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary," en Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol. 7, Springer 2015, pp. 205-231; **"**Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una "jurisdicción disciplinaria judicial"), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103

Por eso no puedo dejar de expresar la amarga frustración[6] que produce el hecho de que en Venezuela tengamos uno de los más completos sistemas de control judicial de la Administración, incluso reflejados en una importante Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promulgada en 2010,[7] pero a la vez totalmente ineficiente e inaplicado en la práctica por el férreo control político que el régimen totalitario ejerce sobre los tribunales.

Con esta advertencia, me referiré entonces en forma comparativa a algunos de los aspectos adjetivos en los procesos contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos en Panamá y Venezuela, en particular, primero, al inicio de los procesos, es decir, a la presentación de la demanda; segundo, a las causales de su inadmisibilidad de las mismas; tercero, a la decisión judicial sobre la admisión con la que se inicia formalmente la litis; cuarto, a las medidas cautelares que puede dictar el juez contencioso administrativo; y quinto, a los efectos de las sentencias.

II. ASPECTOS PROCESALES DE LAS DEMANDAS DE NULIDAD Y SU PRESENTACIÓN

En primer lugar, está el tema de la iniciativa de los procesos contencioso administrativos de anulación, para lo cual en principio se requiere de la presentación de una demanda por parte de la persona legitimada para ello.

Ello, por supuesto, dejando aparte la excepcional posibilidad que es endémica de Panamá, de la denominada "consulta de ilegalidad," que permite el desarrollo de un procedimiento contencioso administrativo de anulación de normas reglamentarias y actos administrativos que deban aplicarse en un procedimiento administrativo concreto, que se inicia, no mediante una demanda, sino mediante una consulta que el funcionario encargado del mismo puede formular ante la Sala Tercera de la Corte Suprema; quedando en ese caso paralizado el procedimiento administrativo en el estado de decisión hasta que la Sala se pronuncie.

Dejando eso aparte, en todos los otros casos de procesos contencioso administrativos de anulación iniciados mediante las demanda, las mismas, por

---

6. Véase. Allan R. Brewer-Carías, "La constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela: Formalidad y frustración," en Jaime Rodríguez Arana, William Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, Tomo I, pp. 288-320.

7 La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en *Gaceta Oficial* Nº 39.447 de 16 de junio de 2010. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

ejemplo, conforme se precisa en la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, deben contener las siguientes indicaciones:

1. La designación de las partes y de sus representantes;
2. Lo que se demanda;
3. Los hechos u omisiones fundamentales de la acción; y
4. La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.

Sobre este último requisito, la Sala Tercera de la Corte Suprema ha sostenido en forma reiterada que "es un requisito indispensable" que debe cumplir toda demanda contencioso administrativa a fin de que la misma pueda analizar el fondo de las causales o motivos de ilegalidad que deben ser debidamente invocados por el accionante, exigiendo además que deban ser "ampliamente explicadas las infracciones de los preceptos en cualquiera de sus modalidades, violación directa por omisión o comisión, interpretación errónea o indebida aplicación de la ley." De ello, concluyó la Sala, que "si la parte actora no expresa cuales son las disposiciones que se considera infringidas la Sala no se puede pronunciar sobre la legalidad planteada." [8] Esta tesis, en cuanto a la utilización de esa fórmula, sin embargo, se atenuó después de la eliminación del artículo 26 de la Ley Nº 135 de 1943 por la Ley Nº 38 de 2000 (art. 206), abriéndose más el acceso a la tutela judicial efectiva.[9]

Lo importante en todo caso con estas exigencias es que los formalismos no sean lo que conspiren contra el derecho ciudadano de acceso a la justicia, por lo que debe darse prevalencia a la justicia material sobre la formal, de manera que no sea sacrificada la primera por las formas procesales.

Actualmente, esta exigencia en materia de acciones de nulidad de actos administrativos se vincula con la previsión del artículo 51 de la Ley Nº 38 de 2000, conforme a la cual los actos administrativos solo pueden anularse por las causales consagradas taxativamente en la ley, que son las establecidas en el artículo 52 de la misma, que se refiere a los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos. Esos se producen, siguiendo la misma orientación de la legislación española de procedimientos administrativos que ha influido en muchos de nuestros países, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;

---

8 Sentencia, Sala Tercera CSJ, 04-03-1998

9 Véase Javier Ernesto Sheffer Tuñón, *El Procedimiento Administrativo en Panamá*, Editorial Sistemas Jurídicos, Panamá 2002, pp. 81-82.

3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal
5. Cuando se graven condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o una causa distintos de aquellos que fueron formulados por el interesado.

De resto, dispone el artículo 53 de la misma Ley, los actos administrativos pueden ser anulables cuando incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder; o cuando mediante los mismos se haya revocado un acto precedente firme que haya reconocido o declarado derechos a favor de terceros (artículo 62 de la Ley Nº 38 de 2000).

En todo caso, la Ley Nº 135 de 1943 ya había establecido adicionalmente en los casos de demandas de nulidad de los actos administrativos, que respecto del acto impugnado, el mismo en todo caso debe ser individualizado con toda precisión, y si además se demanda el restablecimiento de un derecho debe indicarse las prestaciones que se pretenden, sea de indemnización o modificación o reforma del acto impugnado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda (art. 43-A).

Por lo que se refiere al contencioso administrativo en Venezuela, la exigencia de la Ley Orgánica de 2010 respecto de los requisitos del libelo de la demanda en las acciones contencioso administrativas es más general, de manera que conforme se indica en el artículo 33 de la misma, el escrito de la demanda debe expresar:

1. La identificación del tribunal ante el cual se interpone;
2. El nombre, apellido y domicilio de las partes, carácter con que actúan, su domicilio procesal y correo electrónico, si lo tuviere; y si alguna de las partes fuese persona jurídica debe indicarse la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro;
3. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho con sus respectivas conclusiones;
4. El fundamento del reclamo y su estimación si lo que se pretende es la indemnización de daños y perjuicios;
5. Los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado, los que deberán producirse con el escrito de la demanda; y
6. La identificación del apoderado y la consignación del poder.

Tratándose de una demanda de nulidad de actos administrativos, obviamente en la misma se debe explicitar sobre los fundamentos de hecho y de derecho que sostienen la petición de nulidad por contrariedad al derecho,

teniendo igualmente en cuenta los supuestos de nulidad absoluta y relativa de los actos administrativos conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de 1981, que son muy similares a los expresados en la Ley Nº 38 de 2000 de Panamá, teniendo ambas leyes, como fuente de inspiración, como señalé, la legislación española sobre procedimientos administrativos.

III. LA CAUSALES DE INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Pero además de los requisitos formales del contenido de la demanda, es común que en las legislaciones se establezcan, además, determinadas condiciones para su admisión y para poder por tanto iniciarse los procesos.

Se trata de las condiciones de admisibilidad que el juez contencioso administrativo está obligado a verificar y analizar para dar inicio al proceso. Por ello, en todo proceso contencioso administrativo de anulación, una vez presentada la demanda, la primera operación que el juez contencioso administrativo debe realizar es verificar que la misma cumple los requisitos de admisibilidad de la misma, y que en términos generales se refieren, primero, a su presentación en determinado lapso de caducidad; segundo, a que previamente se haya agotado la vía administrativa; y tercero que se hayan consignado junto con el libelo de la demanda, todos los documentos fundamentales de la acción.

1. La caducidad de la acción

En cuanto al lapso para poder intentarse las demandas contencioso administrativas de anulación, en general, en el derecho comparado, se establece un determinado lapso de caducidad, como sucede en Venezuela (art. 35,1, Ley Orgánica 2010), la cual se aplica en particular a los casos de acciones de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares.

Esta causal, sin embargo, no existe en el sistema panameño, el cual por tanto es mucho más garantista, de manera que el artículo 42-A de la Ley Nº 135 de 1943 lo que dispone es que la acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercerse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o en su caso, después de su publicación.

En Panamá, en realidad, solo se establece lo que se califica como "prescripción" de la acción (aun cuando parece ser más bien es una causal de caducidad), cuando además de impugnarse el acto administrativo por motivos de ilegalidad, la acción se encamine a obtener la reparación por lesión de derechos subjetivos (en cuyo caso se habla de recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción), supuesto en el cual la Ley Nº 135 de 1943 indica que la acción prescribe al cabo de dos meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda.

Pero en contraste con la amplitud del sistema panameño, sin duda como dije más favorable a la garantía de acceso a la justicia, en Venezuela, el artículo 32 de la Ley Orgánica de 2010 dispone al contrario que las acciones contencioso administrativas de nulidad caducan conforme a las siguientes reglas:

Primero, en los casos de acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, las mismas deben interponerse en un término de 180 días continuos contados a partir de su notificación al interesado, o en caso de silencio administrativo, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo, en el lapso de 90 días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. Cuando el acto administrativo impugnado sea de efectos temporales, el lapso dentro del cual debe interponerse la acción de nulidad es de 30 días continuos.

Esta condición para intentar la acción de nulidad, sin embargo, no impide la posibilidad de que la ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares se pueda oponer siempre como excepción en cualquier proceso (art. 32,1), con lo cual en principio nunca lo ilegal puede quedar impune ara el interesado.

Debe mencionarse, por otra parte, que la regla de la caducidad en materia de impugnación de actos administrativos fue particularmente atenuada en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales de 1988, al reglar la posibilidad de formulación de las pretensiones de amparo junto con los recursos de anulación de los actos administrativos, eliminando en esos casos el lapso de caducidad de seis (6) meses para impugnarlos precisamente cuando se alegan violaciones de derechos y garantías constitucionales, eximiendo incluso en esos casos al recurrente de la necesidad de agotamiento previo de la vía administrativa para ejercer el recurso de nulidad y amparo.

A tal efecto en el artículo 5 de la Ley, para asegurar que el recurso contencioso administrativo de anulación y amparo sea un medio procesal breve, sumario y efectivo, acorde con la protección constitucional, precisó que:

> "Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley; y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa."

Por tanto, un acto administrativo violatorio de un derecho o garantía constitucional, puede ser impugnado en vía contencioso-administrativa en cualquier tiempo, siempre que se acompañase al recurso de anulación una

pretensión de amparo; y contra dicho acto sólo puede ejercerse la acción de amparo aun cuando hubieran transcurrido más de seis meses de dictado (Art. 6, Ord. 4°) si se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación.

En todo caso debe decirse que la condición de admisibilidad de las acciones de nulidad basada en la caducidad, en Venezuela sólo se aplica en la impugnación de actos administrativos de efectos particulares;[10] de manera que, al contrario, en las acciones de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales dictados por el Poder Público las mismas pueden intentarse en cualquier tiempo.

En esta materia, por tanto, para determinar si se aplica la causal de caducidad para la admisión de la acción, el elemento clave para precisarlo es la distinción entre los actos administrativos según que sus efectos sean o no de carácter normativo. En ese contexto, en los actos administrativos de efectos generales que son los actos normativos, sus destinatarios son indeterminados e indeterminables, y pueden impugnarse en cualquier tiempo; en cambio, en los actos administrativos de efectos particulares, a los cuales se aplica la causal de caducidad, son los que no tienen carácter normativo, y cuyos destinatarios son o un sujeto de derecho (acto individual) o una pluralidad de ellos, pero determinados o determinables (acto general).[11]

2. El agotamiento de la vía administrativa

La segunda de las causales de inadmisibilidad de las acciones contencioso administrativas generalmente establecidas, es la que exige el agotamiento previo de la vía administrativa, a los efectos de garantizar el privilegio de la Administración de poder revisar sus propias actuaciones antes de que sean sometidos a juicio ante los tribunales.

En Panamá, conforme a esa orientación tradicional dicha causal se establece expresamente en relación con las acciones de nulidad de los actos administrativos, en el artículo 42 de la Ley Nº 135 de 1943 al exigir que el acto impugnado objeto del recurso solo pueda ser el que causa estado, es decir, el que pone fin a un asunto en vía gubernativa, estableciendo al efecto que para ocurrir en demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá

---

10 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales.* Caracas, 1977, págs. 7-10; y "El recurso contencioso-administrativo, contra los actos de efectos particulares" en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979*,* págs. 173-174.

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales.* Caracas, 1977, pp. 7-10; y "El recurso contencioso-administrativo, contra los actos de efectos particulares" en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos...* Instituto de Derecho Público, *cit.,* pp. 173-174.

cuando los actos o resoluciones respectivas no sean susceptibles de ninguno de los recursos administrativos.

La única excepción a la regla, sin embargo, se refiere a los casos en los cuales en la acción de nulidad contra actos de autoridades nacionales esté basada en la violación de algún derecho fundamental (contencioso de protección de los derechos "justiciables" Ley 15 de 1991),[12] en cuyo caso no se requiere del agotamiento de la vía administrativa se formulen. Algo similar, como antes dije, se reguló en Venezuela en la Ley Orgánica de Amparo (art. 5) cuando se intenta una acción contencioso administrativa de anulación con pretensión de amparo, en cuyo caso, por razones de la inmediatez de la protección constitucional requerida respecto del derecho aducido como violado, se eximió en su momento al recurrente de la carga de agotar la vía administrativa.

Sin embargo, esta excepción luego se convirtió en la regla en Venezuela, pues la tradicional causal de inadmisibilidad de las acciones contencioso administrativas de anulación de los actos administrativos basada en la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, solo se aplicó hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, cuando al garantizarse en la misma expresamente el derecho de acceso a la justicia como parte del debido proceso, la jurisprudencia comenzó a considerar el agotamiento de la vía administrativa en dichos procesos como una limitación inaceptable a dicho derecho, eliminándolo del sistema.

Incluso, legislativamente, en cuanto a las acciones de nulidad de los actos administrativos se estableció el principio contrario, al disponerse en la Ley Orgánica de la Administración Pública desde 2001 como derecho de los administrados en sus relaciones con la Administración, el poder:

> "ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones y omisiones de la Administración Pública" (art. 7,10).

La situación es distinta, sin embargo, e las demandas con contenido patrimonial, que también pueden formularse con las acciones de nulidad, cuando se plantean pretensiones de indemnización o reparación directa. En estos casos, al contrario de lo que sucede en Panamá donde no se exige el

---

[12] Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva, en Jaime Rodríguez Arana, William Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, Tomo I., p. 631.

agotamiento de la vía administrativa,[13] en Venezuela en cambio, si se exige tan requisito, materializado en el agotamiento de un procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República y otros entes públicos nacionales (art. 35.3) que se establece en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En esta se indican en efecto, que

> "los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo" (art. 60). [14]

---

13 *Idem.* .

14 Este procedimiento administrativo se regula, en cuanto a la República, en los artículos 54 y siguientes de la mencionada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los cuales se dispone que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso; del cual se debe dar recibo al interesado en documento donde debe constar tal circunstancia (art. 54). El órgano respectivo, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la consignación del escrito contentivo de la pretensión, debe proceder a formar expediente del asunto sometido a su consideración, el cual debe contener, según el caso, los instrumentos donde conste la obligación, fecha en que se causó, certificación de la deuda, acta de conciliación suscrita entre el solicitante y el representante del órgano y la opinión jurídica respecto a la procedencia o improcedencia de la pretensión, así como cualquier otro documento que considere indispensable (art. 55). Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación del expediente administrativo, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República, debidamente foliado, en original o en copia certificada, a objeto de que ésta, en un plazo no mayor de 30 días hábiles, formule y remita al órgano o ente respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación; opinión que en este caso, tiene carácter vinculante. Sin embargo, esta opinión de la Procuraduría General de la República no se requiere cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a 500 U.T. y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo (art. 56). / Una vez recibida la opinión de la Procuraduría, el órgano respectivo debe notificar al interesado su decisión, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción del criterio sostenido por la Procuraduría General de la República (art. 57); a los efectos de que el interesado, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación, de su respuesta al órgano que corresponda, acerca de si acoge o no la decisión notificada. En caso de desacuerdo, es que entonces queda facultado para acudir a la vía judicial contencioso administrativa (art. 58). Igualmente al interesado puede acudir a la vía judicial contencioso administrativa, en caso de ausencia de oportuna respuesta, por parte de la Administración, dentro del lapso señalado (art. 59).

3. La consignación de los documentos fundamentales de la acción

En tercer lugar la Ley Orgánica venezolana de 2010 que regula la Jurisdicción Contencioso administrativa establece como condición de admisibilidad de las demandas de nulidad que el demandante acompañe con la demanda los instrumentos en los cuales se funde el derecho reclamado (art. 33,6), y que sean indispensables para verificar su admisibilidad (art. 35,4), debiendo consignar además, copia del acto impugnado.

En este mismo sentido, la Ley Nº 135 de 1963 de Panamá, también establece que a la demanda de nulidad debe acompañarse copia del acto impugnado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según los casos (art. 44). En Panamá, agrega la norma, en caso de que el acto no haya sido publicado o la Administración niegue la expedición de copia o certificación de su publicación, ello se debe expresar en la demanda con indicación de la oficina donde se encuentre el original del acto o de la publicación en la cual se hubiere publicado, a fin de que la Sala lo solicite ates de admitir la demanda (art. 46).

Esta previsión es importante, como lo ha destacado la Sala Tercera de la Corte Suprema, pues con ella se establece el medio de prueba que debe aportar el recurrente en los casos de silencio de la Administración. [15]\

IV. LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y LAS NOTIFICACIONES

Ahora bien, luego de intentada una demanda de nulidad, el juez contencioso administrativo luego de haber evaluado las condiciones generales de su admisibilidad, debe adoptar la decisión formal de admitirla mediante auto expreso, con el cual puede decirse que el proceso contencioso se inicia efectivamente.

A ello se refiere el artículo 50 de la Ley Nº 135 de 1943 de Panamá, cuando dispone que no se debe dar curso a la demanda cuando carezca de alguna de las formalidades mencionadas para su admisibilidad. La Sala Tercera en consecuencia, debe decidir expresamente sobre la admisión de las demandas debiendo expresar en los casos en los cuales se declare su inadmisibilidad los defectos que tenga, devolviéndola al interesado para que los corrija.[16] La norma precisa, en estos casos, que la presentación de la demanda no interrumpe los términos de prescripción (art. 50).

---

15 Sentencia, Sala Tercera CSJ, 26-01-1998.

16 En Venezuela, una previsión similar garantista de esta naturaleza de devolver la interesado el libelo defectuoso para su corrección, solo está establecida en la Ley Orgánica de Amparo, para las acciones de amparo de los derechos fundamentales.

En todo caso siendo, el auto de admisión de la demanda contencioso administrativa el inicio formal del proceso, a partir del mismo es que se desarrolla el *iter* del mismo, siendo su primer paso, como lo indica el artículo 57 de la Ley Nº 135 de 1943, que una vez recibida la demanda en la Sala Tercera de la Corte Suprema, el magistrado sustanciador debe disponer que se dé traslado de ella a la parte demandada; que se abra la causa a pruebas, por el término de cinco días y que se envíe copia al funcionario que dictó el acto impugnado, para que éste, dentro de igual término, explique su conducta, por medio de un informe, que se denomina "Informe de conducta." Además, a los efectos de asegurar la participación de la procuraduría de la Administración en los procesos contencioso administrativo (artículo 5 de la ley Nº 38 de 2000), el tribunal, por supuesto, también le debe dar traslado a la misma de las demandas presentadas y admitidas.

Sobre el mismo tema de la admisibilidad de las acciones contencioso administrativas, en particular de las demandas sobre nulidad contra los actos administrativos, en Venezuela, el artículo 76 de la Ley Orgánica de 2010 dispone que el proceso se inicia precisamente con la admisibilidad de la demanda (art. 77) sobre lo cual el tribunal debe decidir dentro de los 3 días de despacho siguientes a la recepción de la misma, debiendo notificarse de la admisión, conforme al 78 de la Ley Orgánica, en la forma siguiente: En los casos de recursos de nulidad, se debe notificar al representante del órgano que haya dictado el acto; en los casos de recursos de interpretación, se debe notificar al órgano del cual emanó el instrumento legislativo; y en los de controversias administrativas, la notificación debe hacerse al órgano o ente contra quien se proponga la demanda. Además, debe notificarse siempre de la demanda al Procurador General de la República y al Fiscal General de la República, y a cualquier otra persona, órgano o ente que deba ser llamado a la causa por exigencia legal o a criterio del tribunal.

Aparte de esas notificaciones individualizadas, el artículo 80 de la Ley Orgánica de 2010 prescribe que en el auto de admisión de las acciones de nulidad de actos administrativos de efectos generales se debe ordenar la notificación pública de los interesados, mediante un cartel que debe ser publicado en el diario que debe indicar el tribunal, para que puedan comparecer a hacerse parte e informarse de la oportunidad de la audiencia de juicio. El cartel debe ser librado el día siguiente a aquél en que conste en autos la última de las notificaciones individuales ordenadas. En cambio, en los casos de demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares la publicación del cartel de emplazamiento no será obligatoria, a menos que el tribunal lo justifique en forma razonada.

El demandante debe retirar el cartel de emplazamiento dentro de los 3 días de despacho siguientes a su emisión, y luego de hacerlo publicar, lo debe consignar en el tribunal dentro de los 8 días de despacho siguientes a su retiro. El incumplimiento de estas cargas, da lugar a que el tribunal declare el desistimiento del recurso y ordene el archivo del expediente, salvo que dentro

del lapso indicado algún interesado se diera por notificado y consignara su publicación. (art. 81).[17]

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Otro aspecto que ha venido adquiriendo cada vez mayor importante en materia contencioso administrativa como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva frente a las actividades ilegales de la Administración, es el relativo a la procedencia de las medidas cautelares para la protección inmediata de los derechos y situaciones jurídicas de los recurrentes, mientras duran los procesos.

Tal como sucede en la actualidad en Panamá,[18] la tradición en los procesos contencioso administrativos de anulación ha sido la de reducir las medidas cautelares a la sola medida de suspensión provisional de efectos del acto administrativo recurrido, lo cual solo se puede acordar a petición de la parte recurrente, no teniendo en general la interposición del recurso, efectos suspensivos alguno.

Es en ese sentido que el artículo 73 de la Ley Nº 135 de 1943 establece que la Sala Tercera de la Corte Suprema puede suspender los efectos de un acto, resolución, o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave. Aparte de la quizás excesiva discrecionalidad que podría derivarse de esta norma, en cuanto a la aplicación de la medida, la jurisprudencia ha sido cautelosa, considerando por ejemplo, la regla de que "cuando la aplicación de las leyes resulten en conflicto el derecho de particulares, con el interés social, debe primar el primero;"[19] o que la medida

---

17 En Venezuela, por otra parte, el tema del procedimiento en los casos de acumulación de otras pretensiones con las demandas de nulidad, también requiere de consideración especial. Los artículos 76 a 96 de la Ley Orgánica de 2010 solo regulan las demandas en las cuales se solicite la nulidad de un acto administrativo, sin precisarse que las mismas pueden estar acompañadas de otras pretensiones, ignorándose así que en muchos casos, la demanda de nulidad de los actos administrativos no se agota con la sola pretensión de anulación de los mismos, sino que puede estar acompañada de otras pretensiones procesales de contenido patrimonial tal como lo establece en el artículo 259 de la Constitución. La Ley Orgánica, sin embargo, nada estableció como procedimiento específico en esta materia, por lo que además de aplicarse el *iter* del procedimiento previsto para las demandas de nulidad, con las notificaciones y emplazamientos, y en esos casos además, con citación formal del ente demandado, por ejemplo, en cabeza del Procurador General, como representante de los intereses patrimoniales de la República.

18 Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva*", loc. cit*., p. 625.

19 Sentencia Sala Tercera, CSJ de 31-01-2001

por ejemplo procede "si el acto administrativo infringe palmariamente el principio de separación de poderes o si puede entrañar un perjuicio a la integridad del ordenamiento jurídico por violar en forma manifiesta una norma jurídica de rango superior,"[20] lo que podría tener efectos restrictivos.

En Panamá, además, lamentablemente, la jurisprudencia de la Sala Tercera, como lo ha advertido Sheffer Toñón "ha negado, enfáticamente, la procedencia del cúmulo de acciones precautorias previstas en el Libro Segundo de Procedimiento Civil,"[21] lo que sin duda, ha sido un factor que ha impedido la posibilidad de la ampliación del radio de las medidas cautelares más allá de la sola suspensión de efectos del acto recurrido.

Esa fue la situación que también existió tradicionalmente en Venezuela, hasta que al comenzarse a ejercer pretensiones de amparo junto con las acciones de nulidad contencioso administrativas conforme se estableció en la Ley Orgánica de Amparo de 1988, los jueces de la jurisdicción comenzaron a ampliar el radio de las medidas cautelares, más allá de la suspensión de efectos de los actos administrativos. Después de varios lustros, esa tendencia progresiva culminó con las previsiones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, cuyo artículo 4, al contrario de la tradición precedente, establece un amplio poder cautelar del juez contencioso administrativo disponiendo que el mismo "está investido de las más amplias potestades cautelares," quedando facultado, en consecuencia para:

> "dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa."

Con estas previsiones, el juez contencioso administrativo cuenta ahora con las más amplias posibilidades de protección cautelar, habiendo recogido la Ley como dije, la progresión jurisprudencial que se desarrolló en el contencioso administrativo con motivo de la previsión en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988,[22] sobre la posibilidad de formular conjuntamente con las demandas de nulidad de actos administrativos, o de las demandas contra las abstenciones de la Administración, pretensiones de amparo constitucional para restablecimiento

---

20 Sentencia Sala Tercera, CSJ de 09-03-1998.

21 Véase Javier Ernesto Scheffer Tuñon, "La justicia contencioso administrativa panameña: Una visión prospectiva y propositiva*", loc. cit*., p. 625.

22 Véase *Gaceta Oficial* Nº 33.891 de 22-1-88. Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 242.

de una garantía o derecho constitucional violado por el acto recurrido. En estos casos, en particular, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, solo dispone que el Juez, "en forma breve, sumaria, efectiva, si lo considera procedente para la protección constitucional suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio."

En un primer paso, por tanto, el legislador, sin apartarse de la medida cautelar tradicional de la suspensión de efectos, para que pudiera ser completamente efectiva la protección y amparo de derechos constitucionales por vía del recurso contencioso-administrativo de anulación, se previó la medida cautelar de suspensión de efectos del acto recurrido en forma expedita, lo que luego se completó con la ampliación progresiva de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo mediante la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil reguladoras de las llamadas "medidas cautelares innominadas".

En efecto, el artículo 585 de dicho Código regula la potestad del juez para dictar medidas preventivas "cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama." Dichas medidas pueden ser las "medidas nominadas" reguladas en el artículo 588, como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados o la prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles, agregando en el Parágrafo Primero de dicha norma que igualmente el juez puede dictar otras "providencias cautelares que considere adecuadas" que son las llamadas "innominadas," "cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra," en cuyo caso, dice el Código, "para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión."

Estas medidas cautelares, por supuesto, en el ámbito contencioso administrativo tienen estricta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, al perseguir que no se causen daños irreparables a la parte recurrente cuando se dicte la sentencia definitiva; por lo cual incluso vinculadas a pretensiones de amparo, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, puede decirse en Venezuela se amplió el ámbito de las medidas cautelares en todos los juicios contencioso administrativos de anulación.

Ello ocurrió por vía jurisprudencial, particularmente a raíz de la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (que es el tribunal superior de mayor jerarquía en materia contencioso

administrativa) Nº 488 de 3 de marzo de 2000,[23] en la cual la Corte Suprema constató la existencia de una importante corriente de opinión respecto de lo que entonces llamó "medidas provisionalísimas," que se había venido desarrollando en la doctrina, como sin duda debe estar ocurriendo en Panamá, que de forma prácticamente unánime reclamaba

> "una mayor amplitud y flexibilidad en los criterios a seguir para la resolución de las peticiones incidentales de suspensión y otras medidas cautelares (nominadas o innominadas) formuladas con ocasión de la impugnación jurisdiccional de la actividad administrativa." [24]

Con base en ello, la Sala en dicha sentencia se replanteó el tema general si en el trámite incidental mediante el cual el juez debía otorgar o denegar la tutela cautelar de suspensión de efectos del acto recurrido, el juez podía además adoptar "las llamadas "*medidas provisionalísimas o pre-cautelares*", destinadas a preservar la efectividad de la decisión que recaiga en el incidente principal cautelar, esto es, en tanto se tramita y resuelve el incidente de suspensión o cualquier otra medida promovida por el recurrente." [25]

La premisa de la cual partió la Sala para atender su propio planteamiento fue que la potestad de los jueces contencioso administrativos para adoptar este tipo de medidas, "responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, evitando que un posible fallo a favor de la pretensión," como lo resolvió el Tribunal Constitucional Español, -que citó- "*...quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.*"[26]

La Sala Político administrativa en su sentencia también hizo referencia a cómo este mismo derecho se encontraba reconocido en el ordenamiento comunitario europeo por el principio general al que se aludió en la Sentencia "*Factortame*" del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990, principio que se resume en la frase: "*la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene la razón.*" Sobre ello, citando a Eduardo García de Enterría, la Sala consideró:

---

23 Véase el caso Sala Político Administrativa, *Constructora Pedeca, C.A. vs. Gobernación del Estado Anzoátegui*, in *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 459. Véase igualmente en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00488-160300-16692%20.HTM

24 *Idem*.

25 *Idem*.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 17 de diciembre de 1992

> "como un auténtico hito del derecho a la tutela judicial efectiva, el deber de los órganos jurisdiccionales de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la decisión que finalmente se adopte, no pudiendo eliminarse de manera absoluta la posibilidad de asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en su momento." [27]

La Sala además, también citó la doctrina nacional expresada por Luis Ortíz Álvarez quien ya había escrito sobre la procedencia de las medidas cautelares innominadas de carácter provisionalísimo en los procesos contencioso administrativos en Venezuela,[28] con base en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantizado en la Constitución

De allí pasó la Sala Político Administrativa a analizar dicho derecho fundamental a la luz del contenido del Preámbulo y de los artículos 19, 26, 27 y 257 de la Constitución de 1999,[29] deduciendo que de los mismos se podía considerar que existía:

---

27 Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares,* Madrid.

28 Luis Ortíz Álvarez había ya escrito que "bajo una perspectiva constitucional de tutela judicial efectiva, apoyada, si se quiere, en algunas posibilidades legales y en los avances del Derecho comparado, es forzoso concluir que en el ordenamiento jurídico venezolano es perfectamente posible instaurar –por vía jurisprudencial-, además de la suspensión automática en ciertas materias y supuestos, la figura de las *medidas provisionalísimas*, para lo cual es posible acudir a varias técnicas o posibilidades de conjugación cautelar. / En primer lugar, es viable que el juez contencioso administrativo utilice directamente su poder cautelar general, que, insistimos, tiene base constitucional en la tutela judicial efectiva, y por esta vía configurar jurisprudencialmente la técnica de las medidas provisionalísimas y adaptarlas a exigencias o requisitos (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses) similares o compatibles con los requisitos que se exijan para el otorgamiento de la medida cautelar principal, bien que, en sede *provisionalísima*, tales requisitos deberán ser analizados en un contexto de extrema urgencia, lo que en ciertos casos, y como regla, puede suponer llevar los *standards* de valoración a niveles más altos, esto es, por ejemplo, que la exigencia de buen derecho sea aún más evidente o manifiesta, que los daños a tomar en cuenta sean los de muy difícil reparación o simplemente irreversibles y que no exista ningún riesgo manifiesto de daños a intereses generales, todo lo cual, deberá ser apreciado – para que tenga sentido la figura *provisionalísima*– en muy corto tiempo y sin mayores formalidades.". Véase en Luis Ortíz Álvarez, *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Ediciones Sherwood, Caracas 1999"

29 *Artículo 19.* El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta

> "Primero, una obligación de los Poderes Públicos del Estado de garantizar a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales;
>
> Segundo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías; y
>
> Tercero, el carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona." [30]

De estos principios concluyó la Sala que en la Constitución de 1999 existían entonces suficientes presupuestos para poder declarar la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano "de las referidas medidas provisionalísimas, las cuales persiguen garantizar a los ciudadanos el goce

---

Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. / ***Artículo 26.*** Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. / ***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 o puesta 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. / ***Artículo 257.*** El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

30 Véase el caso Sala Político Administrativa, *Constructora Pedeca, C.A. vs. Gobernación del Estado Anzoátegui*, in *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 459. Véase igualmente en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00488-160300-16692%20.HTM

efectivo de sus derechos constitucionales mediante una tutela expedita de éstos.[31]

En el caso concreto decidido por la Sala, en el cual estaba en juego una medida cautelar formulada con ocasión de un proceso contencioso administrativo de anulación con pretensión de amparo constitucional, la Sala consideró que cuando para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales, el tiempo judicial real excede la noción de inmediatez exigida por el texto constitucional, entonces es posible y procedente anticipar una tutela al proceso de amparo y otorgar una cautela de la cautela, con el fin garantizar el ejercicio provisional de los derechos presumiblemente violados al querellante, "en la espera de la decisión definitiva del amparo como proceso cautelar que persigue suspender los efectos de la actuación de la administración, en la espera, a su vez, de la decisión del fondo del asunto constituido por el proceso de nulidad del acto, que persigue borrar el mismo de la esfera jurídica."

En estos casos, para la procedencia de la referida tutela anticipada, la Sala sentó la doctrina general aplicable desde entonces en Venezuela en el otorgamiento de medidas cautelares innominadas, basada en el examen en cada caso de la existencia de tres elementos esenciales, ponderando siempre sin embargo, los intereses colectivos o particulares, que son:

> "1. *Fumus Boni Iuris*, que no es otra cosa que la apariencia razonable de la titularidad de un buen derecho que se alega como violada por parte del peticionario, apariencia la cual se deriva de los documentos anexados al escrito libelar, así como a su escrito complementario.
>
> 2. *Periculum in Mora*, que no es otra cosa que el peligro de que quede ilusorio el fallo definitivo, ante el necesario transcurso de tiempo de cara a resolver el incidente de suspensión.
>
> 3. *Periculum in Damni*, que es la inminencia del daño causado por la presunta violación de los derechos fundamentales del peticionario y su irreparabilidad.

---

[31] La Sala en la misma sentencia consideró, sin embargo, que debía ser cuidadosa en acordar las referidas medidas, pues con ellas "no debía propender a la violación de otros derechos constitucionales de igual o similar *status*." En el caso que estaba decidiendo, en concreto, consideró que "la pretensión de cautela anticipada solicitada por el quejoso por la presunta violación del derecho a la defensa, al debido procedimiento y a las libertades económicas y otros derechos conexos no debe generar la violación inminente del derecho a la defensa y al debido proceso del presunto agraviante, dado que ninguna de las referidas libertades privan o prevalecen las unas sobre las otras." *Idem*.

> Siendo estos elementos los que básicamente hacen reclamar la necesaria existencia de la tutela anticipada de los derechos y garantías fundamentales." [32]

Consideró la Corte Suprema en su sentencia, por tanto, que el juez contencioso administrativo para garantizar el principio de la tutela judicial efectiva, tiene una potestad esencial para acordar las denominadas "medidas provisionalísimas" que pueden ser "la suspensión de los efectos del acto impugnado u cualquier otra medida cautelar solicitada como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar." [33]

Esa doctrina jurisprudencial aplicada durante la década pasada, fue la que culminó con la regulación en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, en la cual expresamente se establecieron amplios poderes cautelares, mucho más allá de la sola suspensión de efectos del acto recurrido, regulando un procedimiento común para su tramitación, el cual se debe aplicar en general, incluso en los casos de solicitudes de amparo cautelar que se formulen junto con las acciones de nulidad de actos administrativos (art. 103).

En esas normas se dispone en efecto, que las medidas cautelares, en general, deben solicitarse por las partes en cualquier estado y grado del procedimiento, pudiendo ser acordadas por el tribunal como las estime pertinentes "para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y de ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva." (art. 104).

A tal efecto, como se dijo, el tribunal cuenta con los más amplios poderes cautelares para proteger no sólo a los demandantes, sino como lo dice el artículo 104, "la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso." [34]

---

[32] *Idem*.

[33] La Sala, en todo caso, completó su doctrina precisando que en estos casos de decreto de las llamadas medidas provisionalísimas, el juez contencioso administrativo siempre tiene la potestad de modificar o levantar las decretadas, a los efectos de adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar que adopte en definitiva. *Idem*.

[34] De acuerdo con la Ley Orgánica, además, una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el tribunal debe abrir un cuaderno separado para el pronunciamiento que deberá formularse dentro de los 5 días de despacho siguientes (art. 105). En el caso de tribunales colegiados el juzgado de sustanciación debe remitir inmediatamente el cuaderno separado, y recibido

En las causas de contenido patrimonial, la Ley Orgánica prescribe sin embargo que el tribunal puede exigir garantías suficientes al solicitante.

VI. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE ANULACIÓN

Por último, otro aspecto de interés que podemos mencionar se refiere a los efectos de las sentencias en los procesos contencioso administrativos de anulación de los actos administrativos.

La regla general en estos casos es que la sentencia anulatoria que pronuncie el juez contencioso administrativo siempre tiene efectos generales, *erga omnes*, y en principio *ex nunc*, pudiendo sin embargo sus efectos ser retrotraídos al momento en el cual el acto se dictó (*ab initio*), a juicio del tribunal, para la protección de los derechos por ejemplo en los casos en los cuales el vicio del acto recurrido sea un vicio de nulidad absoluta.

Sobre el tema de la anulación del acto como objeto de la sentencia el artículo 53 de la Ley Nº 135 de Panamá de 1943 dispone que cuando por sentencia definitiva se decrete "la nulidad de un acuerdo municipal, en todo o en parte, quedará virtualmente sin vigor," lo que sin duda es válido en relación a la anulación de cualquier acto administrativo, completándose el cuadro de los efectos de la anulación en el artículo 27 de la misma Ley Nº 135 de 1943, al establecer el principio de que:

> "Art. 27. La revocatoria de un acto, resolución o disposición en vía contencioso administrativa produce efecto general contra todos; pero el restablecimiento del derecho solo aprovechará a quien hubiese intervenido en el juicio y obtenido una declaración a su favor."

Esas sentencias, además, conforme al artículo 52 de la Ley Nº 135 de 1943, una vez definitivas y ejecutoriadas son obligatorias tanto para los particulares como para la Administración.

Uno de los efectos indirectos de la anulación de un acto administrativo mediante sentencia de la Jurisdicción contenciosos administrativa, es la prohibición que de ella deriva para la Administración de pretender reeditar el acto anulado, lo que se fue construyendo, por ejemplo en Venezuela,

---

este, se debe designar ponente, de ser el caso, y decidirse sobre la medida dentro de los 5 días de despacho siguientes. Al trámite de las medidas cautelares se le debe dar prioridad (art. 105). El trámite de la oposición que formulen las partes a las medidas cautelares se rige por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (art. 106). Por último, se observa que la Ley Orgánica de 2010, al regular las medidas cautelares, estableció un procedimiento en el artículo 103 que "regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar," con lo que se hizo referencia a los casos en los cuales con las demandas de nulidad o contra abstenciones se puede formular una pretensión de amparo, la cual tiene carácter cautelar.

progresivamente y con mucho esfuerzo, por vía jurisprudencial para evitar la burla de los efectos anulatorios de las sentencias.

En Panamá, en cambio, nos encontramos con que el principio es texto expreso desde 1943 en el artículo 54 de la Ley Nº 135 al disponer que "ningún acto administrativo revocado" por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

> "podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones revocadas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la revocación."

Otro aspecto que debe destacarse respecto de las sentencia contencioso administrativas, es el relativo a su ejecución, particularmente en cuanto a las sentencias condenatorias, a lo cual la Ley panameña Nº 135 de 1943 dedica varias normas, estableciendo que la misma se debe comunicar, con copia íntegra de su texto, para su ejecución y cumplimiento, a la autoridad o funcionario correspondiente (art. 65 y 98). Conforme a la Ley, cuando la ejecución de la sentencia corresponda a las autoridades, corporaciones o funcionarios de todo orden, los mismos deberán dictar, cuando sea el caso, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que el Tribunal se la comunique, las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto (art. 99).

REFLEXIÓN FINAL

En todo caso, y para concluir, hay que recordar que cualquier sistema contencioso administrativo, sea que esté perfectamente regulado en la legislación, sea que tenga una regulación vetusta que requiera de renovación y actualización, para poder funcionar y ser un instrumento efectivo de control judicial de la actividad del Poder Ejecutivo, especialmente de la Administración Pública, tiene que estar estructurado en el marco de un Estado de derecho, montado sobre el principio de la separación de poderes, donde los órganos del Estado tengan legitimidad democrática derivada de su libre elección por el pueblo.

Si en un determinado país no hay efectivamente un régimen democrático ni está estructurado un Estado de derecho, sometido a límites y controles, como sucede en la actualidad en Venezuela, las mejores regulaciones sobre el sistema contencioso administrativo como garantía judicial, no pasan de ser letra muerta. Por ello, para asegurar un efectivo control contencioso administrativo, tengamos siempre en cuenta que más importante que las regulaciones legales, es el esfuerzo permanente de perfeccionar la democracia en nuestros países, de manera que como consecuencia de ello, ciertamente, resulte la actualización de sus regulaciones legales.

Cuiden por tanto, estimados amigos, de su democracia, y sobre todo, absténgase de oír los cantos de sirena autoritarios que en los últimos lustros han invadido nuestra América, que con ropaje democrático-electivo-populista, como sucedió en Venezuela, provocaron el poder por un grupo de golpistas con el único propósito real de destruir la democracia, que fue lo que lamentablemente ocurrió en mi país, [35] donde lograron instalar en su lugar un Estado Totalitario, [36] con un Poder Judicial sometido a control político, [37] usando y manipulando instrumentos democráticos, y lo más grave, con la anuencia del propio Tribunal Supremo. [38]

En ese marco, la mejor de las regulaciones sobre el sistema contencioso administrativo y el control de la Administración, como dije, no pasan de ser letra muerta, y eso en Venezuela quedó evidenciado en un importante caso, en el cual precisamente el juez contencioso administrativo adoptó una serie de medidas cautelares innominadas en protección de intereses colectivos, sin percatarse que con ello estaba dictando la sentencia de muerte de la propia jurisdicción contencioso administrativa.

---

35 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010; *Authoritarian Government vs. The Rule of Law*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 201.

36 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjudicialización, desjuridificación y desdemocratización de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

37 Véase Rafael J. Chavero Gazdik, *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela*, Editorial Aequitas, Caracas 2011; Laura Louza Scognamiglio, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174;

38 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)" en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, Nº 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; y "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

Todo ocurrió en 2003, cuando el propio Poder Ejecutivo, utilizando al Tribunal Supremo, reaccionó contra una medida cautelar dictada por la entonces , muy importante Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, interviniéndola abiertamente, secuestrando su competencia y destituyendo a sus Magistrados, con lo cual incluso dicho tribunal quedó de hecho clausurado por más de diez meses.

En ese caso se trató de un proceso contencioso administrativo de nulidad iniciado por Federación Médica Venezolana actuando en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos al trabajo y a la igualdad, solicitando la anulación de unos actos administrativos dictados por el Alcalde Metropolitano de Caracas, el Ministro de Salud y el Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas mediante los cuales se había decidido contratar médicos de nacionalidad cubana para el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas, pero sin que se cumpliera con los requisitos que para el ejercicio de la medicina establece la Ley de Ejercicio de la Medicina.[39]

Un mes después de intentada la demanda, en cuya redacción por cierto tuve la oportunidad de colaborar, siendo ella mi última actuación –aun cuando indirecta– en el Foro venezolano, el 21 de agosto de 2003 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa dictó precisamente una medida cautelar considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, y ordenando al Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano sustituir los médicos contratados sin licencia, por médicos venezolanos o por médicos extranjeros con licencia para ejercer la profesión en Venezuela.[40]

La respuesta gubernamental a esta decisión judicial preliminar adoptada como una simple medida cautelar, pero que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, fue el anuncio público del Ministro de Salud, del Alcalde Metropolitano y del propio Presidente de la República de que la medida no iba a ser acatada ni ejecutada en forma alguna por el Ejecutivo,[41] usándose para instrumentar el desacato, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, controlada por el Ejecutivo, la cual decidió avocarse

39 Véase Claudia Nikken, "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos," en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

40 Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Idem,* pp. 445 ss.

41 El Presidente de la república dijo: "*Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren*…", en el programa de TV *Aló Presidente*, Nº 161, 24 de Agosto de 2003.

para conocer el caso, arrebatándole la competencia a la Corte Primera, procediendo a anular las medidas cautelares que se habían dictado.

De inmediato, como formando parte todo de un plan preconcebido, un grupo de agentes de la policía política (DISIP) allanó la sede de la Corte Primera, privando de libertad a un escribiente por motivos fútiles; el Presidente de la República calificó públicamente al Juez Presidente de la Corte Primera como "un bandido;"[42] y unas semanas después, una Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno, procedió a destituir a los cinco magistrados de la Corte Primera, la cual fue intervenida.[43]

Y toda esta catástrofe institucional ocurrió porque unos jueces contencioso administrativos "osaron" dictar una simple medida cautelar de amparo constitucional a favor de los médicos venezolanos en una demanda en contra de actos de autoridades nacionales y municipales por la contratación ilegal de médicos extranjeros por parte de órganos del Estado.[44]

---

42 Discurso público, 20 septiembre de 2003.

43 Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 5 de noviembre de 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: "La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado".

44 Véase sobre este caso la referencia en Allan R. Brewer-Carías, "La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)", en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, Nº 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; "La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006))] en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57. Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*). Véase en http://www.corteidh.or.cr/ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html

Cualquiera se puede imaginar qué pasó de allí en adelante, en la situación del Poder Judicial intervenido.[45] Los jueces provisionales o temporales, sin estabilidad, y dependientes del poder que en su casi totalidad lo integran,[46] incluyendo los que sustituyeron a los magistrados destituidos, sin duda comenzaron "entender" cómo es que debían y podían comportarse en el futuro frente al poder; para no ser destituidos, lo que explica por qué a partir de esa fecha, los tribunales contencioso administrativos, simplemente cesaron de controlar a la Administración, negándose o absteniéndose de proteger a los ciudadanos frente a la misma, habiendo simplemente desaparecido el contencioso administrativo como garantía del Estado de derecho.[47]

Todo ello lo que nos demuestra es que para que exista control judicial efectivo de la actuación del Estado, lo que es indispensable es que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y esté fuera del alcance del Poder Ejecutivo. Al contrario, cuando el Poder Judicial está controlado por el Poder Ejecutivo, como lo muestra la situación venezolana, las declaraciones constitucionales de derechos y sobre las posibilidades de exigirlos ante la

45 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999–2004," en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; "La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006))," en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57.

46 En esta materia, la Constitución de 1999 establece en general el régimen de ingreso a la carrera judicial y de ascenso en ella, exclusivamente mediante concursos públicos que aseguren excelencia, garantizándole a los ciudadanos el derecho a participar en el procedimiento de selección y nombramiento de los jueces. En consecuencia, los jueces no pueden ser removidos de sus cargos sino a través de procesos disciplinarios, desarrollados ante jueces disciplinarios que deben conformar la jurisdicción disciplinaria de los mismos (Articulo 255). Lamentablemente, esto también ha sido letra muerta, pues los concursos públicos para seleccionar jueces no se han realizado en el país dese 2002, y casi todos los jueces han sido nombrados temporalmente sin participación ciudadana, y la jurisdicción disciplinaria en 2009 aún no existe. Además, la suspensión y destitución de los jueces corresponde a sendas Comisiones ubicadas en el Tribunal Supremo, sin fundamento constitucional, mediante las cuales se ha intervenido y "depurado" al poder judicial. Véase por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, d.C. 4 rev. 2, 29 de December de 2003, Paragraph 11, p. 3.

47 Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, *cit.*, p. 14.

justicia y de controlar la actuación de la Administración, no son más que textos de lenguaje florido, pero totalmente inoperantes y vacíos.

De allí, insisto, la importancia, de apuntalar la democracia y las bases del Estado de derecho, que es lo único que permite poder controlarlo judicialmente.

Panamá, 4 de noviembre de 2012

DERECHOS HUMANOS Y EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

DÉCIMA PRIMERA

SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL (2014)

Texto de las palabras de presentación del libro de la Federación Interamericana de Abogados, *En defensa del Libre Ejercicio de la profesión de Abogado y la Independencia Judicial. Amicus Curiae presentado por la Inter American Bar* Association *ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Allan R. Brewer-Carías v. Venezuela*, Washington 2013. Colegio Nacional de Abogados de Panamá, 30 de enero de 2014

Como Ustedes comprenderán, mi presentación tiene que comenzar con múltiples agradecimientos, porque en realidad, este no es un libro mío, sino de la Federación Interamericana de Abogados.

Por ello, en primer lugar quiero agradecer al Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá y Presidente de la Federación, el Dr. José Alberto Alvarez Álvarez el que me haya invitado a participar en este acto del Colegio y la Federación. Es un honor para mi estar hoy con ustedes, y sobre todo, siendo un hombre de libros, presentar este libro de la federación; el cual como lo dice el propio Dr. Álvarez en su nota de presentación escrita: "tiene por objeto dar a conocer de manera amplia y con claridad, las posiciones jurídicas de la FIA sobre los principios fundamentales que gobiernan su razón de ser, y que están nítidamente expresados en sus Estatutos: el principio de la

libertad de ejercicio de la abogacía y el principio de la independencia judicial."

El segundo de los agradecimientos que quiero expresar es a la propia federación Interamericana de Abogados, como institución, por la iniciativa que tuvo su Consejo General en 2012, de presentar un *Amicus Curiae*, o alegato como amigo de la corte, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el juicio Allan R. Brewer-Carías v. Venezuela, en el cual se refirió precisamente a esos dos principios mencionados, que son de los debatidos en ese proceso que se inició por demanda que yo personalmente, como víctima, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos iniciamos ante dicha Corte contra el Estado venezolano, por la violación masiva de mis derechos y garantía judiciales, en particular al debido proceso, a la protección judicial, a la defensa, y a la presunción de inocencia, cometidas en un viciado proceso judicial iniciando en mi contra en 2005, precisamente por haber dado una opinión jurídica como abogado, en el momento de crisis política que se originó con la anunciada renuncia del Presidente Chávez en 2002 por su alto mando militar. En ese proceso ante la Corte Interamericana, entre los violaciones denunciados está la del derecho al libre ejercicio de su profesión que tiene que tener todo abogado y e derecho de toda persona a ser juzgado por jueces independientes.

Mi agradecimiento especial al apoyo del por su al Álvarez, a todos os miembros del Consejo por su decisión de participar ene sa frma en ese proceso internacional, y a los apreciados colegas abogados que asumieron la tarea de redactar el documento de *Amicus Curiae* por la FIA, que fueron el Dr. Renaldy Gutierrez, ex Presidente de la FIA, el Dr. Fernando Saenger, Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la FIA, y el r Dante Figueroa, Ex Secretario General de la FIA.

Y mi tercer agradecimiento es a quienes tuvieron la iniciativa de publicar el documento como libro de la FIA, en particular, de nuevo al Presidente de la institución, y al Dr. Italo Antinori Bolaños, distinguido abogado panameño quien no sólo fue el primer Defensor del Pueblo de Panamá entre 1997 y 2001, sino que es la persona con más larga experiencia en este país en la presentación de *Amicus Curiae* ante la Corte Interamericana, lo que hizo en dicho carácter de Defensor del Pueblo en n caso contra Panamá.El Dr. Antinori, además, escribió el excelente Prólogo que precede la obra.

A todos mi profunda agradecimiento.

Pero además, debo decirles que me siento realmente complacido que haya sido precisamente mi caso judicial contra Venezuela ante la Corte Interamericana, el motivo para que la FIA pudiera expresar sus ideas sobre elos dos principios fundamentales mencionados, sin los cuales, como lo reafirma el Dr. Álvarez en su presentación escrita, simplemente "no puede haber Estado de Derecho." A todos esos principios se refiere además el Dr.

Antinori en su enjundioso Prólogo, destacando de ellos en particular los siguientes aspectos tratados en el *Amicus Curia* cuyo texto íntegro se publica:

1. Que considerar e identificar a los abogados con las causas de sus clientes –a menos que existan pruebas concluyentes– constituye una intimidación y hostigamiento en contra de los abogados.

2. Que toda persona tiene derecho a tener acceso a un abogado para amparar y defender sus derechos, razón por la cual los Estados del continente americano, deben asegurar que los abogados no sufran ni estén sometidos a persecuciones o amenazas de ninguna índole, ni podrá ser objeto de injustas sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de cualquier naturaleza, por haber asesorado o asistido a un cliente o por haber representado a un cliente en determinadas o difíciles circunstancias.

3. Que criminalizar la actuación profesional de un abogado constituye una grave violación al libre ejercicio de la profesión del abogado, esencial dentro de un sistema democrático.

4. Que desarrollar un proceso penal contra una persona, calificado y decidido por jueces provisionales o temporales e investigado por Fiscales igualmente provisionales y temporales, constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso porque los funcionarios judiciales, al no tener estabilidad en sus cargos, carecen de una adecuada independencia judicial.

5. Que la existencia y funcionamiento de jueces y fiscales estables e independientes es, para la Federación Interamericana de Abogados (FIA), un elemento fundamental para la existencia de una sana administración de justicia, garantía del acusado y fundamento de un Estado de Derecho.

6. Que para la Federación Interamericana de Abogados (FIA) la protección a la independencia de los abogados se fundamenta en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la defensa entre una de sus garantías y en concreto, a la garantía de tener la posibilidad de "ser asistido por un defensor de su elección." Y que así como los jueces requieren una serie de garantías especiales para poder ejercer su cargo (un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la gozar de garantías para asegurar su independencia y, como consecuencia, poder ejercer sus funciones como asesores y representantes de los derechos de sus clientes sin ser sancionados a causa de ello**.**

7. Que la Federación Interamericana de Abogados (FIA) sostiene que esencial y legalmente los abogados tienen el derecho a no denunciar ni comentar (derecho de reserva) por motivos profesionales, las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes, lo cual significa que el abogado en el ejercicio de su profesión realiza una actividad ajustada a la ley y que, por ejercitar el derecho de reserva sobre las explicaciones o conversaciones con su cliente, no puede ser objeto de ninguna consecuencia penal o de cualquier otra naturaleza.

El libro incluye, además, el texto del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de noviembre de 2011, que originó la demanda contra el Estado de Venezuela ante la Corte Interamericana, en el cual luego de analizar las denuncias de violaciones formuladas, concluyó exigiendo que se declare la responsabilidad internacional del Estado venezolano por la violación de mis derechos contemplados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, el libro concluye con la publicación de un documento que para mí es una pieza histórica que muestra la continuidad institucional de la FIA en defensa de los principios de libertad de la abogacía e independencia judicial en el Continente, y es la presentación que hice personalmente de mi caso ante el Consejo General de la FIA, en su reunión en Buenos Aires en junio de 2005, hace ya nueve años, cuando denuncié las graves violaciones que ya se habían comenzado a cometer en el proceso judicial iniciado en mi contra en 2005, el cual enfrenté hasta que pude, en el cual, el Ministerio Público inició su cadena de violaciones simplemente invirtiendo la carga de la prueba en el proceso. Entonces denuncié que "en la investigación penal que adelanta el Ministerio Público contra todos los imputados en el caso, nada más ni nada menos, que en criterio de la representación fiscal corresponde a la defensa de los imputados desvirtuar la imputación hecha, es decir, que corresponde a los imputados desvirtuar la sospecha que el Ministerio Público tiene de que supuestamente competieron algún delito. En otras palabras, la representación fiscal ha confesado ante el Juez de Control que no cumple ni cumplirá con su obligación de probar lo que imputa, pretendiendo invertir la carga de la prueba, y que entonces sean los imputados quienes prueben que no cometieron el delito que ella sospecha que cometieron, buscando incluso que los imputados sean quienes demuestren que no hicieron lo que ella imputa que hicieron, sin prueba alguna, sólo basándose en sospechas derivadas de chismes periodísticos."

Frente a esas denuncias, en aquella ocasión, además de haberle agradecido el apoyo y solidaridad de los abogados venezolanos presentes en la reunión de Buenos Aires, entre ellos, del Dr. Rafael Velóz, ex Presidente del Colegio de Abogados del Distrito Federal y ex Presidente de la FIA, -agradecimiento que hoy quiero reiterar -, la Federación adoptó una Resolución en la cual condenó "enérgicamente la utilización de los mecanismos institucionales que coarten la libertad de ejercicio de la profesión de abogado y lesionen el honor de la profesión jurídica, así como toda actuación de los organismos de investigación criminal que signifiquen violación del derecho a la presunción de inocencia y al debido proceso de ley."

Teniendo en cuenta esta resolución, este libro, con este *Amicus Criae* de la Federación, es sin duda, muestra de la continuidad en sus actividades a través del tiempo, por lo que tenemos que concluir felicitando a la Federación Interamericana de Abogados por la publicación de este libro, y por todo lo

que ha hecho y hace en defensa de los principios señalados de la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y de la independencia judicial, sin los cuales como se dijo, no puede haber Estado de Derecho.

Muchas gracias.

APÉNDICE

TEXTO DEL *AMICUS CUREAE* PRESENTADO POR LA *INTER-AMERICAN BAR ASSOCIATION* SOBRE LA DEFENSA DEL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Texto presentado por José Alberto Alvarez, Presidente De La Federación Interamericana de Abogados; Fernando Saenger, Presidente Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados; Renaldy Gutiérrez, Ex-Presidente de la Federación Interamericana de Abogados y Dante Figueroa, Ex-Secretario General de la Federación Interamericana d Abogados El caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto fue publicado en el libro: EN DEFENSA DEL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL El caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Amicus Curiae* presentado por la *Inter-American Bar Association,* Federación Interamericana de Abogados, Washington, D.C., 2013; con Presentación, Prólogos e Introducción de José Alberto Álvarez Álvarez, *Italo Isaac Antinori Bolaños y Fernando Saenger Gianoni,* Federación Interamericana de Abogados, Washington, D.C., 2013.

PRESENTACION

POR: JOSE ALBERTO ALVAREZ ALVAREZ

Presidente de la Federación Interamericana de Abogados

Con una gran satisfacción y sano orgullo presento a nuestros respetados Consejeros, Miembros y, en general, a la abogacía del continente americano, esta importante obra titulada "*En Defensa del Libre Ejercicio de la Profesión de Abogado y de la Independencia Judicial*", basado primordialmente en el *Amicus Curiae* sometido por la Federación Interamericana de Abogados (FIA) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado "*Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*" en el mes de septiembre de 2013. En efecto, el presente libro tiene por objeto dar a conocer de manera amplia y con claridad las posiciones jurídicas de la FIA sobre dos principios fundamentales que gobiernan su razón de ser, y que están nítidamente expresados en sus Estatutos: el principio de la libertad de la abogacía, y el principio de la independencia judicial.

De esta manera, la FIA ha deseado expresarse procesalmente en el caso antes referido, a fin de defender y promover los valores jurídicos en juego en el mismo, y busca mediante este libro, brindar un adecuado conocimiento de estos dos principios fundamentales del Estado de Derecho a lo largo del hemisferio. Así también, esperamos, que el *Amicus Curiae* de la FIA coadyuvará a una adecuada resolución del caso sobre temas jurídicos que son de enorme importancia para la vitalidad de la abogacía en nuestro continente.

La decisión de presentar el *Amicus Curiae* fue adoptada unánimemente por el Consejo de la FIA –que es su máxima autoridad institucional— en su reunión celebrada en octubre de 2012 en la ciudad de Miami Beach, Florida. La presentación del Amicus Curiae se efectuó en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 2013. El *Amicus Curiae* incluido en la presente obra fue preparado por un grupo de trabajo presidido por el Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la FIA, Dr. Fernando Saenger, e integrado por distinguidos abogados de la FIA, Dres. Renaldy Gutiérrez y Dante Figueroa, con la colaboración de las abogadas Katharine Nylund y Delphine Patetif, y ha sido prologado por el destacado jurista panameño Ítalo Antinori. Adicionalmente, deseo expresar un sincero agradecimiento a la Fundación Mezerhane por su valioso apoyo en la publicación de la presente obra.

El libro incluye, además del *Amicus Curiae*, unos apéndices en los cual hemos incluido unos valiosos documentos, relevantes además para la comprensión y apreciación del caso en cuestión: primero, la "*Nota de Sometimiento del Caso,"* el *Informe de Fondo* y los *Alegatos Finales* en la audiencia formulados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y segundo,exposición realizada por el profesor Brewer-Carías ante el Consejo

General de la Federación Interamericana de Abogados en la *XLI Conferencia* celebrada en Buenos Aires, el 29 de junio de 2005

Finalmente, sólo me resta renovar el compromiso histórico y profundo de la Federación Interamericana de Abogados con principios que trascienden las fronteras físicas y políticas de nuestro continente, y sin los cuales no existiría ni paz social, ni justicia, ni derecho, y últimamente civilización, a saber: la libertad de expresión de los abogados —que implica la total exclusión de la criminalización y persecución política de los mismos— y la independencia judicial, sin los cuales no podrá darse un verdadero Estado de Derecho en nuestro continente americano.

Washington, D.C., 18 de octubre de 2013

PRÓLOGO

POR: *ITALO ISAAC ANTINORI BOLAÑOS*

Doctor en Derecho (Especializado en Derecho Constitucional)
Universidad Complutense de Madrid, España.
Primer Defensor del Pueblo de la República de Panamá (1997-2001)

Si bien es cierto que presentar un denominado *Amicus Curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos pareciera no ser un documento jurídicamente muy complicado, no es menos cierto que es un acto jurídico, profesional y cívico de enorme responsabilidad para la conciencia moral de quien lo presenta. El 26 de enero de 1999 nos correspondió presentar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Continente Americano, en San José, Costa Rica – en mi condición de Primer Defensor del Pueblo de la República de Panamá – un memorial de *Amicus curiae* a favor de los trabajadores panameños que habían sido injustamente despedidos por la nefasta Ley N° 25 de 14 de diciembre de 1990, acusados de haber participado como cómplices en un supuesto intento de golpe de Estado que ocurrió diez (10) días antes de que aprobaran la Ley que se dictó para justificar sus despidos, es decir por un hecho ocurrido el cuatro (4) de diciembre de 1990, dándole una inadmisible y vergonzosa retroactividad a dicha ley. Y lo más peripatético e inaudito es que los tribunales de justicia – en el transcurso de la demanda internacional – declararon inocente al supuesto autor material de los hechos o intento de golpe de Estado. Por consiguiente, ¿como podían justificarse los despidos, puesto que si no había un autor material, cómo podía haber cómplices o participantes? En esa ocasión, no solo me convertí en el primer ciudadano panameño en presentar un *Amicus curiae* ante dicho

organismo continental, sino que fui partícipe de la primera condena formal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó en contra del Estado panameño, por violar derechos sociales y laborales protegidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en perjuicio de más de doscientos setenta (270) trabajadores de determinadas empresas estatales (caso 11,325 *Baena, Ricardo Y Otros*)

En esta ocasión, nos aprestamos a comentar el sesudo *Amicus curiae* propuesto por ilustres abogados del conteniente americano dignatarios de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en agosto del 2013. Tan importante e histórico documento para la abogacía del continente, fue presentado por el L**cdo. José Alberto Alvarez** en su condición de Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), por los doctores **Renaldy J. Gutiérrez** ex Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), así como por los distinguidos juristas **Fernando Saenger Gianoni,** Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), y **Dante Figueroa,** ex Secretario General de la Federación Interamericana de Abogados (FIA)**.** El *Amicus curiae* se presentó en el caso identificado como el N° 12,274 *Allan Brewer-Carías contra la República Bolivariana de Venezuela* en que se debaten aspectos muy importantes para la abogacía continental inherentes al libre ejercicio de la profesión y el respeto y acatamiento a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El precedente que dicte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, será vital y fundamental para los abogados del continente. Por tanto, aparte de otras no menos importantes consideraciones sobre el fondo del litigio internacional – que trataremos de analizar más adelante de forma breve – el centro de atención del proceso ha conducido de forma responsable a la Federación Interamericana de Abogados (FIA) a interesarse por el resultado del caso y a presentar lo que consideramos un histórico alegato que no sólo quedará para la posteridad, sino que será manual de obligada consulta para los abogados y estudiosos del mundo jurídico sobre la importancia del ejercicio de la profesión sin el riesgo de sufrir ataques so pretexto de confundir la causa que se defiende con la persona del abogado que actúa en ejercicio de su profesión.

1. Los Derechos Humanos en el ámbito universal

Cuando después de la Segunda Guerra Mundial, la recién creada Organización de Naciones Unidas, (ONU) en la Asamblea General celebrada el 10 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableció y promovió un eficaz instrumento para proteger y defender los derechos fundamentales de las personas, que sirvió como base y

fundamento para otras declaraciones.[1] Rápidamente, la importante declaración se irradió en el mundo y fue tomada en cuenta y considerada por organizaciones de los diversos continentes, por grupos y personas de distintas corrientes y concepciones ideológicas, pero, con la absoluta coincidencia, convicción y determinación de que era necesario y urgente el respeto por los Derechos Humanos. El respeto por los Derechos Humanos empieza por el convencimiento de que todas las personas somos iguales y por tanto, tenemos iguales derechos. Que la libertad es uno de los derechos fundamentales para la convivencia social. "Sin libertad no hay derechos" – expresamos en una ocasión cuando nos pidieron en una conferencia que nos refiriéramos al concepto filosófico de la libertad. De igual modo, en reiteradas ocasiones hemos expresado que la libertad, a más de sesenta (60) años de la histórica declaración, no puede ni debe concebirse únicamente como un conjunto de derechos y deberes individuales de la persona en la sociedad, sino que la libertad de hoy día incluye no sólo los clásicos derechos individuales, sino también los derechos sociales que deberían adicionarse por derecho y necesidad de la propia sociedad. De manera tal que, la libertad es sinónimo de armonía de las personas en su interactuar individual, pero también debe ser sinónimo de armonía social. Dicho de otro modo – es nuestro criterio – sin armonía social no puede haber libertad, como tampoco sin libertad individual es posible alcanzar alguna armonía social. La libertad debe, por tanto, concebirse de forma integral y tiene dos vertientes que necesariamente tienen que coexistir para que el concepto sea real: la libertad individual y la libertad social. Esto nos lleva a recordar una inmortal frase de Eva María Duarte de Perón, quien decía que "donde hay una necesidad, existe un derecho". Por tanto, no podemos soslayar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos surge por la necesidad que tenía la sociedad mundial de aprobar un estatuto fundamental que garantizara los derechos humanos de las personas, inmediatamente después de una cruenta guerra mundial. Es evidente que esta Declaración Universal procura la promoción y protección de los Derechos Humanos sobre la base de la justicia, la paz, la libertad y el reconocimiento de la dignidad, igual para todos los seres. Son los grandes valores de la humanidad, contenidos en una Declaración Universal que se cimienta también sobre conceptos éticos y morales que prevalecen por encima de otras concepciones transitorias.

Es innegable que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido y es fuente de inspiración permanente para otras declaraciones y convenios, que la toman como punto de partida esencial para establecer los mecanismos de defensa de los Derechos Humanos. Sus conceptos, además de constituir el fundamento de otras declaraciones, fueron mejorándose y

[1] Es importante destacar que, siete (7) meses antes, los países del Continente Americano, se habían adelantado y habían aprobado la meritoria "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" en la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

adaptándose a las realidades propias de cada continente y de cada región. Ello ha permitido el progresivo incremento de una conciencia moral de la humanidad que está comprometida con la defensa de los derechos fundamentales.

Tampoco podemos soslayar expresar que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene la virtud de haber sido, al menos, el primer estatuto aceptado por la mayoría de los países del universo que establece principios fundamentales de conducta humana que nos motivan a sostener que desde ese momento, existe la certeza moral y jurídica de que los habitantes de la tierra compartimos valores, principios y conceptos comunes, cuyo objetivo es el respeto a la dignidad del ser humano.

También es importante advertir que desde la Conferencia de San Francisco, en Estados Unidos, realizada a mediados de 1945 – con el objetivo de redactar la carta constitutiva de la Organización de Naciones Unidas – fue unánime el criterio de que era necesario redactar un estatuto para proteger los derechos humanos, aceptado por todos los países. Como consecuencia, en 1946 el denominado Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, creó una comisión de Derechos Humanos cuya presidencia recayó en la señora Eleanor Roosevelt, quien era la viuda del ex presidente de los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt. Esta comisión trabajó arduamente durante dos años para concluir presentando el anteproyecto de Declaración Universal que, después de múltiples debates y discusiones, fue aprobado en esa histórica Asamblea General de 10 de diciembre de 1948. La aprobación se produjo sin ningún voto en contra y con ocho países que se abstuvieron: la entonces Unión Soviética, la entonces Checoslovaquia, la entonces Yugoslavia, la entonces Unión Sudafricana, así como Ucrania, Bielorrusia, Polonia y Arabia Saudita. A nuestro juicio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no solamente constituye un código de conducta moral para la humanidad, sino que es una fuente intrínseca de derecho internacional. Independientemente de que no fue ratificada ni aprobada como tratado internacional por los distintos países, su clara definición de los derechos humanos y la aceptación unánime que desde su nacimiento ha tenido en el mundo, reafirman el consenso y la ratificación de la comunidad internacional para con esta declaración que, sin duda alguna, establece conceptos comunes para todos los pueblos del Universo. Ella reafirma lo que hemos denominado la conciencia moral que, sin duda alguna debemos fomentar los habitantes del planeta, de manera tal que ayude no sólo a la educación, sino a la concienciación de que es necesario vivir en un mundo más fraternal, más humano y más solidario.

2. La protección de los Derechos Humanos en el Continente Americano

Las naciones del continente americano, conscientes de la importancia que constituye la defensa de los Derechos Humanos, aprobaron en la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia el 2 de

mayo de 1948, el primer estatuto de protección de los Derechos Humanos del continente que denominaron "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". Pocos conocen que esta importante e histórica declaración fue adoptada siete (7) meses antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que aprobó la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Si bien es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue la primera manifestación aceptada por los países del mundo para la defensa de los derechos fundamentales, no es menos cierto que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es la mejor expresión y demostración del compromiso de los países del continente americano en la protección de los derechos esenciales de la persona y así como la importancia se le ha dado, desde hace tantos años, al establecimiento de un mecanismo de protección regional que permitiera la promoción de los derechos humanos.

Por consiguiente, el continente americano – que como hemos dicho tiene el mérito de haber sido el primero en aprobar una declaración sobre Derechos Humanos en 1948 – ha procurado, con el paso de los años, mejorar los mecanismos de promoción, difusión y defensa de los derechos humanos. Después de la denominada "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" del 2 de mayo de 1948 hecha por los países del continente en la Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, se produjo el innegable impulso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 – hecha siete meses después de la de nuestro continente – del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, de la denominada Declaración de Teherán (Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 1968) y de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, entre otros notables documentos y convenciones importantes. Pero el continente americano, que había sido precursor mundial en el tema de los derechos humanos, tenía que adecuarlos en un documento más moderno y que permitiese una mejor defensa y protección de los Derechos Humanos. Es así como el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia de los Estados Americanos, celebrada en la ciudad de San José, República de Costa Rica, se aprobó la "Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", que reemplazó la meritoria "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" de 2 de mayo de 1948.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José" es evidente que tiene no sólo su antecedente, sino su fundamento en la propia Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos aprobada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, en la admirable Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948 y en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos,

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José" tiene ochenta y dos (82) artículos cuya redacción, sentido y alcance mejoran notablemente la primera Declaración Americana de 1948. Dentro de la Convención destacamos no sólo los principios básicos de derechos individuales, sociales, civiles, económicos, políticos y culturales, sino también los medios de protección y los organismos competentes para resguardar el cumplimiento de los derechos establecidos en la Convención. Entre los medios de protección, resaltamos la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 34) con sede actual en Washington D. C., Estados Unidos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 52), con sede actual en San José, Costa Rica.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos representa a todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos y está integrada por siete (7) miembros que deberán ser personas de alta autoridad moral y de reconocido conocimiento de los Derechos Humanos. El objetivo principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es promover, proteger y defender la vigencia de los Derechos Humanos establecidos en la Convención, para lo cual puede atender las denuncias sobre posibles violaciones que se presenten y solicitar a los gobiernos los informes correspondientes. Asimismo, puede formular recomendaciones cuando lo estime conveniente, promover medidas para fomentar el respeto a los principios de la Convención, así como hacer visitas de inspección a los países del continente. La propia Convención establece en el artículo 48 y siguientes, el procedimiento para la investigación de posibles violaciones a los derechos consagrados en la Convención.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está integrada por (7) siete jueces nacionales de los Estados del continente, elegidos a título personal entre juristas de alta calidad moral y de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para conocer y decidir sobre cualquier caso relativo a la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana y dispondrá que se garantice al afectado gozar del derecho o la libertad conculcados, para lo cual podría configurar la vulneración de esos derechos y determinar el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Artículo 63) Si bien los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y – según el artículo 68 de la Convención – los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, actualmente han surgido algunas dudas sobre la eficacia y efectividad, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien reconocemos la honorabilidad de sus miembros y el celoso deseo de sus miembros y del personal de los despachos, de actuar con justicia y equidad,

no podemos dejar de expresar que ciertamente hay críticas certeras sobre el largo y a veces complicado proceso de reclamación ante estas instancias. Probablemente, la Organización de Estados Americanos y los países del continente, deberían plantearse la necesidad de agilizar los trámites ante ambos organismos, de manera tal que las personas lesionadas por las actuaciones indebidas o abusivas de los gobiernos del continente, obtengan más fácilmente y con mayor eficacia, el goce de los derechos lesionados y de las indemnizaciones correspondientes.

Ahora bien, consideramos importante divulgar y conocer plenamente los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cómo funcionan los instrumentos de protección de tales derechos. Estamos convencidos que en la medida en que, quienes habitamos el continente, conozcamos cuáles son los derechos que nos garantiza la Convención, podremos articular con mayor determinación y vehemencia la defensa de los Derechos Humanos conculcados. En los países del continente – sobre todo los iberoamericanos – es conocido que los políticos que obtienen el poder público tienden, en algunos casos, a abusar del ejercicio del poder público y con ligereza e impunidad, lesionan Derechos Humanos, sobre todo de las poblaciones más indefensas socialmente. La mentira, como medio e instrumento de los políticos para obtener el poder y la corrupción desmedida de éstos, cuando lo obtienen, son el reflejo de una degradante realidad que amerita que estudiemos y adoptemos novedosas y urgentes fórmulas constitucionales que nos permitan controlar tan constantes abuso, corrupción galopante y las consecuentes prácticas de violaciones a los Derechos Humanos. Por eso hemos escrito en diversas ocasiones que pareciera que "los políticos tienen como medio la mentira y como fin el poder"[2] La conciencia moral – a la que nos hemos referido en varias ocasiones – es necesario fomentarla y estimularla para que las futuras generaciones en el continente puedan convivir dentro de sociedades más evolucionadas cultural y moralmente. Es que, si obtenemos un desarrollo cultural y educativo, lograremos un adecuado y anhelado desarrollo económico y social. En este sentido, es oportuno recordar una frase del Preámbulo de la primera Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 cuando expresaba que, "si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad."

2. Los Derechos Humanos y el caso del Dr. Allan R. Brewer-Carías, en Sistema Americano

Como es conocido, el 24 de enero de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Derechos Humanos – tal como

---

[2] ANTINORI BOLAÑOS, Italo Isaac, "La Segunda Vuelta Electoral", editado e impreso por Universal Books, segunda edición, Panamá, República de Panamá, 2013.

lo establece el procedimiento interamericano – recibió una petición presentada por los distinguidos juristas **Pedro Nikken, Hélio Bicudo, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglass Cassel y Héctor Faúndez Ledesma**, en la cual se denunció que la República Bolivariana de Venezuela era responsable de una persecución política ejercida en contra del abogado constitucionalista venezolano Dr. **Allan R. Brewer- Carías** por un proceso judicial seguido en su contra por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución Venezolana de 1999, por los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002, cuando se realizó un golpe de Estado que instaló en el poder al empresario **Pedro Carmona,** en contra del entonces Presidente **Hugo Chávez Frías,** quien recuperó el poder político el 13 de abril del 2002**.** El 8 de septiembre de 2009 – conforme al procedimiento establecido, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humamos como en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – ésta declaró admisible el reclamo sobre la presunta violación de los derechos protegidos en los artículos 2, 8, 13 y 25 en concordancia con el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del Dr. **ALLAn R. Brewer-Carías,** como consecuencia del proceso judicial instaurado en su contra, a partir del 2005, en la República Bolivariana de Venezuela. El Estado venezolano ha sometido al afectado a un proceso penal por haber sido consultado como abogado – especialista en Derecho Constitucional – en la madrugada del 12 de abril de 2002, por el **Dr. Pedro Carmona E.,** quien posteriormente figuraría como Presidente del gobierno de transición, sobre el contenido de un "decreto para un gobierno de transición" que le habían presentado y que después de leído en la tarde de ese día, se conoció como el "Decreto Carmona". Dicho decreto fue, en efecto, emitido y divulgado por el gobierno de transición, como consecuencia de la anunciada renuncia del Presidente **Hugo Chávez Frías** por su alto mando militar en dicha madrugada, y de la ausencia del Vicepresidente Ejecutivo, en quien debía darse la sucesión establecida en la Constitución. En su defecto el decreto instaló al empresario **Pedro Carmona**. Asimismo, el precitado decreto modificó la Constitución de 1999 y dejó sin efecto a los principales altos cargos del Estado.

Según el proceso judicial que se sigue al **Dr. Allan R. Brewer- carías** en Venezuela**,** a él se le solicitó una opinión legal (actuación de abogado) con relación al proyecto del precitado Decreto, dando dicha opinión incluso en forma contraria a su contenido. Por ello y sin embargo, se le ha considerado partícipe de una conspiración para cambiar violentamente la Constitución, suspender a todos los funcionarios públicos más relevantes del Estado y permitir la "usurpación de las funciones" que la Constitución de Venezuela de 1999, no permite ni establece, pues en un decreto de transición, no puede determinarse un procedimiento para su derogación o para suplir la falta del Presidente de la República. El afectado ha negado los hechos que le imputa el Ministerio Público de Venezuela y ha reiterado en diversas ocasiones que, una vez pudo analizar el referido Decreto, le manifestó a Pedro Carmona – y

así éste lo ha corroborado – su rechazo al documento por apartarse del constitucionalismo y por violar la Carta Democrática Interamericana. Ha dicho que debió hacerlo por teléfono, cuando Pedro Carmona lo llamó, siendo esa la única oportunidad que tuvo de hablar personalmente con él, antes de que anunciara la disolución de los poderes públicos y el establecimiento de un "gobierno de transición democrática", entre otras medidas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escuchó tanto a los peticionarios como al Estado Venezolano e hizo sus recomendaciones de rigor para una solución amigable del conflicto. No obstante en su informe de 3 de noviembre del 2011 [3] consideró que el Estado venezolano era responsable de la violación de los derechos humanos, contemplados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio del Dr. **Allan R. Brewer-Carías**. Por otra parte, la Comisión Interamericana consideró que el Estado venezolano no era responsable por la violación del derecho de libertad de expresión establecido en el artículo 13 de la Convención Americana.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice así:

> **Artículo 8, GARANTÍAS JUDICIALES**
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
>
> b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
>
> c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
>
> d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

[3] Se trata del informe 171/11 de 3 de noviembre del 2011, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice lo siguiente:

Artículo 25, PROTECCIÓN JUDICIAL

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, consideró que el proceso realizado en Venezuela contra el Dr. **Allan Brewer-Carías,** al haber sido instruido por fiscales y jueces provisionales y temporales – tal como quedó demostrado en el proceso investigativo que instruyó la Comisión – demostraron una falta de garantía, de independencia judicial e imparcialidad en el ejercicio del cargo por parte de los funcionarios judiciales del Estado de Venezuela. Ello significó – a juicio de la Comisión – que el Estado Venezolano no dispuso de los medios necesarios para administrar justicia, de forma imparcial, independiente y objetiva en la investigación y en el proceso

penal seguido contra el Dr. **Allan Brewer-Carías,** conforme lo disponen los artículos 8 (numeral 1) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en concordancia con los artículos 1.1 y 2.

De igual manera, la Comisión concluyó que se demostró claramente que en la investigación penal que se siguió contra el Dr. **Allan Brewer-Carías** en los Tribunales de Venezuela, no se le brindó el acceso oportuno al expediente para que la defensa pudiera examinarlo y elaborar una adecuada defensa. Por tanto, este hecho indebido configuró la violación de la garantía judicial establecida en el artículo 8 numeral 2, literal C, de la Convención que establece la concesión del tiempo a cualquier inculpado y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Como el Estado de Venezuela no acogió las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y no se produjo la rectificación ni el arreglo amigable entre las partes, el caso fue presentado para una decisión jurisdiccional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por consiguiente, la Federación Interamericana de Abogados (FIA) de forma responsable ha presentado un alegado en el término oportuno, que resulta ser una extraordinaria pieza jurídica – que sin duda alguna recomendamos analizar – que servirá como precedente, como elemento de investigación y docencia para el libre ejercicio de la profesión del abogado en el continente americano. Destacamos, entre muchos otros aspectos trascendentes que contiene el *Amicus Curiae* presentado por la Federación Interamericana de Abogados (FIA), los siguientes:

1. Que considerar e identificar a los abogados con las causas de sus clientes – a menos que existan pruebas concluyentes – podría interpretarse como una intimidación y hostigamiento en contra de los abogados.
2. Que como principio básico sobre la función que los abogados desarrollan, está la de permitir y facilitar el derecho de toda persona a tener acceso a un abogado para amparar y defender sus derechos. Para ello, los Estados del continente americano, deben asegurar que los abogados no sufran ni estén sometidos a persecuciones o amenazas de ninguna índole, ni podrá ser objeto de injustas sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de cualquier naturaleza, por haber asesorado o asistido a un cliente o por haber representado a un cliente en determinadas o difíciles circunstancias, tal como ocurrió con el Dr. **Allan Brewer-Carías** que en momentos de grave convulsión social y política de Venezuela fue consultado como abogado en ejercicio y experto en Derecho Constitucional y su recomendación – cualquiera que haya sido – no lo hace responsable de la actuación que realizó la persona que fue el protagonista principal de los actos acontecidos. El abogado asesor recomienda pero no se hace responsable de las decisiones que se asuman, sobre todo, cuando en el caso de Dr. **Allan Brewer-Carías,** éste ha

explicado reiterativamente que mostró su desacuerdo con el Decreto que ha provocado los procesos judiciales.
3. Que criminalizar la actuación profesional de un abogado – especialista en Derecho Constitucional – como lo es el Dr. **Allan Brewer-Carías** constituye una grave violación al libre ejercicio de la profesión del abogado, esencial dentro de un sistema democrático.
4. Que todo el proceso en contra el Dr. **Allan Brewer-Carías** al ser calificado y decidido por jueces venezolanos provisionales o temporales e investigado por Fiscales igualmente provisionales y temporales, constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso porque los funcionarios judiciales, al no tener estabilidad en sus cargos, carecen de una adecuada independencia judicial.
5. Que la existencia y funcionamiento de jueces y fiscales estables e independientes es, para la Federación Interamericana de Abogados (FIA), un elemento fundamental para la existencia de una sana administración de justicia, garantía del acusado y fundamento de un Estado de Derecho.
6. Que para la Federación Interamericana de Abogados (FIA) – y así se desprende del brillante *Amicus Curiae* presentado – la protección a la independencia de los abogados se fundamenta en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la defensa entre una de sus garantías y en concreto, a la garantía de tener la posibilidad de "ser asistido por un defensor de su elección." Y que así como los jueces requieren una serie de garantías especiales para poder ejercer su cargo (un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas), los abogados también deben gozar de garantías para asegurar su independencia y, como consecuencia, poder ejercer sus funciones como asesores y representantes de los derechos de sus clientes sin ser sancionados a causa de ello**.** Son necesarias dichas garantías, pues precisamente buscan asegurar la posibilidad de que los derechos y las garantías jurisdiccionales de las personas, sean plenamente ejercidas a través de un abogado que pueda realizar sus labores profesionales, sin temor a represalias por defender a un cliente o a su causa.
7. Que la Federación Interamericana de Abogados (FIA) – y así lo reafirma clara y categóricamente en el contenido del *Amicus Curiae* presentado – sostiene que en Venezuela, al igual que ocurre en otros países del continente, existe el artículo 289.1 del Código Orgánico Procesal Penal, en el que se establece que el abogado tiene el derecho a no denunciar ni comentar (derecho de reserva) por motivos profesionales, las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes, lo cual significa que el abogado en el ejercicio de su profesión realiza una actividad ajustada a la ley y que, por ejercitar el derecho de reserva sobre las explicaciones o conversaciones con su cliente, no puede ser objeto de ninguna consecuencia penal o de cualquier otra naturaleza.

Después de analizar el *Amicus curiae* presentado por la Federación Interamericana de Abogados (FIA) no me cabe la menor duda que el proceso del Dr. *Allan Brewer-Carías Vs la República Bolivariana de Venezuela* (distinguido como el caso N° 12,274), es de una importancia vital para el ejercicio de la profesión del abogado en el continente americano. Lo que decida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituirá el primer precedente directo y preciso sobre la libertad en el ejercicio profesional del abogado y del derecho de los abogados a ejercer con plena seguridad nuestra profesión.

Felicitamos y saludamos, tanto la acertada idea como el contenido del *Amicus Curiae*, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Federación Interamericana de Abogados (FIA) firmado por el Lcdo. **José Alberto Alvarez** en su condición de Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), por los doctores **Renaldy J. Gutiérrez** ex Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), así como por los distinguidos juristas **Fernando Saenger Gianoni**, Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), y **Dante Figueroa,** ex Secretario General de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). A la atinada gestión que, con la presentación de tan valioso documento han realizado, los abogados del continente americano les quedamos agradecidos por la legítima preocupación y defensa del libre ejercicio de la profesión, por clamar por el pleno acatamiento de los principios democráticos, por la independencia judicial y por buscar la promoción, difusión y respeto a los Derechos Humanos como el conjunto de normas que rigen la conciencia moral de la humanidad.

Es evidentemente que el fallo de la Corte Interamericana de Justicia será de enorme trascendencia porque tendrá repercusiones no sólo para la libertad en el ejercicio de las funciones del abogado, sino también en la reafirmación de la independencia judicial y de las garantías judiciales, claramente establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como también sobre el fortalecimiento intrínseco del derecho y la justicia, por encima de cualquier otra consideración.

Panamá, 23 de septiembre del 2013.

INTRODUCCIÓN

POR: *FERNANDO SAENGER GIANONI*

Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados

En la Conferencia Anual celebrada por la Federación Interamericana de Abogados, en Junio del año 2005, en la ciudad de Buenos Aires, algunos colegas venezolanos plantearon la grave situación en la cual se encontraba nuestro distinguido colega, amigo y socio de la FIA, Allan R. Brewer-Carias, quien incluso, fue recibido en una de las sesiones de la Conferencia.

En esa ocasión Brewer expuso personalmente su caso ante los miembros de la FIA, denunciando la violación de sus derechos y garantías judiciales en el proceso penal que se le seguía en Venezuela, por supuestamente haber tenido participación en la redacción de documentos para la organización de un gobierno de transición, luego del abortado golpe de Estado de abril del 2002, cuando los militares anunciaron la renuncia del entonces Presidente H. Chávez. Se le imputaba haber participado en ello junto con Pedro Carmona, no obstante que su actuación había sido estrictamente la de abogado y profesor, habiéndose limitado a dar una opinión jurídica que el Sr. Carmona le había solicitado puntualmente en medio de esa crisis; opinión jurídica que incluso fue contraria a lo que se decretó.

Meses después de la reunión de Buenos Aires, y con ocasión de un viaje académico, luego de denunciar en su país la criminalización que se había hecho de su actuación como abogado y la violación masiva de sus derechos y garantías judiciales y de su libertad de expresión, Brewer tuvo que permanecer fuera de Venezuela, residenciándose en los Estados Unidos.

Pasaron los años y con motivo de las continuas violaciones a sus derechos y garantías constitucionales, el profesor Allan Brewer dedujo la demanda correspondiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, la que después de un largo análisis, estudio y preparación, llevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que funciona en San José de Costa Rica.

En el Consejo de nuestra Federación, celebrado en Octubre del 2012, en la ciudad de Miami Beach, se encomendó al Comité de Derecho Constitucional, que me honro presidir y a los doctores Renaldy Gutiérrez y Dante Figueroa, para concurrir ante la Corte en defensa de nuestro asociado don Allan Brewer, redactando el *Amicus Curiae*, en su favor.

Así pues, se trabajó intensamente en la elaboración de borradores y documentos, reuniones en Miami y Paraguay y numerosos e-mails y conversaciones telefónicas hasta lograr un texto definitivo, que es el documento contenido en la obra presente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, programó su "100 Período Ordinario de Sesiones *Caso Brewer-Carías Vs. Venezuela*. Audiencia pública sobre la excepción preliminar y los eventuales fondo, reparaciones y costas". La fecha fue el 3 y 4 de Septiembre del 2013.

El 3 de Septiembre pasado, comparecimos personalmente en San José, ante la Corte de Derechos Humanos, nuestro ex Presidente y colega Dr. Renaldy Gutiérrez y el infrascrito. Allí entregamos en forma personal el texto definitivo del *Amicus Curiae* a favor de Allan Brewer.

Según la Comisión Interamericana, los hechos en este caso, están relacionados con la supuesta "Falta de Garantías Judicial y Protección Judicial en el Proceso seguido en contra de Allan Brewer Carías, por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución, en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril del 2002 en Venezuela."

Entre el 3 y 4 de Septiembre pasado, se llevaron a efecto las audiencias, con la asistencia de numeroso público y gran cantidad de periodistas.

Venezuela se defendió con la actuación del representante del Estado, abogado Germán Saltrón.

Por Allan, comparecieron los abogados y profesores Pedro Nikken, Claudio Grossman, Héctor Faúndez, Juan Méndez y Doug Cassel.

Los jueces presentes en la audiencia, fueron los siguientes:

-Diego García-Sayán (Perú), Presidente.

-Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Vice-Presidente.

-Alberto Pérez Pérez (Uruguay).

-Roberto F. Caldas (Brasil).

-Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), y

-Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).

El Secretario de la Corte es el señor Pablo Saavedra Alessandri (Chile) y la Secretaria Adjunta es la señora Emilia Segares Rodríguez (Costa Rica). El Juez Eduardo Vio Grossi (Chile) se excusó de conocer el presente caso, de conformidad con los artículos 19.2 del Estatuto y 21 del Reglamento, lo cual fue aceptado por el Presidente, en consulta con los demás jueces del Tribunal.

Venezuela aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de junio del 1981, y en los últimos meses con la decisión del ex Presidente Chávez y luego ratificado por el Presidente Maduro, de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos, han formalizado su retiro oficial de la Corte.

Se puede dejar la Corte pero no la Comisión, porque si fuere así, Venezuela tendría que retirarse de la OEA.

La Comisión no tiene imperio pero sí la Corte.

De este modo, sólo las acciones y hechos hasta el 9 de septiembre pasado, serán materia de competencia de la Corte.

Hay 11 de 15 sentencias en que la Corte demostró la violación de los derechos humanos de personas en cuanto a garantías y protección judiciales.

Según Maduro, la Corte sería un "brazo del imperio para agredir a Venezuela, o un instrumento de persecución de gobiernos progresistas".

En resumen, nuestra Federación puede sentirse satisfecha por haber cumplido con una de sus funciones fundamentales, cual es la lucha por el estado de derecho y la defensa de nuestros colegas en los momentos que ellos lo necesiten.

Este libro que estamos presentando constituye un hito histórico en la defensa de la dignidad y del prestigio de nuestra profesión, y es un legado para las futuras generaciones en la lucha por el derecho democrático constitucional.

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR LA FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS (FIA) ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 12.274, ALLAN R. BREWER-CARÍAS vs. VENEZUELA

Washington, D.C.23 de Agosto de 2013

Señores Presidente y demás Jueces de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

San José, Costa Rica.

Presente.

Ref. *Amicus Curie*

Caso 12.274: *Allan Brewer-Carías vs. Venezuela*

I. INTRODUCCIÓN.

1. La Federación Interamericana de Abogados ("FIA") respetuosamente presenta este *Amicus Curie* en el caso *Allan Brewer-Carías vs. Venezuela* (Caso Número 12.724) que cursa ante esta honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante "Corte

Interamericana"), actuando de conformidad con lo previsto en los artículos 2.3, 28 y 41 del Reglamento de la Corte Interamericana[4].

2. La FIA considera que este caso es una ocasión importante para que esta Corte Interamericana, en su sentencia, desarrolle los estándares sobre la garantía de la independencia de los abogados y su libertad de expresión respecto de sus opiniones jurídicas. La sentencia de la Corte tendrá importantes repercusiones para las garantías judiciales y la independencia de los sistemas legales en la región. A tal fin, a continuación presentamos algunas consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso que cursa ante esta Corte, en particular, sobre el derecho de los abogados a ejercer con seguridad su profesión, y sin que por ello puedan ser perseguidos; y sobre el derecho de las personas a ser juzgadas por jueces imparciales, autónomos e independientes; todos éstos derechos que han sido denunciados como violados por el Estado venezolano en perjuicio del profesor Brewer-Carías, en el proceso penal seguido en Venezuela en su contra desde 2005.

3. De los hechos relevantes del caso, la FIA observa con extrema preocupación lo que podría configurarse como una criminalización indebida del ejercicio libre de la profesión de abogado y respeto a las opiniones jurídicas que los abogados tienen derecho a expresar. El origen del proceso penal contra el profesor Brewer-Carías en 2005, en efecto, fue el hecho de haber sido consultado como abogado, tres años antes, en 2002, sobre la juridicidad del texto de un decreto de un gobierno de transición, habiéndose limitado en su actuación profesional a emitir la opinión jurídica que le fue requerida por su especialidad en derecho público, sobre la constitucionalidad del contenido de un decreto de transición de gobierno, ámbitos todos dentro de la esfera de su profesión.

4. Los abogados desempeñan un papel esencial en facilitar el acceso a la justicia, garantizando el respeto de los derechos protegidos, combatiendo la impunidad y asegurando el Estado de Derecho, razón por la cual este *Amicus Curiae* destaca las implicaciones de largo alcance que originaron las varias formas de interferencia gubernamental con la actividad profesional del Peticionario.

5. A tal efecto, como lo ha considerado esta misma Corte, este *Amicus Curiae* hará uso del derecho internacional y comparado para interpretar y dar contenido sustancial a los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (la "Convención Americana"), incluyendo el sistema universal de derechos humanos, los sistemas americano, europeo, y africano de derechos humanos, y los estándares de las respectivas organizaciones internacionales. En efecto, el artículo 29.b de la Convención Americana dispone que la interpretación de dicho tratado no puede limitar "*el*

[4] La FIA agradece la colaboración de las abogadas Delphine Patetif y Katharine Nylund en la preparación de este *Amicus Curiae*.

goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Esta consagración del principio *pro-homine* obliga, pues, a interpretar el texto de la Convención Americana a la luz de los demás instrumentos internacionales, incluyendo los textos del Sistema Universal de Derechos Humanos, al igual que tomar en cuenta incluso los demás estándares reconocidos por los demás órganos de protección de derechos humanos; y es en ese sentido que la protección del abogado frente a la criminalización de la asistencia o representación de un cliente se encuentra enmarcada en los artículos 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, las garantías judiciales y el derecho a la libertad de expresión, ambas invocadas como violadas en el caso ante esta Corte.

II. OBJETIVOS DE LA FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS

6. La Federación Interamericana de Abogados (*Inter-American Bar Association,* FIA o IABA)[5] es una organización internacional fundada el 16 de mayo de 1940, con sede en Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica. Está integrada por todos los Colegios de Abogados de las Américas, España y Francia, además de universidades, despachos de abogados, y juristas miembros individuales. Como tal, la FIA representa un foro profesional independiente cuyo objetivo fundamental es la promoción y defensa del Estado de Derecho como fundamento de una sociedad justa y libre en el Hemisferio Occidental. Además, la FIA fomenta y promueve la Democracia, una Administración de Justicia independiente, un ejercicio libre y responsable de la abogacía a nivel hemisférico, y la preservación y defensa de los derechos humanos y las libertades de los pueblos del hemisferio. Esa misión institucional de la FIA justifica su intervención en cualquier caso de naturaleza judicial o cuasi-judicial en los que se vean afectados los valores antes indicados[6].

7. Tal como se demuestra en los certificados adjuntos, el profesor Brewer-Carías es miembro de la FIA, y el Consejo de la FIA adoptó un

---

5 Ver sobre la FIA la información pertinente en su página web: www.iaba.org.

6 Además, es de destacar el hecho de que en el año 2008, en el mes de enero, se firmó un convenio de colaboración y cooperación entre la Federación Interamericana de Abogados y la Corte Interamericana y además el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Este Convenio fue suscrito por el Presidente de la FIA., Dr. Renaldy Gutiérrez y el Presidente de la Corte, en esa oportunidad. También compareció el Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la FIA, Dr. Fernando Saenger.

acuerdo en el mes de octubre de 2012 aprobando la presentación de este *Amicus Curiae*.

III. SOBRE EL DERECHO AL EJERCICIO LIBRE E INDEPENDIENTE DE LA PROFESIÓN DE LA ABOGACÍA Y DE LOS ABOGADOS A EXPRESAR LIBREMENTE SUS OPINIONES LEGALES.

8. Este *Amicus Curiae* examinará la jurisprudencia así como los criterios pertinentes a la independencia de la judicatura y de los abogados. Los órganos del Sistema Universal de protección de derechos humanos han desarrollado una serie de estándares sobre la independencia de los abogados como parte de la garantía de una tutela judicial efectiva. Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados[7] constan asimismo de los estándares fundamentales. En cuanto a los órganos pertenecientes a los sistemas de protección de derechos humanos regionales, también han desarrollado, aunque someramente, lo relacionado con la independencia de los abogados en los términos desarrollados por los órganos de las Naciones Unidas.

A. Libertad de Expresión para Abogados – Opiniones Jurídicas como Parte Integrante del Ejercicio de la Profesión Legal.

i. Sistema Universal de Derechos Humanos.

9. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 (libertad de expresión), garantiza un derecho *activo* de expresar una opinión y de buscar, recibir, e difundir información[8]. Los Estados no pueden castigar o reprimir la expresión de opiniones, incluso si son muy críticas con el gobierno[9]. Por ejemplo, las personas que expresan una posición antigubernamental pacífica no pueden ser removidas de sus puestos de trabajo, sobre la base de sus opiniones[10].

10. Con respecto a los abogados y el derecho de buscar y recibir información, el Principio No. 21 de los Principios Básicos sobre la Función de

---

7 *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 19, 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo 1976, Manfred Nowak, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos CCPR COMENTARIO 440-41 (2005), Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34, ¶ 11, Doc. de la ONU. CCPR/C/GC/34 (21 de julio de 2011). (Destacados y Subrayados Añadidos).

9 Nowak, *ibid.*, at 450-541.

10 Mahmoud Cherif Bassiouni ET AL., INFORME DE BAHREIN comisión de investigación independiente (2011) 348-350, 353-354. Ver también Mukong vs. Camerún, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 458/1991 en ¶ 9.7.

los Abogados precisa que "[l]as autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control…Este acceso se facilitará lo antes posible".

ii. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

11. El Artículo 13 de la Convención Americana protege el derecho a la libertad de opinión y expresión. La Convención permite restricciones sobre la libertad de expresión únicamente toda vez que "deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"[11].

12. Esta Corte Interamericana ha explicado la importancia fundamental que este derecho reviste para la sociedad democrática de la siguiente manera:

> "[L]os distintos sistemas regionales para la protección de los derechos humanos y el sistema universal están de acuerdo respecto del rol que ha de desempeñar la libertad de expresión en la consolidación y la dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, ejercida en todas sus formas, la democracia queda enervada, así como también el pluralismo y la tolerancia comienzan a deteriorarse, los mecanismos de control y reclamo del individuo se tornan ineficaces y, por sobre todas las cosas, se genera un caldo de cultivo para los sistemas autoritarios que se arraigan así dentro de la sociedad"[12].

13. Asimismo, la Corte ha declarado que la libertad de expresión debe estar garantizada siempre que "la difusión de información o ideas... se reciban de manera favorable o bien... se consideren como inofensivas o indiferentes," y toda vez que el resultado de dicha difusión "resulta desagradable para el Estado o una parte de la población"[13]. Como consecuencia, toda restricción sobre la libertad de expresión "debe ser

---

11 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13(2), 22 de noviembre de 1969, *disponible en* http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.

12 Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Objeciones preliminares, Méritos, Reparaciones, y Costas, Sentencia, Corte Interam. de DD.HH., (ser. C), N.° 107, ¶ 116 (2 de julio de 2004), *disponible en* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf.

13 Ríos v. Venezuela, Objeciones preliminares, Méritos, Reparaciones, y Costas, Sentencia, Corte Interam. de DD.HH., (ser. C), N.° 194, ¶ 105 (28 de enero de 2009), *disponible en* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_ing.pdf.

necesaria en una sociedad democrática"[14]. Para que una restricción resulte ser necesaria, debe "estar justificada mediante referencia a objetivos gubernamentales, los cuales, dada su importancia, superan con claridad a la necesidad social del pleno goce del derecho" a la libertad de expresión[15].

14. En este sentido, está claro que la manifestación de una opinión profesional de un abogado consistente en la manifestación de información y opinión jurídicas, se encuentra expresamente protegido por el artículo 13 de la Convención Americana, de manera que, cualquier regulación a dicho derecho está sometida a aquellos fines legítimos, necesarios y proporcionales que atienden a un bien jurídico protegido por la Convención en el artículo 13.2 *ejusdem*. De ello deriva que la opinión dada en el ejercicio de la profesión de abogado, enmarcada como está dentro de las previsiones del artículo 13 de la Convención Americana, significa que el abogado, como toda persona, tiene la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, siendo sin la menor duda, la opinión dada por un abogado una forma de ejercicio de la libertad de expresión amparada en dicha norma. Adicionalmente, la opinión dada por los abogados sobre las consultas que se les formulen, tienen una protección adicional, en el sentido de que sus manifestaciones u opiniones no se consideran punibles cuando se refieran al objeto del litigio. Igual protección se otorga en general, en los Códigos de ética

---

14 *Herrera-Ulloa*, Corte Interam. de DD.HH., en ¶ 120; *véase también* Kimel v. Argentina, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Interam. de DD.HH., (ser. C), N.° 177, ¶ 58 (2 de mayo de 2008), *disponible en* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_ing.pdf (en cuanto examina si una ley de difamación penal resultaba compatible con la Convención Americana en virtud de "i) verif[icarse] si la tipificación legal del delito de difamación afectaba la estricta legalidad que se ha de preservar al momento de restringir la libertad de opinión y expresión mediante procedimientos penales; ii) examin[arse] si la protección de la reputación de los jueces sirve a un propósito legítimo, de conformidad con las disposiciones de la Convención y determinar, si corresponde, la procedencia de una sanción penal con el fin de lograr el propósito pretendido; iii) evalu[arse] si tal medida es necesaria, y de iv) examin[arse] la estricta proporcionalidad de tal medida".).

15 *Herrera Ulloa*, Corte Interam. de DD.HH., en ¶ 121 (en cuanto cita la Membresía Obligatoria en una Asociación Ordenada por Ley para el Ejercicio del Periodismo (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Dictamen de Asesoramiento OC-5/85, Corte Interam. de DD.HH. (ser. A) N.° 5, ¶ 46 (13 de noviembre de 1985), *disponible en* http://www-ircm.u-strasbg.fr/seminaire_oct2008/docs/Interventions_IV_Bertoni-Strasbourg_FINAL.pdf; The Sunday Times v. Reino Unido (N.° 1), 30 Corte Eur. de DD.HH. (ser. A) ¶ 59 (26 de noviembre de 1979), *disponible en* http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57708; Barthold v. Alemania, 90 Corte Eur. de DD.HH. (ser. A) ¶ 59 (3 de marzo de 1985), *disponible en*http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57432).

sobre el ejercicio de la profesión de la abogacía adoptados por los Colegios de Abogados, donde además, se establece y protege el secreto profesional. Ello, además, se encuentra consagrado en los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados" de Naciones Unidas, donde se establece que los "*gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional*"[16].

15. En efecto, para que el abogado pueda realmente cumplir con su función en un Estado Democrático, no solamente se le debe garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión, sino también se deben de proteger la emisión de sus opiniones, a través de la inmunidad civil y penal, antes mencionada, para lo cual debe garantizársele el secreto de las consultas, las comunicaciones y las opiniones que exprese a su cliente. El resguardar el secreto profesional de los abogados, así, es una garantía en un Estado Democrático, pues ello permite que las personas puedan consultar libremente a los abogados, sin temor a represalias. Por ello, cuando un abogado invoca el secreto profesional, lo que está utilizando es lo que se conoce en el derecho penal como una causa de justificación, dentro del ejercicio de un derecho, lo cual eliminaría cualquier responsabilidad, tanto de índole civil, administrativa, ética y desde luego de naturaleza penal; incluyéndose dentro del secreto profesional no solamente las consultas verbales, comunicaciones u opiniones de los abogados, sino también los documentos privados que reciba el abogado y desde luego su contenido, respecto de los cuales el abogado no estaría obligado ni a entregar un documentos privado ni a revelar su contenido. El secreto profesional, en ese contexto, deja de ser un privilegio del abogado, y es más bien un derecho de las personas que lo consultan, pues con el solo hecho de realizar la consulta, el abogado tiene la obligación de guardar confidencialidad sobre lo expresado por su cliente. Precisamente, el faltar a esta obligación sin justa causa, puede ocasionar responsabilidades disciplinarias del abogado que falte al secreto profesional. Además, debe recordarse que la relación profesional del abogado es básicamente de carácter personal que se establece con la persona que lo consulta, la cual está regida por principios éticos como los de confianza, transparencia, honestidad, eficiencia y responsabilidad; y la cual genera deberes y obligaciones, entre las cuales está, precisamente la de guardar la confidencialidad de las comunicaciones y opiniones, así como de los documentos que reciba o que conozca en relación precisamente en el ejercicio de la relación profesional con el cliente.

iii. Sistema Europeo de Derechos Humanos.

---

16 *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (Parte C).

16. El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza el derecho a la libertad de expresión, y la Corte Europea ha analizado este artículo en varios casos al contexto del sistema judicial generalmente y los derechos y deberes de abogados específicamente[17]. En *Kudeshkina vs. Rusia*, la Corte sostuvo que las cuestiones relativas al funcionamiento del sistema judicial constituían cuestiones de interés público, por ende el debate en si beneficia de la protección del artículo 10.

17. En *Steur vs. Países Bajos*, la Corte sostuvo que los procedimientos disciplinarios en contra de un abogado por declaraciones hechas en el curso de un litigio violaron el derecho a la libertad de expresión[18]. En ese caso, la víctima, un abogado, había hecho declaraciones que subyacían una conclusión jurídica en relación a su representación de un cliente. El Tribunal sostuvo que incluso "la amenaza de una revisión *ex post facto* de [argumentos jurídicos formulados en el marco del servicio a un cliente] es difícil de conciliar con [el] derecho [de] un abogado para defender los intereses de sus clientes y podría tener un "efecto escalofriante" en el ejercicio de su profesión"[19].

18. La Corte Europea ha señalado que el derecho a ejercer la abogacía debe ser tomado en serio por los estados y que las posibles infracciones deben ser consideradas como un asunto urgente[20]. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, "en el contexto de los abogados, ... la naturaleza especial de la profesión ejercida por el solicitante debe considerarse al evaluar si la restricción a los derechos de la [presunta víctima] eran la respuesta adecuada a una necesidad apremiante"[21].

19. Asimismo, la Corte ha afirmado que los abogados tienen "derecho" a hacer declaraciones relacionadas con el servicio a un cliente, siempre y cuando tales afirmaciones sean "de buena fe y en acuerdo con la ética de la profesión legal"[22]. Para que el público tenga confianza en la administración de justicia deben tener confianza en la capacidad de la profesión de abogado por una representación eficaz[23].

---

17 *Véase también* el Consejo de Europa, Recomendación No. R(2000) 21 del Comité de Ministerios, estableciendo que "los abogados deberán gozar libertad de…expresión…" (Principio 1.3).

18 Caso *Steur v. The Netherlands* (App. No. 39657/98), Judgment of October 28, 2003.

19 Steur v. Países Bajos, ¶44 (*negrilla añadida*).

20 Cf. Caso of Silc v. Slovenia ¶ 33.

21 Caso Frankowicz v. Polonia ¶ 49.

22 Caso Veraart v. Paises Bajos ¶53.

23 Caso Kyprianou vs. Cyprus ¶175.

B. Condena de la Criminalización y Persecución Política de Abogados.

20. Como lo ha expuesto el destacado abogado penalista y profesor venezolano Alberto Arteaga Sánchez al comentar el artículo 65.1 del Código Penal venezolano, *"*cuando el derecho autoriza o faculta, impone o exige un determinado comportamiento, éste no puede considerarse penalmente ilícito; de esta manera, si en virtud de cualquier norma jurídica, sea de derecho público o privado, una conducta es lícita, no puede a la vez ser considerada como ilícita en el ámbito penal"[24].

21. Por ello, observa la FIA que el artículo 289.1 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, como sucede en general en el derecho comparado, al regular el "*Derecho a no denunciar por motivos profesionales*" precisa que "no están obligados a formular la denuncia a la que se refiere el artículo 285: 1. Los abogados, respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes." Ello implica que la actuación del abogado en el ejercicio de su profesión es una actividad absolutamente legítima y ajustada a la ley, no estando siquiera obligados a denunciar lo que tomen conocimiento al ser requerida su asistencia profesional, sin que de ello pueda derivar ninguna consecuencia penal.

22. Los abogados por tanto, ni siquiera están obligados a denunciar a quién les ha consultado su opinión cuando con ocasión de ello se enteran, por sus propias manifestaciones, que pueden estar incursos en un delito o han cometido una falta; y ello, porque los abogados no deben ser identificados con sus propios clientes ni con sus causas, como consecuencia del desempeño de su profesión. Además, es bien sabido que, en general, en el derecho comparado, la formulación de denuncias penales es en términos generales facultativa, y cuando en las legislaciones se establecen obligaciones para denunciar, las mismas se imponen especialmente respecto de determinadas personas, como son por ejemplo quienes ejercen funciones públicas mediante lo cual conozcan de la comisión de algún delito, como por ejemplo, los médicos, enfermeros, farmaceutas al prestar los auxilios de su profesión. Pero en todo caso, incluso, la obligación de denunciar deja de tener vigencia cuando el conocimiento de los hechos está amparado al secreto profesional.

i. Sistema Universal de Derechos Humanos.

23. Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados desarrollan el derecho de las personas a tener acceso a un abogado para amparar y defender sus derechos, estableciendo, además, que los estados deben asegurar que los abogados "no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz

[24] Alberto Arteaga Sánchez, *Derecho Penal Venezolano*. Séptima edición aumentada y corregida. Paredes Editores. Caracas 1994, p. 190.

de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión" (*énfasis añadido*)"[25].

24. En concordancia con lo antedicho, el Principio Nº20 dispone que "los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo"[26]. Además, el Principio Nº27 explica que "[l]as acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección"[27].

25. De lo anterior deriva que para el correcto ejercicio de la profesión de la abogacía, los abogados gozan de inmunidad no solo en el ámbito civil, sino penal, referente a sus declaraciones y opiniones que emitan en ocasión a una consulta referida por un cliente, por lo que criminalizar o penalizar la opinión de un abogado, es contrario a todos los principios del Estado Democrático de Derecho y se convertiría en un verdadero obstáculo o limitación al acceso a la justicia de los ciudadanos. Es decir, criminalizar las opiniones de un abogado es un atentado serio a las garantías y derechos en un Estado Democrático, pues ello no solo afecta las garantías y derechos

---

25 *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (Parte C).

26 Idem.

27 Ahora bien, esta inmunidad que se les brinda a los abogados en el ejercicio de su profesión legal, encuentra su excepción en la responsabilidad disciplinaria de los abogados, por la cual a través de los Colegios de Abogados o a través de la legislación, se debe proveer de un proceso con las debidas garantías judiciales por los incumplimientos previstos en un Código de Conducta Profesional, de conformidad con los Principios 26, 27, 28 y 29 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. La legislación o la profesión jurídica, por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas. Las actuaciones disciplinarias contra abogados se sustanciarán ante un comité disciplinario imparcial establecido por la profesión jurídica, ante un organismo independiente establecido por la ley o ante un tribunal judicial, y serán objeto de revisión judicial independiente. . Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias se regirá por el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas reconocidas a la profesión, y tendrá presentes estos principios.

de cualquier persona, sino que obstaculiza el ejercicio de la profesión de la abogacía, lo que además limita el derecho al acceso a la justicia. En otras palabras, ninguna persona en una sociedad verdaderamente democrática, debería ser enjuiciada por emitir su opinión; y si la opinión es dada por un abogado, referente a su especialidad, como puede ser la interpretación de normas constitucionales o de hechos políticos, su criminalización se convertiría en un exceso ilegítimo y arbitrario de parte del Estado. La penalización y persecución del Estado en el derecho penal moderno encuentra límites como los derivados de los principio de legalidad, de tipicidad, de lesividad y de proporcionalidad, por lo cual, criminalizar una opinión jurídica atentaría contra los mismos y alejaría al Estado de una verdadera estructura democrática.

ii. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

26. En consonancia con este marco de referencia, la Corte Interamericana ha determinado que "las leyes penales constituyen el medio más restrictivo y severo para establecer la responsabilidad de una conducta ilícita"[28]. Tal como lo ha advertido la Corte, "la sanción penal respecto del derecho a informar o dar una opinión propia... debería examinarse con cuidado, ponderando la gravedad extrema de la conducta del individuo que expresó la opinión, su dolo directo o real malicia, las características de un daño injusto así ocasionado y la demás información que demuestre la absoluta necesidad de recurrir a un juicio penal como excepción"[29].

27. Ahora bien, la Comisión Interamericana ha destacado en sus Informes un patrón de criminalización errónea de legítimas actividades concernientes a los derechos humanos en la región, por lo que ha instado a los Estados a abstenerse de utilizar "el poder punitivo del Estado y de sus órganos de justicia con el fin de hostigar a los que defienden los derechos humanos

---

28 *Canese*, Corte Interam. de DD.HH., en ¶ 104.

29 Tristán Donoso v. Panamá, Objeción preliminar, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Interam. de DD.HH. (ser. C), N.° 193, ¶ 120 (27 de enero de 20009), *disponible en* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_ing.pdf; *véase también* Cumpănă y Mazăre v Rumania, 2004-XI Corte Eur. de DD.HH. ¶ 115 (17 de diciembre de 2004), *disponible en* http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67816 (en cuanto explica que "la imposición de una condena de prisión por un delito cometido por la prensa resultará compatible con la libertad de expresión de los periodistas... sólo en circunstancias excepcionales, sobre todo cuando se han visto gravemente afectados otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, en el caso de un discurso lleno de odio o de instigación a la violencia".).

comprometiéndose en actividades lícitas y legítimas"[30]. También ha recomendado a los Estados "tomar todas las medidas que fueren necesarias para evitar el uso de las investigaciones del Estado con el fin de procesar injustamente a quienes reclaman legítimamente la observancia y protección de sus derechos humanos"[31].

28. Analizando el caso en concreto del profesor Brewer-Carías, en relación con la opinión jurídica de un abogado en el marco del contexto venezolano, estima la FIA que el tema es de suma relevancia, precisamente en el marco de la protección especial que tienen las declaraciones de personas (en relación con los delitos de calumnia o injuria), que esta Corte Interamericana ha reconocido, por ejemplo, en la sentencia del caso *Kimel vs. Argentina,* de 2008, donde expresó que "el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado".

29. Por tanto, teniendo en cuenta que los abogados, como cualquier persona en un Estado Democrático de Derecho, tienen el derecho de expresar libremente su pensamiento y opinión, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Convención Americana, particularmente cuando se refieren a cuestiones jurídicas propias de su especialidad académica; en una sociedad democrática, los abogados en general, y particularmente los especialistas, pueden y deben participar, a través de la crítica, en la discusión sobre los temas de interés general, expresando su opinión calificada en razón de sus estudios y conocimientos. Como se expresa en los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados" de Naciones Unidas, *"[l]os abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos (...)" (No. 22).* En estos principios, precisamente, se enmarca la función de los abogados y su rol en una sociedad democrática, permitiéndoseles participar ampliamente en el debate de temas de interés para la colectividad.

---

30 Corte Interam. Comisión de DD.HH., *Segundo Informe de la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos en Latinoamérica,* OEA/Ser.L/V/II, doc. 66, 233,(31 de diciembre de 2011), *disponible en* http://www.oas.org/en/iachr/defenders/docs/pdf/defenders2011.pdf .

31 *Id,* pp. 233-234.

30. La consecuencia de lo anterior es que una mera opinión jurídica dada por un abogado en ejercicio de su profesión, no lo puede convertir en cómplice o participe de delito alguno, pues de lo contrario se estaría en el campo de la criminalización del ejercicio de la profesión de la abogacía por la emisión de opiniones jurídicas. En tal contexto, la FIA considera que debe rescatarse la importancia de la prohibición de la criminalización de los abogados por la emisión de sus opiniones jurídicas, de conformidad con los artículos 8 y 13 de la Convención Americana, sumado a los estándares internacionales desarrollados por los demás Sistemas de Protección de Derechos Humanos que conforman este *corpus juris* de Derecho Internacional. La criminalización de los abogados por la emisión de sus opiniones jurídicas considera la FIA que constituye una transgresión a las garantías del artículo 8 de la Convención Americana, pues, en el marco del derecho a la defensa, existe una obligación de los Estados de garantizar que dicha defensa sea independiente, la cual debe ser procurada, entre otras, a través de la inmunidad penal de los abogados por el ejercicio de su profesión. Igualmente, la criminalización de los abogados por la emisión de sus opiniones jurídicas constituye una transgresión al artículo 13 de la Convención Americana, teniendo en cuenta que la manifestación de una opinión jurídica a un cliente es una forma de expresión especialmente protegida por el Derecho Internacional, razón por la cual la criminalización de la misma constituye una restricción innecesaria y desproporcionada que no atiende a los fines de una sociedad democrática.

iii. Sistema Europeo de Derechos Humanos.

31. El Consejo de Europa, a través de una Recomendación del Comité de Ministros, reafirmó el contenido de las normas de Naciones Unidas antes aludidas, y además, dispuso expresamente que los abogados no deben ser sujetos o amenazados de sanciones o presiones cuando actúen de acuerdo a los estándares internacionales[32].

iv. Sistema Africano de Derechos Humanos.

32. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos desarrolló los Principios y Estándares sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África, donde disponen bajo el punto G, sobre la Independencia de los Abogados, la obligación de los Estados de garantizar que los abogados no sufran, *ni sean amenazados, con una imputación penal o cualquier otro tipo de sanción* administrativa, económica o de otra índole por cualquier acción tomada en el ejercicio de sus deberes, estándares, y

---

32 *Recomendación Nº R. 2000 (21) del Comité de Ministros sobre la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado*, Párrafo I.4, disponible en: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2.

éticas profesionales reconocidas[33]. Reconoce dicho texto normativo, además, *el derecho a la inmunidad civil y penal por las afirmaciones relevantes que realicen de buena fe, por escrito o en los alegatos orales*, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo; adoptando así textualmente la obligación prevista en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados.

v. Organizaciones Internacionales.

33. Aunado a lo anterior, otras prestigiosas organizaciones internacionales han desarrollado el tema del derecho al ejercicio libre e independiente de la profesión de la abogacía. Por ejemplo, el *International Bar Association* desarrolló sus propios principios sobre la Independencia de la Profesión Jurídica (adoptados en 1990), donde expresamente se dispuso, en sus principios Nº 7 y 8, que no debe identificarse al abogado con el cliente o su causa, independientemente de su aceptación; y que no debe amenazarse con una sanción, o sancionarse a un abogado penal, civil, administrativa o económicamente por su asesoría o representación a un cliente o su causa[34].

C. Independencia de la abogacía y garantía contra las presiones externas.

34. Por otra parte, la garantía frente a presiones externas que ha sido debidamente desarrollada por esta Corte Interamericana en cuanto a la independencia de los jueces, permite sostener que dichos estándares son también aplicables a los abogados, y al presente caso. En ese sentido, esta Corte Interamericana ha previsto que dicha garantía implica que los jueces deben tomar sus decisiones "*sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo"*[35]. La FIA estima que el principio fundamental de la independencia de los jueces, es decir, que la administración de la justicia esté fuera de injerencias políticas o

---

33 *Principios y Estándares sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Párrafo G.3., disponible en: http://www.achpr.org/instruments/fair-trial/.

34 *Standards for the Independence of the Legal Profession, International Bar Associatio*n, IBA, 1990, disponible en: www.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUid%3Df68bbba5-fd1f-426f-9aa5-48d26b5e72e7&ei=JzxKUZf0FZCG9gTC8YGQAQ&usg=AFQjCNEsKZyP3BGPoNEjCMxZqEJ-n3qJ4Q&bvm=bv.44011176,d.eWU.

35 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrafo 100.

de políticas indebidas, también es aplicable a la independencia de los abogados. Una sociedad justa y democrática no puede florecer sin una abogacía independiente y con plena autonomía de funcionamiento. La independencia de los abogados, que incluye la posibilidad de defender a sus clientes sin tener que enfrentar hostigamientos o enjuiciamientos maliciosos, resulta fundamental para mantener los principios internacionales de igualdad ante la ley y el estado de derecho.

35. En efecto, así como los jueces requieren una serie de garantías especiales para poder ejercer su cargo (un adecuado proceso de nombramiento, y la garantía contra presiones externas), los abogados igualmente también deben gozar de garantías para asegurar su independencia y, como consecuencia, poder ejercer sus funciones como asesores y representantes de los derechos de sus clientes sin ser sancionados indebidamente a causa de ello. Son necesarias dichas garantías, pues precisamente buscan asegurar la posibilidad de que los derechos y las garantías jurisdiccionales de las personas sean plenamente ejercidas a través de un abogado que pueda llevar a cabo sus labores sin temores a represalias por defender a un cliente o a su causa. Los abogados son los pilares del funcionamiento democrático, y el ejercicio de sus funciones debe ser debidamente protegido.

36. En este mismo orden de ideas, también debe destacarse que en cualquier sociedad democrática, el ejercicio libre de la profesión de abogado ha de considerarse como una garantía para el pluralismo, por lo que por ejemplo, al abogado no se lo puede compelir a interpretar hechos según una determinada interpretación oficial; de manera que si ello se pretendiera desde el Estado, se estaría en presencia de una acción arbitraria, injustificada y antidemocrática, que restringiría el debate público. Al contrario, el ejercicio de la abogacía de una manera libre, sin interferencias y coacciones, es lo que garantiza que las opiniones sean realmente manifestaciones para la defensa de los derechos de las personas o de la institucionalidad, pudiendo por ello, precisamente cuestionar las posiciones oficiales. Pretender que la interpretación del abogado se deba dar de acuerdo con una determinada orientación, es un atentado en contra del Estado Democrático de Derecho, además de imposibilitar el efectivo acceso a la justicia, forzando a los abogados a estar al servicio del poder y no de la ley, como es su derecho y su deber.

i. Sistema Universal de Derechos Humanos.

37. El goce de estos derechos fundamentales se encuentra indisolublemente vinculado con la independencia e imparcialidad tanto del poder judicial como de la profesión de la abogacía. Tal como lo explicara el Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “los derechos humanos y las libertades fundamentales están mejor salvaguardados en la

medida de que el poder judicial y la profesión de la abogacía se encuentren protegidas de la interferencia y la presión"[36].

38. El principio Nº16 de los "*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*" prevé que los Estados "deben asegurar que los abogados (a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales *sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas* [.]"

39. Al interpretar el mencionado conjunto de principios, se ha aseverado que "identificar a los abogados con las causas de sus clientes, a menos de que haya pruebas en ese sentido, podría interpretarse como intimidación y hostigamiento de los abogados interesado' y había puesto de relieve que cuando haya pruebas de que los abogados se identifican con las causas de sus clientes, *corresponde al Gobierno remitir las denuncias al órgano disciplinario de la profesión jurídica* que corresponda'"[37]. En el mismo sentido, Leandro Despouy, Relator Especial para la Independencia de la Judicatura, en 2003, manifestó en su informe a la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU que:

> "El Relator Especial hace suyo el punto de vista expresado por el Sr. Singhivi en 1985 (E/CN.4/Sub.2/1985/18/Add.1 a 6, párr. 81): 'Los deberes del jurado y el asesor y los del abogado son muy distintos, pero su independencia requiere igualmente que no haya injerencias del poder ejecutivo o legislativo, e incluso del judicial, así como de otras entidades [...]. Los jurados y los asesores, igual que los jueces, tienen la obligación de ser imparciales e independientes. No se puede pedir, sin embargo, que un abogado sea imparcial en la forma en que deben serlo los jueces, jurados o asesores, pero sí tiene que estar libre de toda presión o intromisión exterior. Su deber es representar a sus clientes y a los asuntos de éstos, defendiendo sus derechos e intereses legítimos, y en el ejercicio de ese deber tiene que ser independiente para que los litigantes puedan confiar en los abogados que los representan y para que los abogados, como clase, tengan la capacidad de resistir presiones e injerencias"[38].

---

36 Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Independencia e imparcialidad del Poder Judicial, los jurados, peritos y la independencia de los abogados: *Informe sobre la Independencia del Poder Judicial y la protección de los abogados en ejercicio de su profesión*, ¶ 1 Doc. de la ONU E/CN.4/Sub.2/1993/25 (30 de julio de 1993) *disponible en* http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.Sub.2.1993.25.En?Opendocument.

37 Nota del Secretario General, *Independencia de los Magistrados y Abogados*, Sexagésimo Cuarto Período de Sesiones, 28 de julio de 2009.

38 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy, *Los Derechos Civiles y Políticos, En*

40. El Relator Despouy, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, previó al respecto que "[n]o se puede pedir, sin embargo, que un abogado sea imparcial en la forma en que deben serlo los jueces, jurados o asesores, pero sí tiene que estar libre de toda presión o intromisión exterior. Su deber es representar a sus clientes y a los asuntos de éstos, defendiendo sus derechos e intereses legítimos, y en el ejercicio de ese deber tiene que ser independiente para que los litigantes puedan confiar en los abogados que los representan y para que los abogados, como clase, tengan la capacidad de resistir presiones e injerencias"[39].

41. Finalmente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha tenido la oportunidad de enfatizar la importancia de que los abogados, ambos públicos y privados, tengan "la libertad de ejercer su profesión" y ha urgido los Estados de cumplir con los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados[40],

ii. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

42. En primer lugar, la protección a la independencia de los abogados se desprende del artículo 8 de la Convención Americana, que reconoce el derecho a la defensa entre una de sus garantías, y en concreto, la garantía de tener la posibilidad de "*ser asistido por un defensor de su elección"*. En este sentido, dicho artículo debe ser interpretado a la luz de los Principios Básicos sobre la Función del Abogado y los demás documentos jurídicos antes referidos, pues forman parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional, y como consecuencia, permiten identificar el alcance de la norma jurídica contenida en el artículo 8 de la Convención[41].

43. De no garantizarse la independencia de los abogados en los términos antedichos, se conformaría un obstáculo ilegítimo en el ejercicio del derecho a la defensa de las personas y por ende una violación del artículo 8 de la Convención, pues indirectamente se estaría permitiendo la imposición de obstáculos a los abogados que buscan procurar el derecho a la defensa de sus

---

Particular las cuestiones relacionadas con: La Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia, la Impunidad, 60º Período de Sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2003, párrafo 48.

39 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy, *Los Derechos Civiles y Políticos, En Particular las cuestiones relacionadas con: La Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia, la Impunidad*, 60º Período de Sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2003, párrafo 48.

40 Concluding observations of the Human Rights Committee on the Libyan Arab Jamahiriya, CCPR/C/79/Add.101, párrafo 14.

41 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, Párrafo 194.

clientes en aquellos casos sobre los cuales podría existir alguna represalia posterior. Si bien el caso *sub lite* no está directamente referido al caso de un abogado defendiendo a su cliente en un proceso judicial, el debilitamiento de cualquier aspecto de la independencia de los abogados amenaza la integridad del sistema judicial en su totalidad y contribuye asimismo a crear un ambiente que permite injerencias con el derecho a la defensa.

iii. Sistema Europeo de Derechos Humanos

44. Ahora bien, el Consejo de Europa ha declarado que "deben tomarse todas las medidas necesarias para respetar, proteger y promover la libertad de ejercicio de la profesión de abogado, sin discriminación y sin interferencias indebidas de las autoridades o del público ..."[42].

45. En *Nikula v. Finlandia,* la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que: "en ciertas circunstancias, la interferencia sobre la libertad de expresión de un asesor letrado en ocasión de un juicio podría plantear una cuestión en virtud del Artículo 6 de la Convención con respecto al derecho de un cliente acusado a recibir un juicio justo"[43].

iv. Jurisprudencia Judicial comparada.

46. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha defendido la el ejercicio libre y la independencia de la profesión de abogacía en varias ocasiones. En *NAACP v. Virginia*, dicha Corte afirmó que la abogacía y los actividades legales son formas de la libre expresión, las cuales el Estado no puede prohibir bajo su poder de regular la profesión legal[44].

IV. SOBRE EL DERECHO A SER JUZGADO POR JUECES IMPARCIALES, AUTONOMOS E INDEPENDIENTES.

47. La FIA, por su relación directa con el ejercicio de la profesión de la abogacía en un Estado de Derecho donde se protejan los derechos humanos, destaca que entre las garantías judiciales más relevantes establecidas en la Convención Americana está el derecho de toda persona a ser juzgado por jueces imparciales e independientes (artículo 8), incorporándose así, a la misma, y al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, uno de los estándares más importantes desarrollados internacionalmente para ello. Es así, por ejemplo, que en los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* adoptados en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, se reconoce, en su primer artículo, que

---

42 Council of Europe Recommendation No. R (2000) 21 of the Committee of Ministers to Member States on the freedom of exercise of the profession of lawyers, Principio 1¶1.

43 *Nikula,* C.E. DD.HH., en ¶ 49.

44 Cf. Caso National Ass'n for Advancement of Colored People v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

la independencia de la judicatura debe ser *"*garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país" de manera que "todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura,"[45] para cuyo efecto, precisamente las constituciones, para garantizar dicha independencia de los jueces, disponen específicamente garantías para el proceso de su nombramiento, de estabilidad y de remoción de los jueces, tal como ocurre precisamente en la letra de la Constitución venezolana de 1999 (artículos 253 y siguientes).

48. Con base en estas previsiones, esta Corte Interamericana en sus importantes y recientes sentencias dictadas en los Casos *Tribunal Constitución vs. Perú, Apitz y otros vs. Venezuela, Reverón Trujillo vs. Venezuela*, *y Chocrón Chocrón vs. Venezuela,*[46] en relación precisamente con procesos seguidos contra Venezuela, se ha referido al principio de independencia judicial indicando que "constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso", "indispensable para la protección de los derechos fundamentales", que por ello "debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona"[47]; precisando además entre sus elementos constitutivos: "*un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas*"[48].

49. Para garantizar esa independencia de los jueces, y preservar al Poder Judicial de intromisiones de los otros poderes del Estado, en el Estado democrático de derecho se erige el principio fundamental el de la separación de poderes, que se consagra en todas las Constituciones contemporáneas. Ello, sin embargo, no ha impedido la intromisión de los restantes poderes públicos en la independencia de la judicatura, que puede ser directa o encubierta. Así,

---

45 *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, aprobados por Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

46 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197; y caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

47 Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrafo 68.

48 Idem, párrafo 70.

por ejemplo, la Comisión Africana consideró que dos decretos promulgados por el gobierno de Nigeria que suprimían la jurisdicción de los tribunales para impugnar decretos o acciones gubernamentales violaban las garantías del Artículo 7 de la Carta Africana, relativo al derecho de toda persona a que su causa sea oída, y del Artículo 26, relativo a la independencia de los tribunales. Concluyendo que "un ataque de esta índole a la jurisdicción de los tribunales es particularmente ofensivo, porque a la vez que constituye en sí mismo una violación de los derechos humanos, permite que otras violaciones de derechos queden sin reparación"[49].

50. La imparcialidad e independencia de los jueces, en el marco de la separación de poderes, en general se garantiza mediante adecuados sistemas de selección de los jueces, y de remoción de los mismos, con las garantías del debido proceso. En cuanto al proceso de nombramiento de los jueces, la jurisprudencia de esta Corte Interamericana, evocando criterios del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, asevera que debe garantizarse un proceso de nombramiento de jueces que garantice *igualdad de oportunidades entre los candidatos, utilizando preponderantemente criterios de mérito personal del juez, calificación, integridad, capacidad y eficiencia, y que asegure la objetividad y la razonabilidad*[50].

51. Por su parte, al analizar la garantía de estabilidad (o inamovilidad) de los jueces, esta Corte Interamericana asume los estándares desarrollados en los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* relacionados al tema, donde se dispone que "*se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.*"[51] La inamovilidad de los jueces, por otra parte, encuentra límite en la responsabilidad disciplinaria de conformidad con la misma declaración de Principios, reconociendo, de conformidad con los principios 17 y siguientes, que sólo podrían ser separados del cargo los jueces por incurrir en responsabilidad disciplinaria debidamente tramitada con las garantías de un debido proceso legal ante los órganos legalmente previstos para ello "*por incapacidad o comportamiento que les inhabilite para seguir desempeñando sus funciones*".

---

49 Comisión Africana, caso Civil Liberties Organization v. Nigeria, (129/93), 8th Annual Report of the African Commission, 1994-1995, ACHPR/RPT/8th/Rev. I. T. de EDAI.

50 Idem, párrafos 72-73.

51 *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, Aprobados por Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

52. Esta Corte Interamericana, siguiendo el criterio del Comité de Derechos Humanos respecto de la inamovilidad de los jueces, ha añadido que "*los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley,*"[52] agregando que "*la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa . Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias*"[53].

53. Todos estos principios fueron formalmente incorporados en la Constitución de Venezuela de 1999, al declarar que "el Poder Judicial es independiente" (art. 254), previéndose en la misma principios tendientes a "garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones" (artículo 256) de los magistrados, jueces y demás funcionarios integrantes del sistema de justicia (artículo 256); independencia que la Ley del Código de Ética del Juez Venezolano de 2010, precisó que significa que en "su actuación sólo deben estar sujetos a la Constitución de la República y al ordenamiento jurídico," y que "sus decisiones, en la interpretación y aplicación de la ley y el derecho, sólo podrán ser revisadas por los órganos jurisdiccionales que tengan competencia, por vía de los recursos procesales, dentro de los límites del asunto sometido a su conocimiento y decisión," de manera, incluso, que los órganos con competencia disciplinaria sobre los jueces sólo "podrán examinar su idoneidad y excelencia, sin que ello constituya una intervención indebida en la actividad jurisdiccional" (artículo 4)[54].

54. La Constitución de Venezuela, por otra parte, no sólo formuló principios, sino que previó expresamente que el ingreso a la carrera judicial solo puede realizarse mediante un proceso de selección o concurso público, con participación ciudadana, estableciendo además el principio de su

---

52 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrafo 77.

53 Idem, párrafo 78.

54 *Ley del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana* en *Gaceta Oficial* Nº 39.494 de 24-8-2010. El Código derogó expresamente el Reglamento que regía el funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Poder Judicial. Los jueces del Tribunal Disciplinario Judicial y de la Corte Disciplinaria Judicial fueron nombrados por Actos Legislativos publicados en *Gaceta Oficial* Nº 39693 de 10-06-2011. Véase el "Acta de Constitución del Tribunal Disciplinario Judicial," de 28-06-2011, en *Gaceta Oficial* Nº 39.704 de 29-06-2011.

estabilidad judicial, al consagrar la inamovilidad de los jueces salvo cuando sea como consecuencia de la imposición de sanciones disciplinarias que sólo pueden ser determinadas por jueces disciplinarios integrados en una Jurisdicción Disciplinaria Judicial (artículos 255, 267). En esta forma, en Venezuela, conforme a la Constitución, quienes pueden tener la calidad de jueces, sólo deben ser quienes ingresen a la carrera judicial mediante concursos públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes, quienes deben ser seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales en la forma y condiciones que establezca la ley, asegurándose además "la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces." Y a dichos jueces, conforme al mismo artículo 255 de la Constitución, se les garantiza su estabilidad de manera que sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley, a ser desarrollados por una Jurisdicción Disciplinaria Judicial, a cargo de jueces disciplinarios (artículo 267).

55. Sin embargo, como se deduce de algunos de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de esta honorable Corte, las referidas normas constitucionales no han llegado a ejecutarse totalmente, dejandose constancia de que los concursos públicos para los jueces en general no se han realizado, y las remoción de los mismos durante la década pasada ha sido discrecional. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe Anual de 2008*, calificó la situación en Venezuela como un "problema endémico" que ha expuesto a los jueces a su destitución discrecional[55], a cuyo efecto la Comisión Interamericana llamó la atención sobre el "permanente estado de emergencia al cual están sometidos los jueces."[56] Por todo ello, no es de extrañar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya también expresado en el *Informe Anual* de 2009, que "en Venezuela los jueces y fiscales no gozan de la garantía de permanencia en su cargo necesaria para asegurar su independencia en relación con los cambios de políticas gubernamentales"[57]. El resultado de todo ello fue que se

---

55 La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha resuelto que la remoción de jueces temporales es una facultad discrecional de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, la cual adopta sus decisiones sin seguir procedimiento administrativo alguno. Véase Decisión No. 00463-2007 del 20-03-2007; Decisión No. 00673-2008 del 24-04-2008 (citada en la Decisión No. 1.939 del 18-12-2008, p. 42). La Sala Constitucional ha establecido la misma posición en la Decisión No. 2414 del 20-12-2007 y Decisión No. 280 del 23-02-2007.

56 *Annual Report 200*8 (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25-02-2009), parágrafo 39.

57 *Informe Anual de 2009*, parágrafo 480, en http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm.

efectuó una "depuración"[58] o "purga"[59] del Poder Judicial, mediante la destitución y suspensión discrecional de jueces, con precaria garantía al derecho a la defensa, para sustituirlos por jueces suplentes e interinos, sin el sistema de selección por concurso público que exige la Constitución. Incluso, debe destacarse que el intento que se hizo en la mencionada Ley del Código de Ética del Juez Venezolano de 2010 para el alguna forma garantizar la situación de los jueces temporales y provisorios, extendiéndoles a los mismos la aplicación del régimen jurídico de los jueces de carrera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No 516 de fecha 7 de mayo de 2013, suspendió *de oficio* los efectos de dichas normas del referido Código de Ética del Juez Venezolano "por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional"[60].

56. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado con preocupación en su *Informe Anual de 2009* que en muchos casos, "los jueces son removidos inmediatamente después de adoptar decisiones judiciales en casos con impactos políticos importantes," concluyendo con la afirmación de que "la falta de independencia judicial y de autonomía en relación con el poder político es, en opinión de la Comisión el punto más débil de la democracia venezolana"[61].

---

58 La expresión se utilizó en la sentencia N° 1.939 de 18-12-2008 (Caso: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en la cual la Sala Constitucional decidió que la decisión de 05-08-2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inejecutable en Venezuela (Caso: *Apitz Barbera y otros ["Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"] vs. Venezuela [Corte IDH],* Case: *Apitz Barbera y otros ["Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"] vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182. Véase en en *Revista de Derecho Público*, No. 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 89-106. También en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html.

59 Es lo que el profesor Chavero califica como "purga." Véase Rafael J. Chavero Gazdik, *La Justicia Revolucionaria. Una década de Reestructuración (o Involución) Judicial en Venezuela,* Editorial Aequitas, Caracas 2011, pp. 58, 59.

60 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html.

61 ICHR, *Annual Report 2009*, para. 483. Available at http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm. Véase una relación detallada de los Informes de organizaciones internacionales de protección de dereechos humanos sobre la situación del Poder Judicial en Venezuela, en Rafael J. Chavero Gazdik, *La Justicia Revolucionaria. Una década de Reestructuración (o Involución) Judicial en Venezuela,* Editorial Aequitas, Caracas 2011, pp. 123-150.

57. Ahora bien, en el caso *Brewer-Carías vs. Venezuela* llevado ante esta Corte Interamericana, se ha alegado que en el proceso penal al cual fue sometido en Venezuela, el mismo ha sido conducido por jueces y fiscales provisorios, es decir, que nombrados discrecionalmente, carecen totalmente de estabilidad[62]; situación que en otros casos lo ha ya reconocido y decidido esta Corte Interamericana al concluir, por ejemplo en la sentencia del caso de *Reverón Trujillo vs. Venezuela,* que "*en Venezuela, desde agosto de 1999 hasta la actualidad, los jueces provisorios no tienen estabilidad en el cargo, son nombrados discrecionalmente y pueden ser removidos sin sujeción a ningún procedimiento preestablecido*"[63]. La FIA observa que dicha decisión se refiere a la situación que existió en Venezuela entre 1999 y 2009, precisamente el período que abarca el del proceso penal seguido contra el profesor Brewer-Carías, que se inició en 2005. Esta Corte Interamericana, además, en su sentencia al caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sobre el tema de la inamovilidad de los jueces ha expresado que "si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial;" y que "la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial"[64].

58. Partiendo de esta doctrina de esta Corte Interamericana, y teniendo en cuenta el contenido del artículo 8 de la Convención Americana, que determina el derecho de toda persona ***a ser juzgado por un juez independiente e imparcial***, se desprende que el juzgamiento de una persona por un juez provisorio en Venezuela constituye una violación al mencionado artículo de la Convención; ya que como lo ha dicho el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la competencia, imparcialidad e independencia de un juez son los elementos constitutivos de la garantía del juez natural prevista en

---

62 Como lo ha dicho Rafael Chavero G., ""Con este modelo de justicia provisoria se han destituido centenares de jueces sin justificación legal, muchas veces por motivos personales y otras por razones de naturaleza política y hasta económica. Y es precisamente lo que ha evitado la consolidación de las normas constitucionales que regulan la forma de ingresar y salir del Poder Judicial, pues lógicamente los factores políticos prefieren mantener un sistema donde puedan manejarse con abierta discrecionalidad y hasta arbitrariedad."Véase en su libro: *La Justicia Revolucionaria*, *Una década de Reestructuración (o Involución) Judicial en Venezuela,* Editorial Aequitas, Caracas 2011, p. 112.

63 Corte IDH. caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, Párrafo 106..

64 Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrafo 105-107..

el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[65], equivalente al artículo 8 de la Convención Americana.

59. Finalmente, quisiéramos indicar ante esta Corte Interamericana que en el ámbito de protección de los derechos humanos, en la actualidad se está frente a una situación de extrema urgencia, pues Venezuela quedara fuera del Sistema Interamericano en apenas unos días. Además, se destaca que en el pasado, el gobierno venezolano ignoró hasta nueve decisiones de esta Corte en contra del Estado, con dos argumentos: que los dictámenes de esa instancia no son de obligatorio cumplimiento, y que constituyen una intromisión en asuntos internos. Sin embargo, tales argumentos contradicen la propia Constitución venezolana, la cual establece que los acuerdos internacionales suscritos por dicho país poseen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno (artículo 23). En tal sentido son paradigmáticos los casos *Leopoldo López* (2011)[66] y *Apitz (Corte primera de lo Contencioso Administrativo*) (2008) [67], cuyas sentencias fueron desacatadas por el Estado, que las declaró inejecutables en Venezuela.

V. CONCLUSIÓN.

60. Como corolario de los razonamientos anteriores, la FIA considera que se puede concluir:

> A. En cuanto a las consideraciones jurídicas expuestas sobre ***el derecho al ejercicio libre e independiente de la profesión de la abogacía y de los abogados a expresar libremente sus opiniones legales*** garantizados en los artículos 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los mismos obligan a los Estados a asegurar la inmunidad penal de los abogados por el ejercicio de su profesión y, por tanto, garantizar la prohibición de la criminalización de los abogados por la emisión de sus opiniones jurídicas, particularmente teniendo en cuenta que la manifestación de una opinión jurídica a un cliente es una forma de ejercicio de la libertad de expresión especialmente protegida por el Derecho Internacional. La interpretación de la libertad de expresión cónsona con el corpus iuris de Derecho Internacional permite concluir que existe una prohibición absoluta a la criminalización de los abogados por la emisión de sus opiniones jurídicas, pues serían innecesarias y desproporcionadas en la atención a los fines previstos en una sociedad democrática. En consecuencia, partiendo de los estándares internacionales desarrollados en la materia antes analizados, no es

---

65 Comité de Derechos Humanos, *Observación General* Nº 32, párrafos 19 y 21.

66 Corte IDH. Caso *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

67 Corte IDH. Caso *Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

admisible que se criminalice a un abogado por haber dado una opinión jurídica, como ha sido el caso que originó el proceso penal en contra del profesor Brewer Carías, que tuvo su origen en el hecho de que en su condición de abogado se le solicitó una opinión jurídica sobra la juridicidad de un decreto que se le sometió a su consideración, sobre el cual incluso le expresó a quien le requirió la opinión, críticas y objeciones sobre su constitucionalidad. La criminalización de esa mera opinión jurídica dada en su condición de abogado y dentro del marco del libre ejercicio profesional de la abogacía, como resulta del proceso penal seguido contra el profesor Brewer Carías en Venezuela, a juicio de esta Federación Interamericana de Abogados, constituye una violación de los mencionados artículos 8 y 13 de la Convención Americana.

B. En cuanto a las consideraciones jurídicas expuestas sobre ***el derecho de las personas a ser juzgados por jueces imparciales, autónomos e independientes*** garantizado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo obliga a los Estados a asegurar que los jueces gocen de las debidas garantías de estabilidad en el ejercicio de sus cargos, por lo que dicho derecho resultaría violado si un proceso penal resulta conducido por jueces *provisorios* los cuales no garantizan el derecho a ser juzgado por jueces independientes e imparciales, pues que no gozan de estabilidad y son particularmente susceptibles a presiones externas, contraviniendo los estándares internacionales que regulan la materia, interpretados a la luz de dicho artículo 8 de la Convención Americana. En consecuencia, partiendo de la doctrina establecida por esta honorable Corte Interamericana, habiendo sido el proceso penal seguido contra el profesor Brewer Carías en Venezuela conducido por jueces y fiscales provisorios, se debe concluir que dicho juzgamiento constituye una violación al mencionado artículo 8 de la Convención Americana.

61. Confiamos en que lo que anteriormente ha expresado por la FIA, en calidad de *Amicus Curiae*, en los términos definidos en el artículo 2.3 del Reglamento de esta Corte Interamericana, como razonamientos en torno a los hechos del proceso, particularmente los narrados en el *Informe de sometimiento* del caso por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la misma de 7 de marzo de 2012, y como consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, sirvan a esta Corte Interamericana para adoptar una justa decisión que salvaguarde los principios fundamentales que gobiernan el ejercicio de la abogacía, y que la FIA respeta y promueve como uno de sus pilares fundamentales.

Dejando así expuestas las razones que nos llevan a intervenir como *Amicus Curiae* ante esta Corte Interamericana de Derechos Humanos, quedamos atentos a cualquier solicitud de información o aclaratoria posterior.

En Washington, el 23 de agosto de 2013.

JOSÉ ALBERTO ALVAREZ
PRESIDENTE DE LA FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS

FERNANDO SAENGER
PRESIDENTE COMITÉ DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION
INTERAMERICANA DE ABOGADOS

RENALDY GUTIÉRREZ
EX-PRESIDENTE DE LA FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS

DANTE FIGUEROA
EX-SECRETARIO GENERAL DE LA FEDERACION
INTERAMERICANA DE ABOGADOS

.

INDICE GENERAL

NOTA DEL AUTOR: MIS ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO Y PANAMÁ.....11
PRESENTACIONES Y PRÓLOGO
PRESENTACIÓN Por Tomás POLANCO FERNÁNDEZ.....25
MENSAJE Por Jose ALBERTO ALVAREZ.....29
PRESENTACIÓN Por Víctor Leonel BENAVIDES.....33
PRÓLOGO Por Carlos GASNELL ACUÑA.....39

DERECHO CONSTITUCIONAL

PRIMERA:
EL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO (1995)

I. BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PANAMEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 45
   1. El sistema exclusiva y privativamente concentrado.....45
   2. El sistema panameño de control de la constitucionalidad no es de carácter mixto 49
   3. Aproximación general al sistema concentrado de control de constitucionalidad.....52

II. LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION Y EL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD 53
   1 .La lógica de los sistemas de justicia constitucional 53
   2. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad de ciertos actos estatales 54

3. La amplitud del sistema exclusiva y privativamente concentrado de Panamá respecto de todos los actos estatales 56

III. EL CARACTER EXPRESO DEL SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTIA DE LA CONSTITUCION.....58

1. La creación pretoriana del sistema difuso y el carácter expressis verbis del sistema concentrado.....58

2. El caso panameño: del control difuso al control concentrado de la constitucionalidad.....59

3. Otros sistemas de control concentrado y exclusivo de constitucionalidad atribuido a las Cortes Supremas de Justicia en América Latina: Uruguay, Honduras, Paraguay.....61

4. La compatibilidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos 63

IV. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE FUNDAMENTA EL CONTROL CONCENTRADO.....65

1. Características generales del sistema concentrado de control de constitucionalidad como garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales 66

2. El poder de un órgano constitucional para anular algunos o todos los actos inconstitucionales del Estado 68

3. El rechazo de considerar el modelo europeo de justicia constitucional como "el modelo" del control concentrado de la constitucionalidad 69

4. Las influencias de Kelsen en la concepción del modelo europeo 70

V. EL CARACTER PREVIO O POSTERIOR DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 74

1. El abandono de los sistemas de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, como único método de control concentrado: Francia y Chile.....75

2. La fórmula general del control concentrado a posteriori de la constitucionalidad de las leyes 79

VI. EL CARACTER PRINCIPAL E INCIDENTAL DEL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 82

1. La situación general en el derecho comparado.....82

2. El control concentrado principal de la constitucionalidad y la acción popular.....84

A. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela 85
B. La acción popular en Colombia.....88
C. La acción popular en Panamá 89
3. El control concentrado incidental de la constitucionalidad 90

A. El método incidental ante algunos Tribunales Constitucionales Europeos 91
B. El método incidental en Panamá: las consultas sobre constitucionalidad.....96
VII. EL PODER DE INICIATIVA DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LIMITACION A LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL 98
1. La ausencia de iniciativa del juez constitucional 98

2. La iniciativa de control de la constitucionalidad de los jueces ordinarios en el método incidental del sistema concentrado de control de la constitucionalidad 98

3. Los poderes inquisitivos del juez constitucional 99

VIII. LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 101
1. Los efectos erga omnes de la decisión anulatoria 101

A. La situación general en Panamá y en el derecho comparado 101
B. La situación en otros países donde está admitida la acción popular.....102
C. La situación en los países europeos 104
2. Los efectos constitutivos de la decisión anulatoria del juez constitucional.....105

A. La situación general del sistema, aplicada en Panamá105
B. La situación en Colombia y Venezuela 108
C. La situación en los países europeos 110
CONCLUSION 114

SEGUNDA

LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

INTRODUCCIÓN 117

PRIMER RETO: QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL EFECTIVAMENTE ACTÚE COMO COMISARIO DEL PODER CONSTITUYENTE, DE MANERA QUE LA SOBERANÍA PERMANEZCA SIEMPRE EN EL PUEBLO Y NO SEA USURPADA POR los ÓRGANOS CONSTITUÍDOS 120

1. Las enseñanzas del caso venezolano de 1999: una Asamblea Constituyente con poderes de "poder constituyente originario" cuyos actos el Juez Constitucional los consideró inmunes al control de constitucionalidad 121

2. Las enseñanzas del caso ecuatoriano de 2007: una Asamblea Constituyente con "plenos poderes" que se auto declaró inmune al control de constitucionalidad por el Juez Constitucional . 133

SEGUNDO RETO: QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN, EFECTIVAMENTE ASEGURE QUE LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN SE REALICEN CONFORME A SUS NORMAS 139

1. Las enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional renunciando a controlar la constitucionalidad de los procedimientos de reforma constitucional desarrollados en violación de la Constitución 142

2. Otra enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional absteniéndose de controlar la constitucionalidad de la inconstitucional implementación de la reforma constitucional rechazada por el pueblo mediante leyes y decretos leyes 148

TERCER RETO: QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUIDO QUE ES, TIENE QUE CUMPLIR SU FUNCIÓN DE GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN SOMETIDO A LA MISMA, SIN PODERLA MUTAR ILEGÍTIMAMENTE 150

1. La enseñanzas del caso venezolano: el juez constitucional mutando ilegítimamente la Constitución para implementar directamente la reforma constitucional rechazada por el pueblo 153

A. Las mutaciones constitucionales en materia de protección internacional de los derechos humanos 153

B. La mutación constitucional en relación con la distribución de competencias en el Estado federal.....160
C. La mutación constitucional en relación con el financiamiento de los partidos políticos 163
2. Una enseñanza del caso nicaragüense: el juez constitucional mutando ilegítimamente la Constitución en materia de reelección presidencial 166

A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN, Y EL PROBLEMA DEL CONTROL DEL GUARDIÁN 168

TERCERA

LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO COMUNAL SOCIALISTA, SIN REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

I. EL ESTADO COMUNAL, EL PODER POPULAR Y EL SOCIALISMO 177
III. LAS INSTANCIAS DEL PODER POPULAR 186
1. Las diversas instancias del poder popular y su personalidad jurídica 186
2. Los voceros de las instancias del poder popular y su carácter no representativo 187
3. Sistemas de agregación comunal 187
4. Los Consejos comunales. 189
5. Las Comunas 190
6. Las Ciudades comunales 191

IV. LAS ORGANIZACIONES Y EXPRESIONES ORGANIZATIVAS DEL PODER POPULAR.....191
1. Formas organizativas del Poder Popular 192
A. Las organizaciones del Poder Popular 192
B. Las expresiones organizativas del Poder Popular ..192
2. Los fines de las organizaciones y expresiones organizativas del Poder Popular.....193

V. ÁMBITOS DEL PODER POPULAR 193

1. Planificación de políticas públicas 194
2. Economía comunal 194
3. Contraloría social 195
VI. LAS RELACIONES ENTRE EL PODER PÚBLICO Y EL PODER POPULAR (O LA TÉCNICA DEL "MATAPALO") ... 197
APRECIACIÓN FINAL 199

CUARTA
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO

I. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO Y SUS GARANTÍAS JUDICIALES 201
1. El Estado de derecho y el control del poder 201
2 El Estado de derecho, el sometimiento al derecho y los sistemas de control judicial 207
3. Sobre la justicia constitucional: control de constitucionalidad y Jurisdicción Constitucional 209
4. Los otros sistemas de control judicial y la justicia contencioso administrativa 213
5. El sistema de control judicial sobre las decisiones judiciales 215
II. LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ... 216
1. El método difuso de justicia constitucional 216
2. El método concentrado de justicia constitucional 219
3. Algunas diferencias sustanciales entre los métodos difuso y concentrado 222
4. Las garantías judiciales de los derechos fundamentales ... 224
III. NECESARIA REFERENCIA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 226
IV. ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL SISTEMA PANAMEÑO EXCLUSIVAMENTE CONCENTRADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 234
1. Antecedentes 234
2. El sistema de justicia constitucional totalmente concentrado 237

3. El control concentrado a priori de la constitucionalidad de las leyes 241

4. El control concentrado de constitucionalidad a posteriori por vía principal.....242

5 El control concentrado a posteriori por vía incidental: la consulta de inconstitucionalidad.....245

6 Los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.....248

7. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales 252

REFLEXIÓN FINAL.....253

QUINTA
SOBRE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS EXCEPCIONES: ALGUNOS CASOS CONTRASTANTES 259

SEXTA
PROCESOS CONSTITUYENTES EN AMÉRICA LATINA: A PROPÓSITO DEL PROYECTADO PROCESO CONSTITUYENTE PANAMEÑO (2025)

I. PROCESOS CONSTITUYENTES, MOMENTOS CONSTITU-YENTES Y ASAMBLEAS CONSTITUYENTES.....279

II. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN COLOMBIA DE 1991285

III. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA DE 1999 293

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR DE 2007.300

V. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE ENTRE 2017 2023 310

APRECIACIÓN FINAL: LA SITUCIÓN EN PANAMÁ 318

DERECHO ADMINISTRATIVO

SÉPTIMA
ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD (2009)

INTRODUCCIÓN 323
I. ALGO SOBRE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES.....325
II. EL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL 330
1. Los fundamentos del control judicial: los principios generales del derecho 331
2. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la proporcionalidad.....335
3. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la racionalidad 339
4. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la justicia.....341
III. LA DEPURACIÓN DEL AMBITO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS 342
1. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial.....343
2. El control judicial de la apreciación y calificación de los presupuestos de hecho del acto administrativos.....347
A. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa.....347
B. El control judicial en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos 353
3. El control judicial de otros aspectos regulados de los actos administrativos, aún los discrecionales 357
A. El control judicial de la adecuación a la finalidad legalmente prescrita del acto administrativo.....359
B. El control judicial del acto discriminatorio: el principio de la igualdad 360
C. El control judicial respecto de la motivación de los actos administrativos.....361

OCTAVA
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS COMO FUENTE DEL DERECHO EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS (2009)

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SEGÚN SUS EFECTOS363
1. La clasificación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 365
A. Actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares 365
B. Actos administrativos generales y actos administrativos individuales.....366
2. Las clasificaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 367

II. EL ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA 372
III. LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS DICTADOS POR EL PRESIEDENTE DE LA REPUBLICA 373
1. Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales 374
2. La consulta previa obligatoria no vinculante de las normas reglamentarias.....375

IV. LOS LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SU CONTROL JUDICIAL.....377

NOVENA
LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COMO FRENO AL EJECUTIVO: EL SISTEMA PANAMEÑO Y ALGUNAS COMPARACIONES CON EL CASO VENEZOLANO (2015)

I. ESTADO DE DERECHO Y GARANTÍAS JUDICIALES .383
II. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 392
1. El principio de la especialidad de la organización de la Jurisdicción dentro del Poder Judicial 392
2. El principio de la especialidad de la competencia por el objeto de control: actos administrativos, Administración, servicios públicos, actividad administrativa.....394

II. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 397

IV. EL PRINCIPIO DE LA BILATERALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA INICIATIVA DE CONTROL 403
1. El principio dispositivo y la disidencia en el caso de Panamá con la "consulta de ilegalidad" 403
2. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos generales: la acción popular 405
3. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares: interés personal 406
4. Legitimación activa en los juicios de nulidad de actos administrativos en representación de intereses difusos o colectivos 408
5. La parte demandada en los procesos contencioso administrativos de anulación y la participación de coadyuvantes 409
REFLEXIÓN FINAL 411

DÉCIMA
ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES: COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE PANAMÁ Y VENEZUELA (2015)

I. ESTADO DE DERECHO Y GARANTÍAS JUDICIALES 419
II. ASPECTOS PROCESALES DE LAS DEMANDAS DE NULIDAD Y SU PRESENTACIÓN 423
III. LA CAUSALES DE INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA 426
1. La caducidad de la acción 426
2. El agotamiento de la vía administrativa 428
3. La consignación de los documentos fundamentales de la acción 431
IV. LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y LAS NOTIFICACIONES 431
V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 433
VI. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE ANULACIÓN 441
REFLEXIÓN FINAL 442
DERECHOS HUMANOS Y EJERCICIO DE LA ABOGACÍA 449

DÉCIMA PRIMERA
SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL (2014) 449

APÉNDICE
TEXTO DEL *AMICUS CUREAE* PRESENTADO POR LA *INTER-AMERICAN BAR ASSOCIATION* SOBRE LA DEFENSA DEL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL (2013) 449