

## Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional

### Tabla de contenido

#### Presentación

Sobre la usurpación de las funciones presupuestarias de la Asamblea Nacional por parte del juez constitucional <i>Allan R. Brewer-Carías</i> .....	726
La Sala Constitucional y la innovación procesal: La ampliación de sentencias como medio para la (ilegítima) aprobación del presupuesto nacional <i>Mauricio Rafael Pernía-Reyes</i> .....	753
Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: Parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário <i>Emerson Affonso da Costa Moura (BRA)</i> .....	765
La democracia en el Estado constitucional de derecho <i>Armando Luis Blanco Guzmán</i> .....	791
La incorporación de los Diputados del Estado Amazonas <i>Jhenny Rivas Alberti</i> .....	812

El Control Político en Venezuela. Factor de Democracia <i>Rubén A. Guía Chirino</i> .....	829
La desobediencia civil en <i>El triunfo de la libertad sobre el despotismo</i> de Juan Germán Roscio <i>José Ignacio Hernández G.</i> .....	864
El deber de obediencia de los funcionarios públicos <i>Alexander Espinoza Rausseo</i> .....	885
La protección de la propiedad y la responsabilidad por las mal llamadas expropiaciones que no son más que materiales expoliaciones <i>Roberto Hung Cavalieri</i> .....	962

# Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

## Noviembre – Diciembre 2016

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela  
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo  
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica  
División de Estudios y Representación



Con la colaboración del  
Instituto de Estudios Constitucionales



## Consejo Editorial

**Alexander Espinoza Rausseo**  
Universidad Central de Venezuela

**Armando Luis Blanco Guzmán**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**Emerson Affonso da Costa Moura**  
Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

**Francisco Palacios Romeo**  
Universidad de Zaragoza, España

**Jhenny Rivas Alberti**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**José Ignacio Hernández G.**  
Universidad Central de Venezuela

**Mauricio R. Pernía-Reyes**  
Universidad Católica del Táchira, Venezuela

## Presentación

Nos complace presentar la *Sexta Edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*. En esta oportunidad incorporamos por primera vez en la *REDIAJ* aportes muy valiosos de juristas nacionales y extranjeros.

Nuestro objetivo es impulsar un acercamiento entre la AN y la comunidad jurídica, para obtener mejores resultados en la actividad legislativa. Tratamos de plantear propuestas basadas en un método jurídico, que permitan a los parlamentarios enfrentar problemas de actualidad, especialmente los referidos a los mecanismos de defensa de la Constitución y reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico.

## Sobre la usurpación de las funciones presupuestarias de la Asamblea Nacional por parte del juez constitucional

*Allan R. Brewer-Carías\**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia No. 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>1</sup> dictada con motivo de supuestamente “ampliar” lo resuelto en una sentencia anterior, le ha puesto fin definitivo a lo que podía haber quedado de la Asamblea Nacional en Venezuela, luego de todo el proceso de consolidación de la dictadura judicial mediante sentencias dictadas durante los meses anteriores de 2016, que le fueron cercenando todas sus funciones, habiendo ahora simplemente asumido, directamente, las competencias de la Asamblea, esta vez en materia presupuestaria, en una evidente usurpación de autoridad, que hace a la supuesta Ley de Presupuesto para 2017 simplemente nulo e ineficaz conforme al artículo 135 de la Constitución.

### 1. La “ampliación” de sentencias como nueva forma inconstitucional de la Sala Constitucional para dictar sentencias, sin proceso y en violación del debido proceso

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia No. 808 del 2 de septiembre de 2016,<sup>2</sup> dictada con motivo de la incorporación y juramentación de los diputados electos por el Estado Amazonas el 6

\* Profesor de la Universidad Central de Venezuela

<sup>1</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

<sup>2</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>

de diciembre de 2015, que habían sido debidamente proclamados por las autoridades del Consejo Nacional Electoral, pero cuya proclamación fue “suspendida” por la Sala Electoral mediante sentencia cautelar No.260 de 30 de diciembre de 2015;<sup>3</sup> declaró a los diputados de la Asamblea Nacional en desacato, decidiendo, en general, hacia futuro, que “*mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia,*” todos “los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas” son y “*resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

Unas semanas después, mediante sentencia No. 810 de 21 de septiembre de 2016,<sup>4</sup> la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto No. 2.452 de 13 de septiembre de 2016<sup>5</sup>, por el cual el Presidente de la República *declaró* el estado de excepción por emergencia económica, y luego de declararse sobre la “constitucionalidad” de dicho Decreto por supuestamente haber sido dictado “en cumplimiento de los parámetros que prevé el Texto Constitucional, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás instrumentos jurídicos aplicables, preservando los Derechos Humanos y en protección del Texto Fundamental, el Estado, sus Instituciones y el Pueblo;” procedió de paso, sin que ello fuera el *thema decidendum*, a “reiterar” lo que había declarado en la antes mencionada sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, en el sentido de que la Asamblea Nacional en Venezuela no podía adoptar ninguna decisión válida, mientras “se mantenga el des-

<sup>3</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>

<sup>4</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897.HTML>

<sup>5</sup> Véase en Gaceta Oficial No. 6.256 Extra. de 13 de septiembre de 2016

acato” respecto de la indicada sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Es decir, la Sala Constitucional, paralizó totalmente la voluntad popular que representa la Asamblea Nacional, declarando de antemano y hacia futuro que todas las decisiones que pudiera adoptar, fueran leyes o acuerdos de cualquier naturaleza, incluso los actos parlamentarios sin forma de ley, como podrían ser sus *interna corporis*, serían “*manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

En el contexto de esa situación creada exclusivamente por la Sala Constitucional, el Presidente de la República que estaba obligado a someter a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2017 para su discusión y sanción antes de 15 de octubre de 2016 (arts. 187.5; y 313 Constitución), pues sin ello no podría hacerse gasto alguno (art. 314), se negó a hacer dicha presentación a la Asamblea Nacional. A raíz de ello, el Presidente, primero, amenazó públicamente que haría aprobar la Ley de Presupuesto, al margen de la Constitución, por alguna fantasmagórica asamblea popular,<sup>6</sup> y segundo, ante lo descabellado del planteamiento, decidió acudir ante la Sala Constitucional, como si fuese su órgano de asesoría jurídica, para que le resolviera la situación constitucional que la propia Sala había creado; de lo que resultó que fuera la misma Sala Constitucional la

---

<sup>6</sup> Véase lo declarado por el Vice Presidente Ejecutivo, Aristóbulo Istúriz, desde el 5 de octubre de 2016: “Istúriz dijo que el Presupuesto de 2017 será aprobado en Asamblea Popular”, en *El Norte. El periódico completo*, 5 de octubre de 2016, en <http://www.elnorte.com.ve/isturiz-dijo-que-presupuesto-2017-sera-aprobado-en-asamblea-popular/>



que decidió usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, auto atribuyéndose la función de aprobar el Presupuesto así ello hubiese sido solo “para esa oportunidad.”.

Como lo observó Laura Louza de *Acceso a la Justicia*:

“cuando la Sala Constitucional se nombra a sí misma como la autoridad “competente” para ejercer el control del proceso presupuestario, en sustitución de la AN, viola de manera clara los artículos 136 y 137 de la Constitución que consagran, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del poder público tiene sus propias funciones; y por la otra, que solo la Constitución y la ley definen las atribuciones del poder público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.”<sup>7</sup>

Bajo esas inconstitucionales premisas, fue que mediante escrito de 3 de octubre de 2016, el Presidente de la República le solicitó a la Sala “de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” que procediera a decidir sobre la “*ampliación* de la decisión N° 810, dictada por esta Sala el 29 de septiembre de 2016,” la cual, como se ha dicho, había declarado la constitucionalidad del Decreto No. 2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, y había ratificado la declaración de nulidad de todos los actos del órgano legislativo, mientras se mantuviera el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Una “*ampliación*” de sentencia es realmente un asunto excepcionalísimo, que sólo es posible aplicar en precisos casos, como excepción al principio que establece el Código de Procedimiento Civil (art. 252), de que “después

---

<sup>7</sup> Véase, Laura Louza, “El TSJ usurpa a la AN el control del presupuesto,” en *Acceso a la Justicia*. El observatorio venezolano de la justicia, Caracas 18 de octubre de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/el-tsj-usurpa-a-la-an-el-control-del-presupuesto/>

de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, *no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.*”

Ese principio, que es uno de los pilares del sistema judicial, sin embargo tiene una excepción y es que el Tribunal puede, a solicitud de parte, como lo dice el mismo artículo:

“aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente.”

Independientemente de los lapsos procesales establecidos, que por lo perentorio pueden considerarse como no razonables,<sup>8</sup> lo importante de la norma es que regula dos supuestos distintos que permiten al juez intervenir en su propia sentencia, una vez dictada, que son la aclaratoria y la ampliación.

Sobre ésta última, la ampliación, concepto que no se desarrolla en la norma, la doctrina jurisprudencial tradicional en Venezuela la ha considerado siempre como un “complemento conceptual de la sentencia requerido por omisiones de puntos, incluso esenciales, en la disertación y fundamento del fa-

---

<sup>8</sup> La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 48 del 15 de marzo de-2000, recurriendo a la idea del plazo razonable, consideró necesario “aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales sobre el debido proceso relativas al razonamiento de los lapsos con relación a la norma del artículo 252 Código de Procedimiento Civil y, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, dispone en forma conducente, con efectos *ex nunc*, que el lapso para oír la solicitud de aclaratoria formulada es igual al lapso de apelación del artículo 298 CPC.” Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/48-150300-99638.HTM> Véase igualmente, sentencia N° 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 cita, 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>

llo o en el dispositivo, siempre que la ampliación no acarree la modificación del fallo.”<sup>9</sup>

Por tanto, la ampliación no significa que se puedan realizar modificaciones de lo establecido en el fallo, sino que son “adiciones o agregados que dejan incólumes los dispositivos ya consignados,” pues “su causa motiva obedece a un *lapsus* o falta en el orden intelectual, en el deber de cargo del magistrado, y su causa final es la de inteligenciar un razonamiento o completar una exigencia legal.”<sup>10</sup> En otras palabras, la “ampliación tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, *añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de un error involuntario del tribunal,*” y en ningún caso “significa que *pueda versar sobre asuntos no planteados en la demanda,* o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, pág. 267. Así lo expone R. Henríquez La Roche, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992, en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, No. 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386).

<sup>10</sup> Véase sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Extensión Territorial Puerto Ordaz, de 22 de noviembre de 2010 ...  
<http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/NOVIEMBRE/1928-22-FP11-R-2010-000342-.HTML>

Como también lo ha expresado R. Marcano Rodríguez, que “*La ampliación no supone, como la aclaración, que el fallo sea oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien insuficiente o incompletamente determinativo de las soluciones dadas al problema jurídico planteado con la acción y la excepción (...), la ampliación no es remedio de los vicios congénitos del fallo, sino que, por el contrario, presupone la existencia de una decisión válida, que ha resuelto todos y cada uno de los puntos del litigio de acuerdo con el pro y el contra, pero que, en su dispositivo hay una insuficiencia de generalización, de determinación, de extensión en el modo de fijar el fin y el alcance de algunos o algunos de los puntos debatidos.*” Véase en *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1942, Tomo III, pág. 75-76. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, caso: VENEVISIÓN en

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02676-141101-0816.HTM>

<sup>11</sup> Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009, pág. 267. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, (Caso: VENEVISIÓN) en

La Sala Constitucional, sin embargo, desvirtuando el significado de la norma, al referirse a la misma afirmó que:

“la aclaratoria tiene por objeto lograr que sea expresada en mejor forma la sentencia, de manera que permita el conocimiento cabal de su contenido, evitando las dudas o los malos entendidos que la lectura de su texto pueda generar, a los fines de la apropiada comprensión integral de la decisión, mientras que la *ampliación persigue resolver un pedimento cuyo análisis se deriva del acto decisorio.*”

Esta afirmación es contraria a lo que es y ha sido siempre la institución de la ampliación de sentencias en Venezuela, la cual no *puede versar sobre asuntos que no fueron planteados inicialmente en la demanda que originó la sentencia*, y pueda pretenderse que se aplica, como erradamente lo indicó la Sala, a asuntos cuyo “*análisis se deriva*” de la sentencia, es decir, a asuntos que no fueron planteados al juez para decidir y que por tanto, nunca pudieron ser incluidos en la sentencia cuya aclaratoria se pide. Es decir, la ampliación solo puede referirse a aspectos que fueron originalmente pedidos en la demanda y que no fueron considerados en la sentencia cuya aclaratoria se pide.

Con esta sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, la misma ha inventado una nueva forma inconstitucional de decidir, desvirtuando la institución de la ampliación de sentencias establecida en el Código de Procedimiento Civil, emitiendo decisiones sobre asuntos no planteados anteriormente en el juicio, proceso o procedimiento que originó la sentencia cuya

---

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02811-271101-14950.HTM>. En el mismo sentido se pronunció la misma Sala Político Administrativa en sentencia No. 570 del 2 de junio de 2004 en la cual sostuvo, respecto de la ampliación, que “dicha figura está prevista con miras a subsanar omisiones de la sentencia pronunciada, corrigiendo la falta de congruencia del fallo con la pretensión o con la defensa en algún punto específico, es decir, es necesario para su procedencia que la sentencia sea insuficiente en cuanto a la resolución del asunto a que se contraen las actuaciones. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00570-020604-2003-0971.HTM>

“ampliación” se pide, pero sin proceso judicial, es decir, sin garantizar el debido proceso ni el derecho a la defensa, contrariando la garantía judicial prevista en el artículo 49 de la Constitución.

## 2. El procedimiento constitucional en el cual se dictó la sentencia cuya “ampliación” se solicitó y la ausencia de referencia sobre la aprobación de la Ley de Presupuesto

La sentencia cuya “ampliación” se solicitó, en efecto, fue la sentencia No. 810 del 21 de septiembre de 2016 dictada por la Sala Constitucional, en la cual después de seguirse el procedimiento constitucional respectivo conforme a la competencia que le asigna el artículo 336.6 de la Constitución, simplemente declaró la constitucionalidad del Decreto No. 2.452 de 13 de septiembre de 2016 de declaratoria de estado de excepción, de cuyo contenido nada resultaba necesario ampliar, porque nada se había omitido. La Sala, en efecto, en la sentencia decidió sobre lo único que podía decidir, que era sobre la constitucionalidad o no del Decreto.

Sin embargo, la Sala Constitucional, bajo la excusa de dictar una “aclaratoria” de dicha sentencia, mediante la mencionada No. 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>12</sup> pasó a emitir una nueva sentencia en la cual, sin que ello tuviese relación alguna con la materia decidida en sentencia supuestamente “aclarada,” decidió, contrariando la Constitución, sobre asuntos que no fueron considerados en la sentencia, como son las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto y sobre la propia noción de ley en la

<sup>12</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>.

Constitución. A tal efecto dispuso, por lo que respecta a la Ley de Presupuesto correspondiente a 2017, que:

“el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional *ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional*, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, bajo la forma de *decreto que tendrá rango y fuerza de ley*, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional, *conforme a lo previsto en el Texto Fundamental*, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.

4.- Que ese *decreto* de presupuesto nacional, *con rango y fuerza de ley*, tendrá vigencia para el ejercicio fiscal 2017, estará sujeto a las normas y principios que rigen la materia y al control constitucional de esta Sala, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como parte del sistema de garantías previstos en el Texto Fundamental, sin perjuicio de las atribuciones inherentes al Poder Ciudadano en esta materia.

6.- Que en el presente caso *no procede la reconducción presupuestaria* y que, por ende, la *Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias* ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional.”

Esta sentencia, por supuesto, viola abiertamente lo establecido en 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;” lo establecido en el artículo 202 de la Constitución sobre la noción de “ley” en Venezuela como acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador; lo previsto en el mismo artículo 202 de la Constitución, sobre la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para sancionar leyes; y lo previsto en los artículos 203; 236.8 de la Constitución, que establecen la competencia excepcional del Ejecutivo Nacional de poder dictar actos ejecutivos con fuerza y valor de ley, es decir, los “decretos leyes” que pueda dictar por delegación el Presidente en Consejo de Ministros, en ejecución de una ley orgánica de habilitación legislativa; todo lo cual

significó la violación del principio democrático conforme al cual sólo los representantes electos del pueblo son los que pueden aprobar el presupuesto nacional.

Los vicios de la sentencia los resumió la Academia Nacional de Economía, en un acertado “Pronunciamiento” publicado el 13 de octubre de 2016,<sup>13</sup> en el cual luego de referirse a la Ley de Presupuesto Nacional como “un elemento central de la política pública para el desarrollo de cualquier país,” que “constituye el principal instrumento para el manejo de la política fiscal de la Nación,” por lo cual “en una sociedad democrática, el Gobierno Central no puede decidir arbitrariamente el nivel y composición de los ingresos y gastos públicos,” y más bien, debe ser presentado por el Ejecutivo para su aprobación por “el órgano constitucional que representa a los venezolanos, vale decir: la Asamblea Nacional,” consideró a la sentencia como un “atentado contra el Orden Constitucional en un área tan relevante para el buen funcionamiento de la economía y de la institucionalidad democrática,” que “impide el cumplimiento de un precepto constitucional fundamental que define nuestro carácter como sociedad democrática.” La Academia dijo, en resumen, que:

“El Poder Legislativo encarna la pluralidad necesaria para asegurar que las prioridades recogidas en la estructura del presupuesto respondan a las necesidades del país, conforme a la diversidad de enfoques y perspectivas, ahí expresadas. Además, el Poder Legislativo realiza su función contralora al Gobierno y del cumplimiento de sus compromisos. A esta función contralora se suma el derecho de la ciudadanía a la realización de contraloría social, a quien en última instancia se debe responder por el uso de los fondos públicos.

---

<sup>13</sup> Véase en <http://www.ance.org.ve/>

Debemos insistir, los ingresos previstos en la Ley de Presupuesto Nacional no son sino los tributos impuestos a las personas naturales y jurídicas por sus actividades económicas. En ejercicio de su soberanía, consagrada en el artículo 5 de la Carta Magna, es la misma sociedad la que debe decidir, a través de sus órganos de representación, cómo financiar la provisión de los bienes y servicios que el Gobierno Central debe proveerle con el objeto de garantizar y mejorar el nivel del bienestar social.”<sup>14</sup>

Evidentemente que estos temas no fueron considerados por la Sala Constitucional en la sentencia No. 810 del 21 de septiembre de 2016 cuya “ampliación” se solicitó violando el Código de Procedimiento Civil, para poder haberse pretendido obtener alguna “ampliación” de esta última originando la sentencia No. 814 de 11 de octubre de 2016, razón por la cual la misma, al no “ampliar” nada de lo resuelto en aquella, no es más que una sentencia nueva, dictada en forma inconstitucional por el Juez Constitucional, sin proceso alguno, es decir, sin respetar instrumento alguno para la realización de la justicia como lo exige la Constitución (art. 257); dictada, además, de oficio, sin que nadie se lo pidiera a la sala, violando el principio dispositivo que rige en materia de justicia constitucional; y todo en violación absoluta de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa (artículo 49 de la misma Constitución), al no haberse asegurado la participación en juicio de los representantes de la propia Asamblea Nacional, cuyas funciones constitucionales cercenó.

---

<sup>14</sup> Idem.



### 3. La inconstitucional “amplicación” de una sentencia para interpretar la constitución mediante un nuevo procedimiento y una nueva “sentencia”

La Sala Constitucional, para cometer esta aberración jurídica, comenzó “entresacando” de entre los “Considerandos” del Decreto No. 2.452 de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de emergencia, que la misma había declarado “constitucional” en la sentencia No. 810 de 11 de octubre de 2016, el “Considerando” que hacía referencia a la declaratoria de la Sala “sobre la invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica de todos los actos y actuaciones dictados por la Asamblea Nacional, por encontrarse este órgano legislativo en desacato y en flagrante violación del orden público constitucional;” para luego pasar a constatar, de noticias de prensa, lo que calificó como un hecho “notoriamente comunicacional,” que fue el pronunciamiento realizado por la Asamblea Nacional el 20 de septiembre de 2016, rechazando el mencionado Decreto No. 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;<sup>15</sup> pronunciamiento que la Sala, de entrada, sentenció declarándolo como “absolutamente nulo, de conformidad con la sentencia 808/2016, ya mencionada.” A esa decisión, le siguió el “Acuerdo sobre el rescate de la democracia y la Constitución” de la Asamblea Nacional de 13 de octubre de 2016, en el cual resolvió

“Desconocer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 333 de la Constitución, la autoridad y vigencia de los actos del Poder Ejecutivo y de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que contraríen los valores, principios y garantías democráticos y lesionen los derechos fundamentales.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>

<sup>16</sup> En dicho Acuerdo, la Asamblea Nacional expresó además, con toda claridad: “Que no hay democracia sin la vigencia efectiva de un texto constitucional que ordene de acuerdo a la justicia, el ejercicio de los poderes públi-

La Sala, así, violando la Constitución sin proceso constitucional de nulidad alguno, de oficio declaró la nulidad de un acto parlamentario sin forma de Ley, lo que solo puede ocurrir conforme al proceso de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución. Es decir, con esta decisión, la Sala Constitucional incurrió en una inconstitucionalidad adicional al violar los principios más elementales de la justicia constitucional, mediante dicha declaración de oficio, sin que nadie se lo hubiese solicitado, y violando el derecho a la defensa y el debido proceso, un acto parlamentario sin forma de ley dictado por la Asamblea Nacional como fue el mencionado Acuerdo de la Asamblea Nacional.

Luego de glosar el contenido del articulado del Decreto de estado de excepción, y transcribir párrafos de múltiples sentencias anteriores de la Sala en las cuales ya había declarado la “constitucionalidad” de varios decretos de

---

cos, así como las relaciones del poder público con los ciudadanos; “que no hay democracia sin respeto de los derechos humanos, que el ejercicio de los derechos humanos es irrenunciable y que los órganos del Poder Público están obligados a velar por su efectiva vigencia;” y que “Que no hay democracia sin voto y que el ejercicio del voto es el cauce democrático para exigir a las autoridades del Poder Público el cumplimiento de sus funciones en beneficio de los ciudadanos, así como el medio para garantizar la paz y que los cambios políticos anhelados por la ciudadanía se alcancen pacífica y cívicamente.” Véase el texto en

[http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf).

Dicho Acuerdo, a juicio de Antonio Sánchez García, “constituye una auténtica declaración de guerra a la dictadura. La primera – y última – tras diecisiete años de humillaciones, de abusos, de atropellos, de fraudes y crímenes e iniquidades sin nombre. [...] Estamos ante un documento de alta valoración histórica que establece una tajante línea divisoria en la historia política de la República: un antes y un después del 13 de octubre de 2016. Un decreto que apela a la verdad y a las tradiciones democráticas de Venezuela, reivindica los derechos que le asisten a quienes detentan de iure y de facto el Poder soberano de la Nación y que expresa la voluntad indeclinable de la inmensa mayoría ciudadana de la Nación por restituir el Estado de Derecho y la integridad de la Patria, ultrajada por quienes no han trepidado en traicionar su soberanía, entregarle la disposición sobre nuestros recursos a una tiranía extranjera y usurpar la presidencia de nuestro gobierno a uno de sus agentes. [...] Es un acto de alta política que honra a nuestra Asamblea, un “no va más”. Irreductible y sin retorno. Llegamos a la encrucijada definitoria de nuestro destino: dictadura o democracia. La soberanía reclama libertad, justicia y democracia. Es la hora de su reconquista.” Véase: Antonio Sánchez García, “La hora final, Declaración de guerra de la Asamblea Nacional a la dictadura,” 17 de octubre de 2016, en [http://www.twitlonger.com/show/n\\_1sp74lo](http://www.twitlonger.com/show/n_1sp74lo) y en

<http://noticiasvenezuela.org/2016/10/18/la-hora-final-declaracion-de-guerra-de-la-asamblea-nacional-a-la-dictadura/>

excepción anteriores, pasó la Sala a constatar que la solicitud de “ampliación” formulada por el Presidente se circunscribía a “las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República,” ante la Asamblea Nacional, pues en virtud de la declaración judicial de que sus actos se consideraban “nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica,” entonces el Poder Ejecutivo no podría presentar el Presupuesto ante la Asamblea “debido a la situación irregular en que se encuentra ese órgano legislativo.”

De todo ello, el Presidente de la República en realidad no pidió “aclaratoria” alguna sobre supuestas omisiones de puntos en la disertación y fundamento de la sentencia anterior, o de algún *lapsus* o falta en la misma, de manera que la Sala pudiese completar la decisión añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de algún error involuntario de la misma, sino como se indica en la propia sentencia, lo que solicitó en realidad fue que la Sala Constitucional “interpretara”:

“sobre la factibilidad de que fundamentado en el Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.4.52, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria n° 6.256 de fecha 13 de septiembre de 2016, se pueda decretar el Presupuesto de la República y normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017.”

No hubo por tanto en la solicitud del Presidente, requerimiento alguno de “ampliación” de la sentencia No. 816 de 29 de septiembre de 2016, habiéndose reducido la solicitud misma a la formulación de una de interpretación constitucional nueva que nada tenía relación con la sentencia de declaratoria de constitucionalidad de un Decreto de estado de excepción.

Sin embargo, la Sala consideró que el Presidente solicitante, quien supuestamente conocía “a cabalidad el contenido y alcance de la decisión,” no pretendía “aclaratoria” alguna, sino que supuestamente se “ampliase” el análisis desarrollado por la Sala, en cuanto a la declaratoria de la nulidad de todos los actos de la Asamblea, lo que implicaba “la imposibilidad jurídica de someter el presupuesto 2017 a la aprobación del órgano legislativo nacional,” lo cual 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.

#### **4. Un nuevo “invento” inconstitucional de la “justicia constitucional” impartida por la Sala Constitucional: el supuesto control “innominado” de la constitucionalidad**

Olvidándose entonces de que lo que se le había solicitado era una supuesta “ampliación” de la sentencia No. 810 de 11 de octubre de 2016, la Sala Constitucional pasó a decidir una especie de solicitud de interpretación, considerando que la “interpretación y aplicación es una de las funciones principales de la jurisdicción constitucional,” para lo cual comentó los diversos artículos constitucionales que regulan tanto la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como aquellos relacionados con el tema de la aprobación del Presupuesto en el marco de la Hacienda Pública, y los artículos de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, y en particular los que regulan la competencia del Presidente de la República para dictar medidas, entre ellas, las “*de orden social, económico, político o ecológico cuando re-*

*sulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos”.*

De estas normas queda claro que corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, la elaboración del presupuesto nacional (además de las otras atribuciones constitucionales, inclusive, en materia de régimen de excepción), y que a su vez, corresponde en exclusividad a la Asamblea Nacional” discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público” (art. 187.6).

Y entonces, sin embargo, teniendo como base en esas claras atribuciones constitucionales, y sin considerar la voluntad manifiesta de la Asamblea Nacional de querer funcionar y ejercer sus atribuciones constitucionales, que la propia Sala le fue cercenando durante todo el año 2016, lo que constató la Sala Constitucional fue que la solicitud de “ampliación” aun cuando improcedente, lo que evidenciaba era, en cambio, “la voluntad manifiesta del Presidente de la República de cumplir las fases constitucionales para la aprobación del presupuesto nacional” para 2017. La Sala, además, consideró que presentar el proyecto de Ley “ante un órgano que actualmente está al margen de la Constitución en razón del desacato en el que se encuentra frente a decisiones de este alto tribunal” acarrearía “consecuencias Jurídicas” pues la propia Sala ya había declarado que todas las actuaciones de la asamblea Nacional carecían de validez y eficacia por inconstitucionales.” (lo declaró en sentencia n.º 808 del 2 de septiembre de 2016 y lo reiteró en el fallo objeto de la “ampliación”); circunstancias estas que según la Sala le

exigieron proceder a ejercer un denominado e inexistente “*control innominado de la constitucionalidad*” para determinar “la solución de esa situación, en tutela del sistema constitucional.”

Por supuesto, esto es absolutamente inconstitucional. No existe ni puede existir un “control *innominado* de constitucionalidad,” pues la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como todos los órganos constitucionales, solo puede ejercer las competencias establecidas expresamente en la Constitución (art. 336). La Sala Constitucional, ante todo, está sujeta a la Constitución, y no puede “inventarse” competencias que la Constitución no establece, usurpando el poder constituyente.<sup>17</sup>

Y eso fue lo que hizo la Sala Constitucional, después de que había sido la propia Sala Constitucional la que había sucesivamente ahogado a la Asamblea Nacional, violando el deber que tenía de honrar los postulados de separación de poderes, de equilibrio entre los Poderes Públicos, de garantía de los derechos fundamentales y del orden constitucional, afectando gravemente el funcionamiento del Estado.

Sin embargo, insólitamente y con todo cinismo, la Sala Constitucional, para usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, lo que argumentó fue, como

---

<sup>17</sup> Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 179-182. Por ello, con razón, José Ignacio Hernández expresó que en este caso, la Sala Constitucional se “inventó” una competencia que no tiene, agregando que: “no hay en la Constitución ninguna norma que atribuya a la Sala Constitucional la competencia para aprobar el presupuesto. Todo lo contrario: la Constitución es clara cuando señala que el presupuesto se aprueba mediante Ley, y sólo la Asamblea Nacional puede dictar leyes.” Véase en “¿Qué significa que la Sala Constitucional y no la Asamblea Nacional apruebe el presupuesto 2017?,” en *Prodavinci*, Caracas, 12 de octubre de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-significa-que-la-sala-constitucional-y-no-la-asamblea-nacional-apruebe-el-presupuesto-2017/>

si nadie supiera lo que ha estado ocurriendo en el país por obra de la dictadura judicial<sup>18</sup> que ha impuesto, que:

“frente a la imperiosa necesidad de cumplir una fase del proceso de formación jurídica del presupuesto nacional, ante el deber de honrar los postulados de separación y equilibrio entre los poderes que conforman el Poder Público y con el propósito de mantener el funcionamiento del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y el orden constitucional, esta Sala, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, *declara que en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.*”

Es decir, la Sala Constitucional, en lugar de buscar la “solución constitucional” al problema que ella misma había originado, en la propia Constitución, reconociendo la representación popular de la Asamblea Nacional y las competencias que tiene, decidiendo que “en esta oportunidad,” en lugar de que el proyecto de Ley de Presupuesto se presentara por el Presidente ante la Asamblea Nacional, la cual incluso podía haberlo aprobado sin la participación en la votación de los diputados por el Estado Amazonas, simplemente, en lugar de ello, violando abiertamente la Constitución, lo que resolvió fue: *primero*, liberar inconstitucionalmente al Presidente de la República de su obligación de presentar el proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea Nacional; *segundo*, auto-atribuirse como Juez Constitucional, usurpando la potestad de la Asamblea Nacional, la competencia para discutir y aprobar el presupuesto nacional, ignorando así que sus competencias solo pueden ser

<sup>18</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de derecho*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2016; “La Corrupción del Estado de Derecho y la “Dictadura Judicial”, de Allan R. Brewer-Carías, pág. 4-9, disponible en:

<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea2/Content/I.%20I.%201127.%20Brewer.%20La%20corrupci%C3%B3n%20del%20Estado%20de%20derecho%20y%20la%20dictadura%20judicial%20.%20Guanajuato%202016.pdf>

las establecidas en la Constitución; *tercero*, cambiar la naturaleza constitucional del acto de aprobación del presupuesto que es única y exclusivamente mediante ley de la Asamblea Nacional, autorizando, al margen de la Constitución, que el Presupuesto para 2017 se adoptase mediante un decreto, que son los actos del Presidente de la República; y *cuanto*, también violando la Constitución, otorgar a dicho decreto, la jerarquía de decreto con “rango y fuerza de Ley”, es decir, de un decreto ley, cuando estos solo son los dictados mediante el ejercicio de competencias legislativas delegadas mediante Ley Habilitante (art. 2013), o los decretos de Estados de excepción que nunca pueden ser dictados usurpando competencias constitucionales de otros órganos del Poder Público.

El “fundamento” para asignarle al decreto *sui generis* e inconstitucional del Presidente contenido de la Ley de Presupuesto el rango y valor de ley que esgrimió la Sala Constitucional, fue el artículo 2.2 del Decreto N° 2.452, de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de Excepción que estableció entre las “medidas” que podía adoptar el Presidente, la siguiente:

“Decretar normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017, si por situaciones de hecho o impedimentos jurídicos resultare imposible tramitar el Presupuesto 2017 oportunamente, con el objeto de evitar daños irreparables al Patrimonio Público, a los venezolanos y venezolanas, así como garantizar el adecuado funcionamiento de los órganos y entes públicos.”

La norma invocada, por supuesto, era en sí misma inconstitucional, pues con ella se dejó abierta la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, se atribuyera a sí mismo la función de aprobación del presupuesto, ignorando que



un estado de excepción no puede significar, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, la interrupción del “funcionamiento de los órganos del Poder Público.”

La Sala continuó considerando que los “decretos” que el Presidente de la república dicte sucesivamente en “ejecución” de su propio decreto de excepción, son “actos normativos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, “lo que es falso, pues esa categoría solo la tiene el decreto de estado de excepción que es el sujeto a control político y judicial<sup>19</sup> y no los sucesivos decretos que se dicten con otras medidas que no se someten a dichos controles.

Es decir, los decretos que tienen rango y valor de ley, conforme al artículo 22 de la ley Orgánica de los Estados de excepción, son los decretos que declaren tales estados de excepción, y en forma alguna los decretos “en ejecución” del mismo como lo ha dispuesto la Sala Constitucional contrariando lo que la Constitución y la ley Orgánica de Estados de excepción establece. Es falso, por tanto como lo afirmó la Sala que el usurpador “decreto de ley de presupuesto” que autorizó a fuese dictado, “por su contenido, naturaleza y alcance, y, además, por ser un acto en ejercicio de la potestad contenida en el referido artículo 2.4 del Decreto N° 2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, de fecha 13 de septiembre de 2016, cuya constitucionalidad declaró la Sala en la sentencia objeto de “ampliación,” tendría igualmente “rango y fuerza de ley.”

---

<sup>19</sup> Véase Sentencia N° 07 de la Sala Constitucional del 11 de febrero de 2016, (Caso: Hernán Toro, Norcy Álvarez y otros), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

Luego de estas afirmaciones, la Sala pasó a referirse a los normas constitucionales de los artículos 311, 312, 314 y 315, que regulan el proceso presupuestario a través de la ley de Presupuesto, indicando que las mismas también “regirán tal decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” destacando en especial el artículo 313 de la Constitucional, que establece que:

“*Artículo 313.* La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.

La Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.

Con la presentación del marco plurianual del presupuesto, la ley especial de endeudamiento y el presupuesto anual, el Ejecutivo Nacional hará explícitos los objetivos de largo plazo para la política fiscal, y explicar cómo dichos objetivos serán logrados, de acuerdo con los principios de responsabilidad y equilibrio fiscal”.

Sin embargo, frente a esa norma constitucional, la Sala Constitucional, simplemente procedió a "suspender" sus efectos, respecto de lo que venía de decidir inconstitucionalmente, constatando que era “evidente” después de la inconstitucionalidad que venía de cometer, que lo decidido no se subsumía

“en ninguno de los supuestos señalados en esa norma, pues no se trata de que el Ejecutivo Nacional no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del lapso establecido legalmente, ni tampoco que el mismo fuere rechazado por ésta; casos en los que “*seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso*” (reconducción presupuestaria) y “*la Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.*”

En consecuencia, de la inconstitucionalidad cometida por la Sala Constitucional, la misma Sala concluyó que como en la Constitución no se previó el supuesto de que la propia Sala Constitucional paralizara a la Asamblea nacional y declarase nulos sus actos futuros, entonces ello, supuestamente:

“no acarrea en este caso la consecuencia de la reconducción presupuestaria ni, lógicamente, la posibilidad de que la Asamblea Nacional pueda alterar las partidas presupuestarias en momento alguno, no sólo por la comprensible ausencia de regulación de una actuación tan particular, sino porque la responsabilidad de la no presentación del proyecto de ley de presupuesto no es atribuible al Ejecutivo Nacional, como ya se evidenció, sino a la antijurídica actuación de la mayoría de diputados que actualmente conforman la Asamblea Nacional, los cuales han resuelto volver a desconocer el orden constitucional, como lo hicieron el 6 de enero del presente año, cuando incurrieron en el primer desacato, que cesó pocos días después por el reconocimiento y la decisión voluntaria de los mismos.”

Allí se olvidó la Sala mencionar, sin embargo, que en realidad, la verdadera razón para impedir que el Presidente presentase el proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea, no había sido el supuesto desacato de ésta de decisiones judiciales, sino las sentencias de la propia Sala declarando nulas y sin ningún valor todas las actuaciones pasadas y futuras de la Sala Constitucional.

La sala, sin embargo, ignorando esa realidad, procedió, sin más, a suspender los efectos de la propia Constitución, afirmando que lo expuesto en la misma no podía aplicarse para el ejercicio fiscal 2017 y como lo dice la Constitución, siguiera:

“vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso, sino que estará vigente el decreto de presupuesto nacional del Presidente de la República; el cual, como se indicó, deberá ser presentado a esta Sala Constitucional, dadas las circunstancias excepcionales ya descritas.”

Esta suspensión de la Constitución condujo finalmente a la Sala a disponer que el “decreto de presupuesto nacional” estaría por tanto sujeto “a las normas y principios que rigen la materia y *al control constitucional de esta Sala*, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución”; y que conforme a ello,

“la Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional, como medida de protección de la integridad constitucional, del funcionamiento del Estado y de los derechos fundamentales.”

De todo este desaguizado constitucional, la Sala insistió en reafirmar la “suspensión” de los efectos de la Constitución en la materia, al decidir que:

“actualmente el Presidente de la República está constitucionalmente relevado de presentar el presupuesto nacional ante la Asamblea Nacional, así como de cualquier otro pretendido control político que ejerza ese órgano legislativo, mientras dure el desacato que voluntariamente mantiene la mayoría de diputados que actualmente integran el mismo respecto del orden constitucional y, concretamente, de varias decisiones dictadas por este máximo tribunal de la República, que lo ubica al margen del orden constitucional y que pudiera generar responsabilidad tanto para los diputados en desacato como para quienes cohonesten o participen en ese desacato.”

Situación que además, como también lo decidió la Sala, duraría, “mientras dure la vigencia del decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” es decir, durante todo el año 2017, incluso “aun cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional,” en cuyo caso sus decisiones la Sala consideró hacia futuro, que

“carecerán de validez y existencia jurídica alguna, por ser extemporáneas, toda vez que, como ha podido apreciarse, existen normas jurídicas que establecen lapsos preclusivos respecto de esta materia regida por un instrumento jurídico temporal, pues está destinado a regir durante un año.”

Y así la Sala Constitucional declaró “resuelta la presente solicitud de ampliación de la sentencia No. 810 del 21 de septiembre de 2016”, procediendo a disponer que el “Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión,” lo cual el Presidente hizo efectivamente el día 14 de octubre de 2016 tal y como fue bien publicitado.<sup>20</sup>

## 5. El nuevo asalto a la constitución perpetrado por la Sala Constitucional y el chantaje iniciado por el Poder Ejecutivo Nacional en relación con las entidades políticas descentralizadas (Estados y Municipios).

Con esta decisión los venezolanos fuimos testigos de un nuevo “asalto a la Constitución,”<sup>21</sup> o un “golpe de Estado” que se ha dado “no sólo contra la institucionalidad legislativa, sino que además disuelve el Estado en su concepción democrática, porque inhabilita las funciones de un poder público electo por mayoría popular,”<sup>22</sup> con lo que materialmente se ha incinerado a la Asamblea Nacional.

---

<sup>20</sup> Véase notas de prensa del viernes 14 de octubre de 2016, en

<http://globovision.com/article/maduro-arriba-al-panteon-nacional> y

<http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/economia/presidente-maduro-firma-decreto-presupuesto-nacional-2017/>

El írrito decreto No. 2484 de la Ley de Presupuesto para Ejercicio Económico Financiero 2017 y el Endeudamiento de la nación, se publicó en Gaceta Oficial No. 6.265 Extra de 18 de octubre de 2016

<sup>21</sup> Véase Carlos Canache Mata, “Asalto a la Constitución,” 20 de octubre de 2016, en

<http://www.pedromogna.com/carlos-canache-mata-el-asalto-a-la-constitucion/>

<sup>22</sup> Véase Javier Antonio Vivas Santana, “¡Llegamos al Llegadero! Aporrea: El “autogolpe” de Maduro, *Aporrea.com*, 14 de octubre de 2016. El autor agregó que “es evidente que una decisión de este tipo, aunque traten de “adornarla” con aprobaciones de fantasía, genera sendas limitaciones al ejercicio democrático, por no decir que lo anula, porque el golpe no es sólo contra la Asamblea Nacional, sino es contra la pluralidad y el origen del voto. El golpe es contra la expresión popular como garante de los derechos políticos, que son la génesis de los actos políticos y administrativos del poder público.”

Tal como lo advirtieron los Colegios de Abogados del país:

“se centralizó en el Ejecutivo la elaboración y ejecución del presupuesto nacional sin posibilidad de control parlamentario; cuando tales competencias son exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, violentando con ello el Principio de Legalidad Presupuestaria que obliga al Presidente, de manera ineludible, a no realizar gasto que no haya sido previsto en Ley. La ejecución de un espurio presupuesto aprobado por la Sala Constitucional en estos términos, constituye una apropiación criminal de los fondos públicos.”<sup>23</sup>

De acuerdo con el artículo 312 de la Constitución “el Estado no puede reconocer obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la ley,” debiendo una “ley especial de endeudamiento anual ser presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto,” de manera que “las operaciones de crédito público requieren, para su validez, una ley especial que las autorice.” En consecuencia, sin la participación de la Asamblea Nacional, con una decisión como la dictada por la Sala Constitucional y con un viciado decreto de presupuesto y de endeudamiento público como el aprobado por la Sala Constitucional en sustitución de la Ley que debió sancionar la Asamblea, ninguna operación de crédito público se podrá hacer en el futuro, todos los pagos que realice el Ejecutivo son inconstitucionales e ilegítimos, y los funcionarios que los realicen están sujetos a las sanciones establecidas en la Ley Anti-Corrupción, no pudiendo reconocerse en ningún caso, las obligaciones contraídas por el Ejecutivo Nacional, que a estos efectos del presupuesto, no puede considerarse sino como un órganos ilegítimo.

---

<sup>23</sup> Véase “Gremio de abogados se declara en rebeldía ante decisiones inconstitucionales del TSJ, 15 de octubre de 2016, en <http://www.lapatilla.com/site/2016/10/15/gremio-de-abogados-se-declara-en-rebeldia-ante-decisiones-inconstitucionales-del-tsj-documento/>

El Ejecutivo Nacional, sin embargo, buscando en alguna forma tratar de “legitimar” la inconstitucionalidad cometida, lo que por supuesto era imposible, lo quiso hacer mediante un abierto y público chantaje político, pues no otra cosa fue lo que anunció públicamente quien ejerce la Presidencia de la República, al informar públicamente en declaraciones de prensa – por supuesto sin que mediara ningún acto ejecutivo formal que no podría dictar legalmente– que los órganos del Poder Nacional no aportaría los recursos financieros que conforme a la Constitución tienen derecho los Estados y Municipios, si los Gobernadores y Alcaldes de las respectivas entidades políticas no firmaren un “acuerdo de aceptación de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que avala que el Presupuesto 2017 no sea presentado ante la Asamblea Nacional (AN)” adoptaría “medidas excepcionales contra dichos gobernadores y alcaldes.”<sup>24</sup>

Con razón, los Alcaldes agrupados en la Asociación Nacional de Alcaldes expresaron con razón, después de dejar establecidas cuáles eran sus competencias constitucionales, y las del Poder nacional, que “la exigencia de nuestras firmas como señal de conformidad con la forma de aprobación del Presupuesto Nacional 2017, excede completamente nuestras funciones constitucionales y legales”, no teniendo ninguno de ellos competencia alguna “para con su firma validar o no el procedimiento utilizado,” correspondiéndoles en cambio liderizar el proceso de formulación de los presupuestos en cada uno de los municipios “mediante los proyectos de ordenanzas municipales

<sup>24</sup> Véase “Maduro amenazó a gobernadores y alcaldes que no avalen el Presupuesto 2017,” en El Nacional, Caracas 18 de octubre de 2016, en

[http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-gobernadores-alcaldes-sentencia-TSJ\\_0\\_941906041.html](http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-gobernadores-alcaldes-sentencia-TSJ_0_941906041.html)

contentivos de los presupuestos municipales que contemplan los ingresos derivados del situado constitucional conforme nos ha notificado la ONAPRE que fue incluido en el Presupuesto Nacional 2017.” Concluyeron los Alcaldes, con toda razón, en resumen, que:

“nunca antes se nos ha exigido que suscribamos o avalemos la Ley que contiene el Presupuesto Nacional. Hacerlo extralimita nuestras atribuciones y competencias porque pertenecemos a un poder público distinto al que tiene las competencias constitucionales para formular y aprobar el Presupuesto Nacional. Por estas razones no firmaremos el aval solicitado al Presupuesto Nacional 2017.”<sup>25</sup>

Pero para el régimen, en realidad, poco importa lo que diga la Constitución, la cual solo la invocan sus representantes cuando la están violando, o cuando de antemano buscan avalar sus actuaciones inconstitucionales, o cuando lo que requieren es cambiarla, mutarla o moldearla para adaptar su texto para satisfacer sus intereses políticos, usando para ello al Juez Constitucional, siempre dispuesto a complacer u a obedecer.

Londres, 21 de octubre de 2016

---

<sup>25</sup> Véase “Asociación de Alcaldes de Venezuela no firmará presupuesto 2017,” en *800 Noticias*, 21 de octubre de 2016, en

<http://800noticias.com/asociacion-de-alcaldes-de-venezuela-no-firmara-presupuesto-2017>

Sin embargo, algunos Alcaldes de oposición del Estado Zulia, según se informó en la prensa, se comprometen a “acatar la orden de la Presidencia de la República” y firmaron lo requerido aun cuando expresando que “la firma del mencionado documento no convalida por nuestra parte o avala la legalidad de los procedimientos y decisiones que llevaron a la aprobación del presupuesto nacional.” Véase en “Seis alcaldes opositores venezolanos firmaron presupuesto aprobado por Maduro,” en Agencia EFE, *el Nuevo Herald*, 21 de octubre de 2016, en <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article109737622.html>



## La Sala Constitucional y la innovación procesal: La ampliación de sentencias como medio para la (ilegítima) aprobación del presupuesto nacional

*Mauricio Rafael Pernía-Reyes\**

**Resumen:** El presente artículo comenta la sentencia número 814 del 11 de octubre de 2016, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual se procede a una ampliación de la sentencia número 810 de la misma sala, de fecha 21 de septiembre del año en curso, permitiendo aprobar, en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Presupuesto Público Nacional para el año 2017.

**Palabras clave:** Presupuesto Público, Sala Constitucional, Emergencia Económica, Inconstitucionalidad, Asamblea Nacional.

**Summary:** This article discusses the ruling No. 814 of October 11, 2016, issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Court by which we proceed to an extension of the judgment number 810 in the same room, dated September 21 of the year ongoing, allowing, in violation of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, approve the National Public Budget for 2017.

**Keywords:** Public Budget, Constitutional Chamber, Economic Emergency, Unconstitutional, National Assembly.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica del Táchira

## 1. INTRODUCCIÓN

La Asamblea Nacional que inició su período ordinario el 5 de enero de 2016, ha sido objeto de numerosas de decisiones, administrativas o judiciales, del resto de los órganos del Poder Público de rango constitucional que le han privado del ejercicio legítimo y necesario de sus funciones esenciales en democracia.

La integración parcial de los diputados electos en los comicios parlamentarios del 6 de diciembre de 2015<sup>1</sup>, la reducción de sus funciones de control político y de orden interno<sup>2</sup>, la anulación de las leyes sancionadas que cumplieron con el procedimiento constitucional exigido para ello<sup>3</sup>, la negación del derecho-obligación de legislar<sup>4</sup>, la negación al derecho a expresar opiniones políticas de interés nacional<sup>5</sup>, la nulidad total de sus actos por (supuesto) desacato y advertencia de enjuiciamiento a los diputados<sup>6</sup> e incluso, la usurpación de funciones por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>7</sup> es un representativo elenco de decisiones del juez constitucional que han supuesto el levantamiento de un cerco al parlamento

<sup>1</sup> Sentencia N. 260 del 30 de diciembre de 2015 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo. Véase en <http://www.tsj.gob.ve/en/decisiones#3>

<sup>2</sup> Sentencia No. 9 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 1º de marzo de 2016 Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>

<sup>3</sup> Sentencia N° 259 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 31 de marzo de 2016 Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279.HTML>

<sup>4</sup> Sentencia No. 341 de 5 de mayo de 2016, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187589-341-5516-2016-16-0396.HTML>

<sup>5</sup> Sentencia No. 478 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de mayo de 2016. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188339-478-14616-2016-16-0524.HTML>.

<sup>6</sup> Sentencia No. 808 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de septiembre de 2016. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>

<sup>7</sup> Sentencia No. 814 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de octubre de 2016. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

venezolano en contravención con la Constitución, a la que está llamada a defender de las violaciones que la lesionen y le hagan perder vigencia.<sup>8</sup>

Se propone el presente escrito realizar algunas consideraciones sobre la sentencia número 814 del 11 de octubre de 2016, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual se procede a una ampliación de la sentencia número 810 de la misma sala, de fecha 21 de septiembre del año en curso, permitiendo aprobar, en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Presupuesto Público Nacional para el año 2017 y que se traduce en una usurpación de funciones, como se tratará de aproximarse en las líneas siguientes.

Finalmente, con el propósito de una mejor expresión de las ideas, el presente estudio se dividirá en dos partes, a saber: de cómo el juez constitucional justifica la usurpación de funciones de la Asamblea Nacional (II), y; consideraciones finales (III).

## 2. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL JUSTIFICA LA USURPACIÓN DE FUNCIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

Como se pudo señalar antes, el juez constitucional venezolano en el 2016 ha proferido un conjunto de sentencias que impiden el ejercicio normal y legítimo de la Asamblea Nacional y que veces se ha puesto ese órgano jurisdiccional a sí mismo, en una condición de “Consultor Jurídico” del Eje-

---

<sup>8</sup> Tal y como lo expresó Hans Kelsen, al decir que ser defensor de la Constitución “(...) significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones”. Véase: Kelsen, H. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid, p. 291.

cutivo Nacional, en lugar de custodio de la Constitución y de su supremacía<sup>9</sup>, lo que se traduce en la acentuación de la desconstitucionalización del proceso político y legal venezolano, por lo que la dinámica del ejercicio del poder y la vigencia de la Constitución, trazan dos líneas paralelas en distinta dirección<sup>10</sup>.

En ese elenco de decisiones debemos destacar, a los fines de contextualizar el presente escrito, en *primer lugar*, la vigencia de la sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, según la cual, la Asamblea Nacional está impedida de adoptar decisiones válidas –en ejercicio de sus competencias constitucionales–, mientras “se mantenga el desacato” en relación con la sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante cautelar, suspende temporalmente la elección de los Diputados por el Estado Amazonas, electos y proclamados en diciembre de 2015, en razón de lo cual, según esta sentencia, las decisiones que adopte el parlamento venezolano, no tendrán ni validez ni eficacia jurídica, hasta tanto se desincorporen a los diputados del estado ya señalado “indebidamente” juramentados por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

---

<sup>9</sup> Así lo describe Brewer-Carías, Allan R: *La inconstitucional confusión e inversión de roles en el estado totalitario: el juez constitucional actuando como “consultor jurídico” dependiente del poder ejecutivo en la emisión de un “dictamen” sobre la “ley del 2014 del senado de los estados unidos para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil de Venezuela*. En: <http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Sala%20Constitucional.%20caso%20de%20la%20Ley%20usa%20sanciones%202014..pdf> [Consultado en octubre 20 de 2016].

<sup>10</sup> Véase Casal, Jesús María, La jurisdicción constitucional como mecanismo para el socavamiento del estado de Derecho, En, *En búsqueda del Estado de Derecho* (Coord. Úrsula Straka). Publicaciones UCAB, Caracas, 2015, p. 41.

En *segundo lugar*, la sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que declara y por segunda vez, en confrontación directa con la Constitución de 1999, la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016 sobre el Estado de Emergencia Económica -sobre el cual en su primera edición nos pronunciamos<sup>11</sup>- fue objeto, mediante escrito de 3 de octubre de 2016, de una solicitud de “ampliación” por parte del Presidente de la República “de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” de manera concordante con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para conocer su alcance y las tareas que puede adelantar el Ejecutivo Nacional, ante dos hechos creados o avalados por el propio juez constitucional, a saber; a) el desacato de la Asamblea Nacional, y; b) la vigencia de un Estado de Emergencia Económica.

Aun cuando escapa al propósito de este trabajo, debe decirse que la institución de la ampliación de las decisiones judiciales es de interpretación restrictiva, toda vez que debe prevalecer lo señalado en el mismo artículo 252 del Código de Procedimiento Civil según el cual, las sentencias definitivas o aquellas interlocutorias que pueden ser apeladas, el juez superior no puede revocarlas ni reformarlas. Por ello, el legislador expresamente establece en el señalado artículo del Código de Procedimiento Civil, que a solicitud de parte, el juez puede aclarar los aspectos dudosos, salvar las omisiones, rectificar cálculos números, errores de copia o referencias, ello dentro de los tres

---

<sup>11</sup> Véase Pernía-Reyes, Mauricio R.: *Análisis sobre constitucionalidad del Estado de Emergencia Económica*, en <https://supremainjusticia.org/>. Consúltese en: <https://supremainjusticia.org/2016/02/12/analisis-sobre-constitucionalidad-del-estado-de-emergencia-economica/> [Consultado en octubre 20 de 2016].

días siguientes de haberse dictado sentencia, siempre y cuando alguna de las partes lo solicite el mismo día en que es dictada o al siguiente.

Se advierte entonces que no resultan de las aclaraciones algún efecto aditivo capaz de resolver elementos o materias que no formaron parte del procedimiento, pues eso resultaría en una lesión a la garantía judicial del derecho a la defensa, contenido en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>12</sup>, y produciría una sentencia cuyo contenido no es el producto del debate judicial que permita la contradicción como elemento propio de la resolución judicial y de la potestad jurisdiccional<sup>13</sup>.

En atención a lo anterior, la solicitud del Presidente de la República que aquí se comenta y que da origen a la “aclaratoria”, tiene como propósito hacer producir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una decisión que permita la aprobación de una Ley de Presupuesto para el año 2017, ante la circunstancia (supuesta) de una Asamblea Nacional en desacato y la vigencia de un Decreto de Estado de Emergencia Económica. Sobre esta base, el juez constitucional construye, a través de considerandos y resoluciones, las razones que justifican la “aprobación” del presupuesto nacional.

<sup>12</sup> *Gaceta Oficial* N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999; reimpressa por error material en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000 y enmendada según *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N°5.908, del 19 de febrero de 2009.

<sup>13</sup> En este sentido se destaca lo señalado por Solís, Marcos: “(...) debe entenderse que la jurisdicción solo es posible ejercerla mediante el proceso, que nace cuando se conjugan dos poderes jurídicos de naturaleza constitucional: la acción de las partes y la jurisdicción del juez, de modo que el proceso viene a ser, de alguna manera, un nexo, **un vínculo o ligamen que se desarrolla y progresa hasta su fin, a manera de consecuencia o efecto tanto del ejercicio del poder jurídico de la acción como de la jurisdicción** (resaltado nuestro). En La Potestad jurisdiccional, una aproximación a la teoría general de la jurisdicción. Editorial Vadell Hermanos, Valencia, 2010, p. 50.

En este sentido, la *primera* violación a la Constitución de 1999 se evidencia al declararse competente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo que lesiona los artículos 135 y 137 constitucionales<sup>14</sup> y en consecuencia, todo acto producto de esta declaratoria parte de una usurpación de funciones, viciándolo de nulidad absoluta. La *segunda* violación consiste en la “creación” de un procedimiento para “aclarar” una sentencia que se constituye, ilegítimamente, en un modo de producir una decisión judicial sobre materias no contenidas ni ventiladas en la sentencia objeto de aclaratoria, lo que se traduce en una nueva sentencia, distinta a la que se pretende aclarar. Ello es así pues en el caso que nos ocupa, la solicitud del Presidente no versa sobre la constitucionalidad del renovado Estado de Emergencia Económico, del cual no había nada más que aclarar, sino de hechos que suponen al final del día, la usurpación de competencias exclusivas de la Asamblea Nacional, contenidas en los artículos 187.6, 311 y 313 de la Constitución.

Con ello se evidencia que, apartándose de la aclaratoria solicitada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “crea” un procedimiento de control innominado de constitucionalidad<sup>15</sup> que libera al Presidente de la República de su obligación constitucional de presentar al parlamento, para

---

<sup>14</sup> Puede verse en este sentido a: Brewer-Carías, Allan R.: La cremación de la Asamblea Nacional y la usurpación de sus funciones presupuestarias por parte del juez constitucional. En: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Cremaci%C3%B3n%20de%20la%20Asamblea%20Nacional%20y%20Usurpaci%C3%B3n%20de%20la%20Sala%20Constitucional.%20OCT.%202016.pdf> [Consultado en octubre 20 de 2016], y a Louza Laura, “El TSJ usurpa a la AN el control del presupuesto,” en *Acceso a la Justicia. El observatorio venezolano de la justicia*, Caracas 18 de octubre de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/el-tsj-usurpa-a-la-an-el-control-del-presupuesto/> [Consultado en octubre 20 de 2016].

<sup>15</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Ob. Cit.* p.14

su discusión y aprobación, el presupuesto nacional para el año 2017 y, además, en la misma línea de levantamiento de muro a la Asamblea Nacional, impide que el parlamento pueda revisar y modificar las partidas presupuestarias, negando el control que tal órgano constitucional ejerce sobre el gobierno y la Administración Pública.

Además de lo anterior, este nuevo evento contra la constitución realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene como corolario la amenaza a las gobernaciones y alcaldías de no liquidarles los recursos económicos para el año 2017, si sus gobernadores y alcaldes no suscriben tal documento que presentan como presupuesto nacional, lo que también se constituye en un nuevo desconocimiento de la descentralización en Venezuela.

Dicho lo anterior, y si se toma en consideración lo señalado por Valadés<sup>16</sup> para quien la “adecuación de la actividad estatal a la norma jurídica que rige su ámbito competencial es lo que caracteriza la vigencia del Estado de Derecho”, en el caso venezolano lo que se puede asegurar, juzgando el comportamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es que no es un Estado de Derecho la coordinada en la que se sitúa ahora mismo Venezuela, sin entrar a detallar lo correspondiente al Estado social de Derecho.

En este sentido, lo perturbador de lo señalado radica en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expone en la sentencia N° 814

<sup>16</sup> Véase Valadés, Diego, *El control del poder*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 153.



del 11 de octubre de 2016, que actúa con apremio, para “garantizar (...) el Estado de Derecho” y, en tal sentido, resulta útil indicar lo siguiente:

El “desacato voluntario” con el cual califica la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea Nacional, le permite “relevar” al Presidente de la República, no solo del deber de presentar para su discusión y aprobación el Presupuesto para el año 2017, sino de de todo tipo de control que legítimamente puede y debe hacer la Asamblea Nacional, haciendo una advertencia sobre la determinación de responsabilidades sobre los diputados que formen parte de este desacato.

En el marco de lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la base de exponer que es la máxima y última garante de la Constitución, señala que la falta de cumplimiento de los deberes constitucionales debe ser cubierta en forma definitiva y perentoria, mientras dure el Decreto con rango valor y Fuerza de Ley de Presupuesto Nacional de 2017. Expresa el juez constitucional que es “definitiva” en razón de que excluye por el tiempo de vigencia del Decreto-Ley de Presupuesto a la Asamblea Nacional de cualquier tipo de control pues, al decir de la sala, este sería extemporáneo, pues “(...) *existen normas jurídicas que establecen lapsos preclusivos respecto de esta materia regida por un instrumento jurídico temporal, pues está destinado a regir durante un año, dando certeza a la administración y a los administrados de cuál será el contenido y alcance del presupuesto nacional (...)*”.

Sobre la base de la vigencia del Decreto de Estado de Emergencia, renovado en septiembre de 2016, se habilita al Presidente de la República presentar el presupuesto, bajo la figura de Decreto-Ley, sobre el cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ejercerá el “control” según lo referido en el “Texto Fundamental”. Es oportuno cuestionarse si este control al que se señala, ¿tiene el alcance para solicitar información financiera o económica del Ejecutivo Nacional y conocer la veracidad del mismo? y, de hacerlo ¿cuenta con la técnica, personal y plazos para hacerlo? La respuesta más ajustada a la Constitución es que no cuenta con ninguna de las dos facultades, ni para requerir información ni para valorarla y, por tanto, para arrogarse una atribución de la cual carece y ninguna interpretación avala.

Por ello ¿puede subsistir en el ordenamiento jurídico una sentencia nueva, como la N° 814 del 11 de octubre de 2016, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que no constituye una aclaratoria, sino una nueva sentencia, cuyo contenido no está en correspondencia con la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 –que pretende aclarar-, sino que expone a los venezolanos a desenvolverse bajo un presupuesto nacional no aprobado de acuerdo con la Constitución? La respuesta más razonable es que, aun con todas las sentencias que seguramente ratifiquen este proceder, lo cierto es que todos los gastos que se imputen a las aparentes partidas presupuestarias del año 2017, carecen de valor y, como suele señalar la mencionada sala, acarrea responsabilidad a quienes la ejecuten.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

Para la Asamblea Nacional que inicia sus funciones el 05 de enero de 2016, le ha correspondido ser protagonista forzosa de la desconstitucionalización del país y, con ello, la reducción a su mínima expresión de la voluntad popular expresada el 6 de diciembre de 2015, en lesión directa al artículo 5 Constitucional.

Un presupuesto aprobado en tales circunstancias compromete severamente la vigencia de la Constitución y que se materializa en la negación de las atribuciones constitucionales del parlamento, como garantía de control político que da sentido a la separación de funciones de los órganos del poder público y es la garantía ciudadana de una buena administración, como una obligación que nace del artículo 141 de la Carta Magna.

Resulta pasmoso presenciar cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no le basta con involucrar a sus representantes y la clase política dirigente del Ejecutivo Nacional, sino a todos los ciudadanos toda vez que, con un Estado cuya Administración Pública, controla la mayoría de las actividades de la sociedad, desde la primera industria nacional, como la petrolera, hasta las importaciones de todo tipo, banca y finanzas, telecomunicaciones, vivienda, alimentación, obras públicas, sueldos y salarios de empleados públicos, pensiones, pago y administración de tributos entre las numerosísimas tareas de nuestro aparato estatal que se soportará sobre un presupuesto que no está aprobado por quien el constituyente designó para ello, sino por el contrario, en uso de un malentendido “poder constituyente

vigente”, por quien está llamado a proteger la vigencia de la Norma Fundamental.

Asistimos entonces, en esta ocasión, a un capítulo más de las arbitrariedades de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, en concierto con otros órganos del Poder Público Nacional, revelan un comportamiento que la pone al margen de la Constitución y de los valores allí consagrados, impidiéndose y apartándose a sí misma de ejercer su rol de custodio de la Ley Fundamental.

## Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: Parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário

*Emerson Affonso da Costa Moura\**

Constitution jurisdiction, fundamental rights and democratic principle:  
Standards for action of judicial power in promotion of constitutional values in respect of majority principle

**RESUMO:** Os limites da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais diante do princípio democrático é o tema posto em debate. Analisa-se na tensão entre constitucionalismo e democracia, em que medida é possível delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção dos bens e valores constitucionais, bem como, ser pressuposto ao processo democrático, sem que importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos. Para tanto, no primeiro capítulo, correlaciona-se a jurisdição constitucional e o dever de promoção dos direitos fundamentais, de maneira a delimitar a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias. Após verifica-se a forma de atuação ativista do Poder Judiciário na garantia dos direitos do homem de forma a extrair os seus limites diante do princípio democrático. Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de

---

\* Professor Assistente I da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

permitir a promoção dos direitos fundamentais e garantir os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Jurisdição Constitucional; Direitos Fundamentais; Princípio Democrático; Ativismo Judicial; Parâmetros.

**ABSTRACT:** The limits of constitutional jurisdiction in the concretion of fundamental rights on the democratic principle is the theme put into discussion. It analyzes in the tension between constitutionalism and democracy, what extent it is possible to define a constitutional court playing field can ensure the promotion of constitutional goods and values, as well as be assuming the democratic process, without regard to breaching the principle majority and the legitimate field of action of other public authorities. For this goal, in the first chapter, it correlates the constitutional jurisdiction and the duty to promote fundamental rights, in order to delimit the against majority function performed by the constitutional court in the protection of minority rights. After there is a form of activist role of the judiciary in ensuring human rights in order to extract its limits on the democratic principle. Finally, it is proposed the use of standards that would permit the promotion of fundamental rights and ensure the conditions necessary for democratic deliberation, without regard to occupation in the political decision-making spaces.

**KEYWORDS:** Constitutional jurisdiction; Fundamental rights; Democratic principle; Judicial activism; Parameters.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o fim da ditadura militar, a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil é marcado pela consagração na Constituição Federal de 1988 de um amplo sistema de proteção dos direitos do homem com epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no catálogo aberto de direitos fundamentais, bem como, de expansão da jurisdição constitucional, com reforço dos legitimados e mecanismos de deflagração.

A adoção de um texto constitucional analítico, com a inclusão de diversas matérias na lei fundamental e, portanto, a sua subtração da política ordinária, a previsão da cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional na apreciação de lesão ou ameaça de Direito, aliada ao crescente déficit de representação das instâncias democráticas, conduziram ao reforço da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Na última quadra histórica, as principais questões políticas e sociais relevantes, inclusive, relativas a promoção dos direitos fundamentais, que encontram como legítimo espaço de deliberação pública, o âmbito da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, foram objeto de judicialização tendo sido decididas em última instância pela corte constitucional.

Embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, em um Estado com baixos índices de desenvolvimento humano e social, represente uma força motriz para a concretização dos direitos fundamentais e assim ao próprio processo democrático, em um Estado Democrático de Direito há limites normativos e políticos, a serem observados no exercício da jurisdição constitucional.

Os limites textuais e substanciais da norma constitucional<sup>1</sup>, a existência de excessos<sup>2</sup> ou exercício de preferências políticas<sup>3</sup> nas decisões políticas, bem como, a fuga do exercício da cidadania do poder político do âmbito das searas democráticas, são questões que tornam necessária a delimitação de contornos à atuação do Poder Judiciário na promoção dos Direitos Fundamentais.

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*, busca o presente trabalho delimitar parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais, de forma a garantir a proteção e promoção dos referidos direitos do homem, mas em respeito ao princípio democrático e como garantia dos pressupostos necessários para o processo democrático<sup>4</sup>.

Pretende-se delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção das referidas normas constitucionais, permitindo a concretização dos direitos fundamentais enquanto essenciais a uma vida digna e pressupostos ao próprio processo democrático, sem que

<sup>1</sup> É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando à falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, desigualdade e falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo, podem conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, p. 260 maio-jul. 1994.

<sup>2</sup> Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

<sup>3</sup> Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazido pelo constituinte, vide: SARMENTO, Daniel. *O Neconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 133

<sup>4</sup> Neste tocante, o controle judicial sobre os atos dos demais poderes advindos da deliberação da maioria se mostra instrumento eficaz para garantir que os direitos fundamentais que são pré-requisitos de legitimidade da atuação desses poderes não sejam violados. Um arranjo onde há legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos membros da corte pelo Executivo é um modelo eficiente para reduzir a injustiça política a longo prazo. Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.



importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisa-se o papel da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988 e o modelo teórico vigente, de maneira a extrair, o dever de promoção dos direitos fundamentais e, portanto, a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias em face do princípio majoritário.

Após verifica-se a forma de atuação o Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, de forma a delimitar junto ao papel de autocontenção e deferência as instâncias políticas, o papel criativo de interpretação da norma constitucional, apontando, todavia, os seus limites diante do princípio majoritário, sob pena de subtração do espaço legítimo de atuação ou não das instâncias democráticas.

Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de auxiliar no debate, para que a atuação da jurisdição constitucional garanta a proteção e promoção dos direitos fundamentais e os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos, auxiliando no equilíbrio entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Constitucional com primazia dos autores nacionais, utilizando-se quando necessária, a análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida corte.

## 2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL CONTRA MAJORITÁRIO

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela a seara do Poder Judiciário<sup>5</sup>.

Isto porque, com a expansão da jurisdição constitucional garante-se a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como, atos dos demais poderes, mediante atuação das cortes constitucionais, determinado o respeito e proteção aos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Essa ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de juridicização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas e limita o poder à conformação as escolhas fundamentais da sociedade<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

<sup>6</sup> No Brasil amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

<sup>7</sup> Como ilustrações têm-se os temas conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pes-

O Poder Judiciário passa a assumir um novo papel, não apenas de proteção dos direitos fundamentais contra ações do Estado, mas de promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos, com a exigência de prestações dos poderes públicos que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça, resulta na *judicialização das questões políticas e sociais e ascensão político-institucional* do Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Isto porque, aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição e a crescente demanda da sociedade por justiça, fazem com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, o conhecimento da demanda pelo Poder Judiciário é inevitável.

Por outro lado, a recuperação das liberdades democráticas após a ditadura e das garantias da magistratura, aliada a crise de legitimidade dos poderes públicos, faz com que o Poder Judiciário exerça o papel de controle jurídico das decisões política buscando adequá-las às opções fundamentais da sociedade na Constituição, o que importa em um protagonismo judicial<sup>9</sup>.

Aliado fenômeno, tem-se a reelaboração da interpretação constitucional com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas

---

quisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

<sup>8</sup> Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Ob. cit. p. 122.

<sup>9</sup> O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3.

dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis e o intérprete sendo um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito<sup>10</sup>.

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses onde há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo mediante concessões recíprocas a preservação dos bens e interesses em jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e a concordância prática<sup>11</sup>.

Reforça-se, portanto, com a Constituição Federal de 1988 e a reformulação da interpretação judicial, o papel contramajoritário da corte constitucional, de ordenação e conformação da realidade político-social vigente à concretização dos bens e interesses fundamentais eleitos pela sociedade em sua lei fundamental, dentre os quais, a proteção e promoção dos direitos do homem.

O Estado Democrático de Direito não se esgota no princípio democrático e governo da maioria, mas abrange outros princípios e valores, além, do respeito a pluralidade e as minorias, cabendo ao Poder Judiciário preser-

<sup>10</sup> Altera-se o papel do Poder Judiciário que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*... Ob. cit. p. 18.

<sup>11</sup> O emprego da técnica legislativa de *conceitos jurídicos indeterminados* dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos *princípios* com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários a sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em especial capítulo III.

var diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Isto não significa que a atuação contramajoritária da corte constitucional seja ilimitada na promoção dos valores e bens tutelados pela Constituição, mas que atua com restrições, como a necessária proteção ao processo democrático e a estabilidade institucional na resolução dos conflitos entre os poderes públicos e os cidadãos.

Portanto, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas, também, protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade, de violações advindas de processos majoritários de deliberação<sup>13</sup>, buscando na tensão entre constitucionalismo e democracia, a justa medida que permita a realização da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem no controle de constitucionalidade, exercido um papel de evidência no controle dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais, em especial, no que se refere ao respeito e a concretização dos direitos fundamentais.

O tema será tratado a seguir.

---

<sup>12</sup> Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 382-91.

<sup>13</sup> Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25-32.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduz ao Poder Judiciário, as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional, esse exercício do controle das questões políticas e sociais que caberiam precipuamente a deliberação política dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura *autocontida* - de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Neste sentido, corresponde ao ativismo judicial, portanto, a atuação intensa e ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

Sua origem é apontada como no início do século XX com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>15</sup> e na década de 1950 do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano<sup>16</sup> com a tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da ADPF 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na proteção dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora permitindo a legitimidade para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford* em 1857) e invalidação de leis sociais (*Lockner v. New York* em 1905), porém, no período de 1953 e 1969 sob a presidência de Earl Warren foram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação a segregação racial nas escolas públicas (*Brown vs. Board of Education* em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* em 1965) entre outras. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144 e seguintes.

<sup>16</sup> Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009. p. 28

<sup>17</sup> Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) inexistente regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como, não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta ao tratar de homem e mulher buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal com fundamento na dignidade da pessoa humana aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ, p. 155 e ss. n. 27.

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

É o verificado no caso da ADIN 3685 onde Emenda Constitucional 52 que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, que embora não fosse cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.<sup>18</sup>

Por fim, compreende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial, mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais.

É o que foi decidido na ADPF 45/DF onde o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde e o Supremo Tribunal Federal entendeu que embora haja espaço de conformação legislativa e discri-

---

<sup>18</sup> Neste caso da verticalização (ADIn 3685) o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando a norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.



cionabilidade administrativa elas não podem ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.<sup>19</sup>

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo<sup>20</sup>, a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor<sup>21</sup> e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse<sup>22</sup>, conduz a um distanciamento entre representante e representando promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização

<sup>19</sup> O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, que não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

<sup>20</sup> Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

<sup>21</sup> Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

<sup>22</sup> A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas<sup>23</sup>.

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e margem de discricionariedade do Judiciário<sup>24</sup>.

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliado a instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõe a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais, pela concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>23</sup> O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

<sup>24</sup> A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87.

Isso exerce, demasiada importância, no que tange aos direitos fundamentais onde há um dever de proteção e promoção pelos poderes públicos, com o oferecimento das prestações necessárias à sua fruição e na sua ausência impõe a tutela pelo Poder Judiciário com o respectivo controle dos atos, porém, não é exercido de forma ilimitada.

O Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.<sup>25</sup>

Há princípios sensíveis à democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário, mas também, há princípios insensíveis ao princípio majoritário, questões relativas a própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial<sup>26</sup>.

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*, entre o papel de *ativismo* da corte constitucional na proteção e promoção dos direitos fundamentais e valores constitucionais e na *autocontenção* do Poder Judiciário em deferência as deliberações políticas majoritárias deve-se buscar parâmetros que permitam a atuação legítima deste poder público.

O tema será tratado a seguir.

---

<sup>25</sup> Sarmiento, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: \_\_\_\_\_; Souza Neto, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald. Ob. cit., p. 129 e 224.

#### 4. PARÂMETROS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão<sup>27</sup> – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria<sup>28</sup> – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe a Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive, com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático<sup>29</sup>.

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens es-

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

<sup>28</sup> Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

<sup>29</sup> A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

senciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.<sup>30</sup>

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, a lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem<sup>31</sup>.

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional<sup>32</sup> que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. 2 ed.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. P. 382-91.

<sup>31</sup> A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008. e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

<sup>32</sup> Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria. HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 166.

<sup>33</sup> De forma que a vontade da maioria momentânea - do poder governante - não se sobreponha sobre a vontade

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que violem ou não os concretize, sem que isto, necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque, nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de idéias e de informações, isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas<sup>34</sup>.

Assim, a construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos na participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir a legitimidade e correição ao próprio processo democrático.

Envolve, portanto, a realização de um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser concretizado pelo Poder Judiciário, que seja capaz de preservar não apenas as condições mínimas para uma existência humana

---

de da maioria permanente – do poder constituinte originária. VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

<sup>34</sup> Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80.

digna, mas de garantir também os pressupostos materiais necessários para uma efetiva participação democrática.

Assim, não se restringe ao mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade<sup>3536</sup>, mas envolve pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irreduzível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Isto importa, na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública<sup>37</sup> e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático<sup>38</sup>.

Cabe, portanto, a Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias a concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, bem como,

<sup>35</sup> Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

<sup>36</sup> É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência que correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual, dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267.

<sup>37</sup> Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

<sup>38</sup> A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

o próprio princípio democrático pela garantia das condições mínimas em que irá ocorrer a deliberação política.

Porém, lembre-se que a delimitação dos direitos fundamentais, com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos embora sujeitos a intenso desacordo, podem ser definidos a rigor<sup>39</sup> no âmbito da democracia majoritária, porém, sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade e igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais, através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *morais* - de ter sua concepção de bem e de justiça - e as faculdades de *razão* - de juízo e de pensamento<sup>40</sup>.

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição garantindo o contexto pluralístico da sociedade e a inserção de todos no processo democrático<sup>41</sup>.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam serem decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas

<sup>39</sup> Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. Cit. Cap. 13.

<sup>40</sup> RAWLS, John. Op. cit. p. 277 e p. 365-380

<sup>41</sup> Como por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas à preconceito (Art. 140 §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral - outras formas de sexualidade - pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.



dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade<sup>42</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Carta Magna de 1988 firma-se os pilares de um constitucionalismo compromissado no campo social com a proteção e promoção dos direitos fundamentais e no espaço político com o respeito e desenvolvimento do princípio democrático, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, reforçou a Constituição Federal o papel do Poder Judiciário, através da ampliação das ações constitucionais, a previsão de garantias dos seus membros e a consagração da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional e constitucionalização-inclusão com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

No exercício, portanto, da função contramajoritária de promoção dos direitos fundamentais e majoritária de proteção dos direitos das maiorias, caberá ao Poder Judiciário se mover entre a postura *autocontida* de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos ou *ativista* de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda prestações positivas e negativas pelo poder público, ao qual diante das omissões e

---

<sup>42</sup> Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo quando a Corte decidiu fixar o momento que começa a vida, impondo uma escolha moral, sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

ações do poderes públicos, importará na atuação contramajoritária da corte constitucional, adequando a conformação legislativa ou discricionariedade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário de Guardião da Constituição e, portanto, de proteção dos direitos fundamentais contra as deliberações majoritárias e omissões inconstitucionais, não significa reconhecer que a corte constitucional atuará no espaço legítimo de decisão política dos demais poderes.

Por esta razão, propõe-se que na proteção dos direitos fundamentais, cabe a corte constitucional impor aos poderes constituídos o respeito a tais direitos subjetivos, porém, sem determinar uma concepção moral diante do pluralismo de concepções na sociedade, a saber, permitindo que as minorias tenham o direito de serem respeitadas as suas concepções morais no processo democrático.

No que se refere, à promoção dos direitos fundamentais, significa determinar a garantia da adjudicação dos bens e prestações necessárias com limites à realização de uma existência digna e necessárias à um contexto livre, informado e aberto de deliberação pública em um contexto de democracia material, porém, sem delimitar o conteúdo das políticas públicas.

É inevitável observar que em alguns julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acaba com fins de proteção dos direitos fundamentais, em especial, nas questões onde há desacordo moral, escolhendo uma opção moral sob as outras, como no julgamento da interrupção da gestação do feto

anencéfalo quando fixou o momento de início da vida, embora nem a ciência, filosofia ou moral tenham consenso.

Verifica-se, ainda, que em outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal têm a título de *promoção* dos direitos fundamentais, se imiscuindo no planejamento ou execução de políticas públicas, impondo escolhas, como no âmbito do controle difuso oferecendo tratamentos médicos no exterior ou medicamentos importados, decisões no âmbito da discricionariedade administrativa e conformação legislativa.

Tais decisões denotam a importância de fixar limites ao exercício da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais: *nem tanto ao mar*, deixando a concretização dos preceitos constitucionais de forma livre aos poderes constituídos, mas também *nem tanto a terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos in: Temas de direito constitucional. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil* in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ. n. 27.

BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000,

CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

GARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia: O Guardião de Promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.

MORAIS, Blanco de. *Justiça constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008.

REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev atual e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.

VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

## La democracia en el Estado constitucional de derecho

*Armando Luis Blanco Guzmán\**

### 1. Introducción

Uno de los temas fundamentales de la civilización occidental es la preocupación por los asuntos del Estado, pues como sostiene Häberle (citado por Betegón. 2004. 12), vivimos en una sociedad abierta de intérpretes constitucionales que le ha quitado a los operadores jurídicos el monopolio sobre esos asuntos y maneja las instituciones político/jurídicas de forma generalizada.

Tal como afirmó Hauriou (1971, 73), ello se debe a que Europa (occidente) recogió a finales de la Edad Media la creencia Helénica de que la sociedad es una organización racional que analiza permanentemente la coexistencia entre el poder y la libertad. En otras palabras, Grecia fue el germinadero de una serie de ideas, según las cuales, las sociedades no deben estar sometidas al señorío de un individuo o de un grupo de individuos que encuadran los fenómenos sociales a su antojo, sino que todos los ciudadanos tenemos la capacidad de participar del dialogo jurídico-político y por tanto, de construir un orden social por concurrencia (García de Enterría, 1994, 21).

Por ello, son habituales los análisis que se desarrollan sobre temas como la democracia y en ese contexto, se puede observar como, por una parte, hay

---

\* Profesor de Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Monteávila y Universidad Central de Venezuela

quienes reivindican la tesis de Sartori (1990. 19), según la cual, la democracia se agota en el proceso electoral y por tanto, basta que los gobernantes hayan sido elegidos en procesos comiciales para que estemos en presencia de un régimen democrático. Pero de igual modo, observamos con frecuencia, como se denuncia que nuestros países enfrentan un déficit democrático y que incluso, el valor democrático se ha desvirtuado a niveles donde ya no es posible hablar de democracia en todo el sentido de la institución, sino de regímenes de democracia formal o democraduras.

Siendo ello así, resulta de especial interés abordar el tema de la democracia, como valor fundamental del Estado constitucional y con ello, determinar su alcance y de igual modo, sus elementos constitutivos.

### **I.- La democracia como elemento esencial del Estado constitucional de derecho**

El Estado constitucional es un *supra* concepto, es decir, una institución jurídica que se encuentra integrada por una diversidad de principios que deben ser observados como su mínimo común denominador, esto es, como aquellos componentes estructurales sin los cuales no estamos en presencia de esta forma de Estado. Pero al mismo tiempo, es un concepto axiológico, ya que como afirma Lösing (2005, 57) es una institución “funcional, donde no basta el mero reconocimiento constitucional de las instituciones que lo componen, sino que éstas deben tener vigencia real”. En otras palabras, deben funcionar.



En efecto, el Estado constitucional tiene un contenido dogmático, es decir, “una serie de principios esenciales, innegociables e indiscutibles” (Casal, 2004, 28), que están concebidos para la salvaguarda de las personas y sus bienes, y que como tales, deben ser constatados en la *praxis*, pues como afirmó Bielsa (1943, 154), su vocación es utilitaria o funcional y “si no se aplican, equivaldrían a un medicamento que, no obstante su virtud, no se suministra al que lo necesita para defender su salud”.

Se trata de un Estado que se organiza y actúa conforme a unos principios “supraconstitucionales” (Figueroa, 2003, 26) que están concebidos para robustecer los derechos fundamentales.

En palabras de Souza (2001, 170), es una forma de Estado que se opone al modelo paleopositivista, en el cual, se puede hacer un uso instrumental del derecho para establecer cualquier clase de régimen autoritario que favorezca los intereses particulares de los gobernantes. Verbigracia, legitimando pretensiones de perpetuidad en el poder o el ejercicio omnímodo del mismo.

Constituye así, la decisiva superación del “positivismo jurídico” (Garrido, 1980, 19), caracterizado por dar cabida a cualquier tipo de norma jurídica, independientemente de que su contenido pueda resultar lesivo de los derechos humanos o que permita una involución jurídico-política que dé lugar al establecimiento de Estados absolutistas.

Por ende, es a su vez, una garantía contra aquello que Radbruch (citado por Hassemer, 2005, 34) denomina “injusticia legal (*nicht-recht=unrecht*)”, es decir, aquella legislación en la cual el derecho se puede reducir a un sistema

de dominación mediante el instrumento de la ley (por ejemplo, concentrando todo el poder en una persona y limitando simplemente su forma de actuación pero no su contenido).

Hassemer (2005, 60), lo explica del siguiente modo, el Estado de derecho puede darse en un “ambiente maquiavélico de dominación a través de la ley. Sin embargo, un Estado así no cumple, ni con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho formal”. Entonces, como quiera que desde el punto de vista meramente formal, el nazismo, el fascismo y el marxismo (entre otros), constituyen Estados de derecho (ya que, como todo Estado, se crean, organizan y funcionan en torno a un ordenamiento jurídico), la doctrina constitucional moderna plantea que el Estado constitucional presupone la consagración de unos principios sustanciales que determinan la axiología de los órganos del Poder Público en favor de los derechos humanos.

Entonces, el Estado constitucional presenta como dos de sus rasgos esenciales: su finalidad humanista y que para lograr su cometido, reconoce un plano superior de juridicidad que se plasma en la Constitución y que por tanto, integra su parte dogmática (la Constitución tiene una estructura compuesta por el preámbulo, que en términos de Duque (2007), es el propósito del pacto político; luego su parte orgánica que como afirma Verdú, es el aparato del Estado, es decir, su estructura organizativa o la arquitectura de las figuras subjetivas y sus funciones; y finalmente, su parte dogmática, que es aquel conjunto de principios jurídicos que inspiran al Texto Fundamental. En términos de Bidart Campos (1983) la confesionalidad del Estado).

Sin menoscabo del principio de progresividad y por ende, de reconocer que el Estado constitucional no es un “concepto pétreo” (Hassemer, 2005, 57), sino una institución perfectible, que evoluciona y que por tanto, puede incorporar nuevos elementos integrantes, en la medida en que éstos coadyuvan en su función garantista de los derechos humanos, puede afirmarse que esta forma de Estado presupone, cuando menos: a) el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución; b) actuación conforme al principio de vinculación positiva a la ley o en otras palabras, sujeción a juridicidad; c) organización y funcionamiento conforme al principio de división de poderes; d) sometimiento a mecanismos de control sobre su actuación; e) vigencia del principio de responsabilidad del Poder Público; f) reconocimiento de la clausula social del Estado; g) se estructura a la luz del principio de descentralización, como una garantía de eficiencia en el funcionamiento del Estado; g) y finalmente, pero no por ello menos importante, actúa bajo los parámetros del principio democrático.

## II.- Aproximación a la idea de democracia

Señalaba el maestro García-Pelayo (1951. 321), que la democracia nació como la antítesis del sistema de privilegios de *l'ancien régime*, para erigirse como una forma de gobierno donde la voluntad y la actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a él. Es decir, que es el modelo político donde el poder del Estado está constituido y dirigido por el pueblo.

Se trata así, de un principio fundamental del Estado constitucional que se erige como una manifestación de confianza en los individuos y en su capacidad de auto determinarse y con ello, de crear, organizar y dirigir la actuación del Estado.

De allí, que Araujo Rentería (1999. 3), se refiera a la democracia como “una forma de gobierno en la cual el pueblo detenta el poder político” y por tanto, lo ejerce en su beneficio, a través de la adopción y ejecución de las medidas requeridas para la satisfacción de sus intereses.

En términos similares se manifiesta Naranjo Díaz (1996. 85), señalando que es un modelo político, en el cual, la acción de gobierno la ejerce el pueblo en su beneficio propio, y por tanto, en pro del mayor bienestar posible para cada uno de sus integrantes.

En otras palabras, es el sistema de gobierno donde el pueblo tiene la capacidad de adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad (Pizzorusso, 1984, 23).

Por tanto, es el principio fundamental del Estado constitucional, según el cual, el pueblo detenta el Poder Político para determinar la forma, la organización y el funcionamiento Estado y con ello, encauzarlo hacia la satisfacción de sus necesidades.

### III.- Elementos del principio democrático

Tal como ocurre con el Estado constitucional, la democracia es un *supra* concepto y en consecuencia, presupone una serie de elementos esenciales que la integran. Siendo ello así, analicemos cuáles son esos elementos:

III.I En primer lugar, la participación ciudadana en los asuntos del Estado, es decir, que el pueblo políticamente hábil ejerza sus derechos políticos y se manifieste activamente a través de los distintos mecanismos que reconoce el ordenamiento para garantizar el protagonismo de cada ciudadano en los asuntos públicos.

Tal como señala Combellas (2001), la participación, es al mismo tiempo, un derecho y un deber que en las democracias modernas se ejerce en las siguientes condiciones:

III.I.I Para empezar, de manera libre, es decir, conforme a nuestro propio criterio y en consecuencia, en ejercicio de la facultad de autodeterminación y con ella, de la opinión particular que tenemos sobre los asuntos del Estado.

En otros términos, el derecho a la participación se enmarca dentro de la libertad de conciencia y responde a las ideas y convicciones propias, con lo cual, constituye una garantía frente a la coacción de terceros en el desarrollo nuestro derecho a la participación.

III.I.II Precisamente como una garantía de la participación libre en los asuntos del Estado, se consagra el secreto del voto, pues sin éste, los ciudadanos

se encontrarían expuestos a eventuales intimidaciones o represalias a consecuencia de sus posiciones políticas.

En efecto, el derecho a la confidencialidad del voto, es un parámetro fundamental de la democracia, pues sobre él descansa la libre elección de los ciudadanos en los asuntos públicos.

III.I.III Seguidamente, la participación debe garantizarse en condiciones de universalidad, es decir, que todo ciudadano debe gozar del derecho a intervenir en los asuntos del Estado, pues tal como afirmó Hauriou (1971. 67), si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales y en consecuencia, tienen el mismo derecho a participar de la cosa pública.

III.I.IV En consecuencia, la universalidad del derecho a la participación es, por una parte, un efecto del derecho a la libertad y por otra parte, la base sobre la cual se reconoce el principio de igualdad en la intervención de los asuntos públicos, según la cual, todos los ciudadanos participamos en las mismas condiciones y por ende, sin discriminaciones y sin que puedan establecerse privilegios o posiciones de dominio sobre otros actores políticos.

Ciertamente, la universalidad del derecho a la participación política apareja su ejercicio igualitario y por tanto, la interdicción de cualquier actividad que implique reconocerle a un actor político una posición preferente sobre otros actores, para facilitarle el acceso al poder, garantizar su permanencia en el mismo y en general, obstaculizar su salida, permitiendo el ejercicio de maniobras caudillistas o autoritarias.

Justamente, en torno a la igualdad del derecho político a la participación, es que Bobbio acuñó su famosa frase “la igualdad, es el fantasma que quita el sueño a los poderosos”.

III.I.V Luego, la participación política debe ser directa, es decir, que los derechos políticos se ejercen de manera inmediata y no a través de la intervención de un tercero que se atribuye el derecho a actuar en nuestro nombre.

Significa entonces, que el carácter directo del derecho a la participación implica que nuestras posiciones políticas pueden ser expresadas en condiciones de igualdad y sin la mediación de otras personas.

III.I.VI Por otra parte, el derecho a la participación también debe ejercerse conforme al principio de racionalidad, según la cual, la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos debe responder a un juicio lógico y no a una conducta pasional. Así lo afirmó Hauriou (1971, 73), al señalar que la democracia es una organización racional y por ende, el ejercicio democrático debe estar determinado por la cordura y el sano juicio. En ningún caso, por parámetros irracionales como el carisma, la simpatía, la amistad y en general, cualquier otra conducta similar.

En efecto, la participación política no debe ser volitiva, es decir, no debemos actuar motivados por la estima, la devoción o la fe que le tenemos a un individuo o a un proyecto político, pues como se verá *infra*, la democracia está concebida para funcionar y por ende, no participamos en los asuntos políticos para demostrar empatía ni solidaridad con los actores políticos, sino para elegir aquel que, según nuestro criterio, presente las mejores condi-

ciones objetivas para satisfacer nuestras expectativas sobre la actuación del Estado.

En otras palabras, participamos conforme a nuestras ideas políticas y no por lo que sentimos (volitivamente) por un candidato en particular. En otros términos, no se participa en política para elegir una pareja o un amigo y por tanto, no debemos intervenir en la política motivados por el carisma de los actores, ya que no se trata de un concurso de popularidad, se trata de elegir la mejor opción para el País y si elegimos volitivamente sin considerar la capacidad de los candidatos para gobernar, condenamos al Estado y con él, a la sociedad.

III.I.VII Finalmente, la participación política debe desarrollarse en el marco de los principios de imparcialidad y transparencia que deben informar a los órganos electorales. Esto es, que el Estado debe garantizar la neutralidad de los órganos que recogen la participación ciudadana y al mismo tiempo, que los procesos comiciales, refrendarios, etc., sean transparentes, auditables y que expresen fidedignamente la voluntad popular.

Según lo expuesto, los órganos electorales deben velar por el cumplimiento de los principios que informan la participación política (libertad, secreto, universalidad, igualdad y racionalidad) y en consecuencia, ser imparciales y actuar conforme a procesos que garanticen el logro de los ideales democráticos.

III.II En segundo lugar, la democracia se informa del principio de reciprocidad, según el cual, el Estado democrático es aquel que funcionaliza sus ins-



tuciones hacia el respeto y garantía de los derechos humanos y con ello, a la satisfacción de las necesidades de la sociedad y por tanto, al cumplimiento de los fines del Estado constitucional.

Se trata entonces, de un principio según el cual, la democracia moderna trasciende la concepción eminentemente electoral y vincula al Poder Público en la garantía material o finalista de los derechos humanos y el respeto a la dignidad de las personas.

Así lo reconoce Nieto (1993. 35), cuando señala que, hoy día, la democracia no se sustenta en meros esquemas electorales, sino en que el Estado pone por encima de todo el interés de la población y con ello, la satisfacción de sus necesidades sin alterar los valores para convertirse él mismo en el fin de todo, porque eso es totalitarismo.

Significa entonces, que el principio de reciprocidad hace descender a la democracia de las nubes de la teoría política para convertirla en forma de vida de las gentes y en una guía que orienta al Estado en la satisfacción y protección de los derechos humanos. En otros términos, la axiología democrática supone la mejora continua de la praxis institucional del Estado (Prieto Navarro. 2002. 134).

Así lo afirmó Gabriel (citado por García Pelayo, 1951, 321), al señalar que la reciprocidad democrática no es otra cosa que la garantía de funcionamiento de las instituciones del Estado en el cumplimiento de sus cometidos constitucionales y por tanto, en garantizar el goce y protección de los derechos humanos.

En el mismo sentido se pronunció Hauriou (1971. 73), al referirse a la axiología democrática como un principio finalista que le asigna al Estado democrático la tarea de velar por el desarrollo del grupo social, la salvaguarda del bien común, así como la defensa y la protección de las personas y sus bienes.

En palabras de Calero, (1982. 53), este sub principio de la democracia conduce al Estado a adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad y con ello, luchar contra la pobreza, la falta de oportunidades, el estancamiento económico y en fin, las distintas situaciones que de manera negativa afectan a la sociedad y a los derechos humanos.

En otros términos, la reciprocidad, no es otra cosa que la denominada legitimidad de ejercicio, según la cual, no basta que las instituciones del Estado tengan un origen democrático, sino que el poder este abierto, es decir, que sea permeable a las aspiraciones de la sociedad y que en consecuencia, atienda sus necesidades y reconozca como su prioridad la garantía de todos los derechos de las personas.

Según lo expuesto, la legitimidad de ejercicio es una garantía operativa y funcional que constriñe al Estado a actuar en favor del mayor bienestar posible para las personas. Lo cual, se resume en la siguiente frase de Ignatieff (2003. 56): “la democracia sin constitucionalismo de los derechos humanos no es más que la tiranía de la mayoría”.

Lo expuesto, en modo alguno, desconoce que no hay realidades perfectas y que por tanto, todo Estado tiene deudas sociales. Sin embargo, la prevalen-

cia de los derechos en condiciones de universalidad y en general, la actuación objetiva del Estado en pro del goce y protección de los derechos, *versus* la mera enunciación constitucional de las libertades públicas o la garantía de éstas a una minoría de la población, es lo que finalmente evidencia si se cumple o no con el principio de axiología democrática.

Para determinar la vigencia de la reciprocidad democrática y con ello, la garantía de los derechos fundamentales, sólo basta aplicar el principio de proporcionalidad, también denominado test de compatibilidad con el sistema democrático, que permite analizar la legitimidad de la actuación del Estado y con ello, que las libertades públicas no se limiten de forma ilegítima y que los derechos prestacionales, así como los denominados derechos de solidaridad, sean atendidos de forma idónea y racional.

III.III En tercer lugar, la democracia supone pluralismo y respeto a las minorías, esto es, que la democracia es un concepto “indefinidamente abierto” (García de Enterría, 1985, 101), en el cual, debe garantizarse el respeto individual y con él, la diversidad ideológica. En otras palabras, la democracia entraña la coexistencia de visiones heterogéneas de la política, pues lo contrario es su negación.

En efecto, resulta inherente a la democracia el respeto a las ideas, el estímulo del dialogo y la búsqueda del consenso, a los fines de lograr que el Estado obre en favor de toda la población y no solo de la mayoría electoral.

III.IV En cuarto lugar, la democracia se informa del principio de alternabilidad, según el cual, no basta que haya varias alternativas entre las cuales ele-

gir en un proceso electoral, sino que efectivamente, debe producirse un cambio en los actores políticos, para así evitar la clásica práctica dictatorial de la perpetuidad en el poder, que busca mantener, centralizar y controlar el poder indefinidamente, en violación del principio de temporalidad en el ejercicio de los cargos públicos.

En efecto, la denominada alternabilidad o intermitencia en el ejercicio de los cargos de elección popular, surgió como una respuesta democrática a la práctica autoritaria de conservar el poder de forma perenne y de allí, que constituye un antídoto a los procesos fascistas de apego, veneración y obediencia a quien toma la posición de líder indiscutible y necesario en una sociedad.

Significa entonces, que la alternabilidad está concebida para obstaculizar los procesos de culto e idealización de los gobernantes y para ello, reconoce que los cargos públicos se encuentran sometidos al principio de temporalidad, según el cual, no deben ser ejercidos a perpetuidad, sino para un periodo determinado.

Ahora bien, el principio de alternabilidad ha sido criticado por la denominada tesis del buen gobierno, según la cual, en democracia debe privar la voluntad popular y si el pueblo desea mantener a un gobernante en ejercicio del poder, tal decisión debe ser respetada.

Así, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, hizo suya dicha tesis en la sentencia N° 53, dictada el 3 de febrero de 2009, en el caso Federico Black y otros, en la cual, resumidamente

precisó, que la alternabilidad no se ve lesionada cuando un funcionario se presenta a la reelección en múltiples oportunidades, pues en cada una de ellas se garantiza la posibilidad de elegir entre ratificar al gobernante o elegir a uno nuevo, lo cual, es una garantía de respeto a la voluntad popular.

Al respecto, cabe observar que, contrariamente a lo señalado por el citado Tribunal, la alternabilidad no se limita a garantizar que existan elecciones y con ellas, la posibilidad de elegir entre distintos candidatos. Antes bien, implica un cambio de quien detenta el cargo, no sólo porque el principio de temporalidad así lo exige, sino porque así lo demandan los principios de racionalidad democrática e igualdad.

En efecto, recordemos que elegimos racionalmente y por tanto, no participamos en los procesos electorales para consolidar un liderazgo personal, sino para manifestarnos a favor o en contra de un proyecto político. Es decir, no elegimos a tal o cual candidato por su condición subjetiva, sino por sus ideas y éstas, no le pertenecen a él, sino a la corriente que representa.

En consecuencia, no se trata de mantener a un individuo en el ejercicio de un cargo público (ya que ello es naturalmente antidemocrático), sino de expresarnos en pro o en contra de la ideología que representa y con ello, de apoyar a los candidatos de ésta o de otra opción política y así, evitar el personalismo y garantizar la alternabilidad.

De igual forma, consideramos que la tesis del buen gobierno viola el principio de igualdad que informa al derecho de participación, según el cual, la propuesta electoral debe realizarse en condiciones de paridad entre los can-

didatos y no a favor de los representantes del Estado que pueden utilizar los recursos del Estado para actuar en condiciones más favorables que las de otros candidatos (uso de infraestructura pública, desviación de recursos del Estado, etc.). Precisamente, esta situación se presenta igualmente lesiva del principio de legalidad, ya que, por regla general, los ordenamientos jurídicos no habilitan a ningún órgano del Estado a que realice proselitismo político.

En este orden de ideas se pronunció el Tribunal Constitucional alemán (sentencia del 2 de marzo de 1977), precisando que, la tesis del buen gobierno no solo viola los principios de alternabilidad democrática y temporalidad de los cargos públicos, sino que también, va en menoscabo del principio de imparcialidad del Estado (vigente en Venezuela a tenor de lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución), según el cual, los órganos del Estado no pueden identificarse con partidos o candidatos durante las elecciones.

En efecto, el citado Tribunal estableció que la tesis del buen gobierno vulnera el principio de igualdad, pues la utilización de los recursos del Estado en favor de una posición política, crea una diferencia insalvable entre quienes tienen los recursos del Estado y los que no.

Por último, el referido Juzgado estableció que la teoría del buen gobierno atenta contra el principio de legalidad, pues ninguna norma del ordenamiento habilita al Estado para hacer campaña electoral.

En virtud de lo expuesto, consideramos que el principio de alternabilidad impone al Estado el deber de mantener una actitud de reserva en tiempo

electoral, evitando que los partidos puedan utilizar sus recursos y con ello, que se genere una violación del principio de igualdad que forma parte del derecho a la participación política, tal como se desarrollo *supra*.

### **Conclusiones**

De acuerdo a las consideraciones vertidas anteriormente, es actualmente inadmisibles un concepto de democracia que se sustente, exclusivamente, en el origen electoral de sus instituciones, pues si bien, este es un elemento esencial de los Estados democráticos, no es el único.

Antes bien, la vigencia de la democracia demanda, en primer lugar, participación libre y por tanto, sin coacción de ningún tipo, con lo cual, resultan absolutamente ilegítimas las formas de intimidación directa o indirecta que tienen por objeto incidir en la voluntad política de las personas.

Al mismo tiempo, la participación debe garantizarse de forma universal y por tanto, resultan antidemocráticas las actuaciones u omisiones que, arbitrariamente, impidan o menoscaben el ejercicio del derecho a la participación, tal como ocurre cuando de forma inconsulta se cambia a un elector de su centro electoral y se le ubica fuera de su localidad o cuando se abre y cierra arbitrariamente el registro electoral, etc.

Igualmente, son antidemocráticas las prácticas que amenazan o vulneran el secreto del sufragio, o que menoscaban el principio de racionalidad del derecho a la participación y estimulan la denominada volitividad democrática, es decir, la participación política sobre parámetros emocionales o peor aún,

fomentan la antipolítica, esto es, la práctica que en lugar de buscar consensos y respetar el pluralismo, observa a quien dicente como un enemigo político al que hay que eliminar del escenario público.

Asimismo, la participación política exige ser desarrollada en condiciones de igualdad y por ende, resulta inadmisibles que el Estado utilice sus recursos a favor de las propuestas políticas que apoyan o representan a la acción de gobierno, ya que además, ello viola el principio de imparcialidad del Estado y el principio de legalidad, al suponer una actividad que no está fundamentada en el ordenamiento jurídico.

De igual forma, la democracia supone alternabilidad y con ello, la interdicción de la denominada tesis del buen gobierno, que no hace más que fomentar el fenómeno del cesarismo democrático, perpetuando a los gobernantes y colaborando con la degeneración del poder.

También, es un elemento esencial de la democracia el respeto al pluralismo y con ello, a las minorías, lo cual conlleva a que en los regímenes democráticos se respete el disenso, se fomente el debate y se busquen fórmulas de consenso para que el Estado actúe en favor de toda la población y no solo del sector que gobierna.

Adicionalmente, la democracia demanda que los órganos electorales del Estado actúen en el marco de los principios de imparcialidad y transparencia, con lo cual, su actuación debe estar orientada a expresar la voluntad popular, cualquiera que ella sea y no para favorecer ninguna posición política.



Finalmente, el Estado democrático debe tener como vector de su actuación, la garantía de los derechos humanos y con ello, la satisfacción de las necesidades de la sociedad. Como observamos antes, no se trata de una visión utópica que desconozca que cualquier Estado puede tener deudas sociales. Lo que se trata es de valorar, conforme al principio de proporcionalidad, si el Estado se aboca eficientemente a atender las necesidades de la población o si por el contrario, tiene otras prioridades.

Para ello, basta hacer un test sencillo. Piense las principales necesidades que tiene su comunidad y pondere si el Estado está atendiendo esas necesidades de manera idónea y racional. Esto, seguramente, le dará una idea de la reciprocidad de su democracia.

## Bibliografía

Araujo Rentería, J. (1999). Principios de Derecho Constitucional. Mcgrau-hill Interamericana. Bogota.

Bertrand Russell, citado por Torres del Moral, A. (1996). Introducción al Derecho Constitucional. Madrid: Universidad Complutense.

Betegón, J. (2004). Constitución y derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid.

Bidart, G. (1983). Valor, Justicia y Derecho Natural. Buenos Aires. Ediciones Ediar.

Bielsa, R. (1943). El Orden Político y las Garantías Constitucionales. Sta. Fe Argentina: Universidad Nacional del Litoral.

Calero, A. (1982). Partidos Políticos y Democracia. Barcelona: Ediciones Salvat.

Casal, J. (2004). Constitución y Justicia Constitucional. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Combellas, R. (2001). Representación Vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un Falso Dilema. VII Congreso Venezolano del Derecho Constitucional (Tomo II). San Cristóbal-Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Duque, R. (2007). Postulados y Principios. El Sistema Constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana. Derecho Administrativo Latinoamericano. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Ediciones Paredes.

Figueruelo, A. (2003). Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Revista de Derecho Constitucional N° 8. Caracas: Editorial Sherwood.

García de Enterría, E. (1985). La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional (3° Edición). Madrid: Editorial Cívitas.

García de Enterría, E. (1994). Revolución Francesa y Administración Contemporánea (4° Edición). Madrid: Editorial Cívitas.

García-Pelayo (1951). Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente. Pág. 321

Garrido Falla, F. y otros (1980). La Posición Constitucional en la Administración Pública. La Administración en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Hassemer, W (2005). Jurisdicción Constitucional en una Democracia. La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho (1° Edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Hauriou, A. (1971). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona. Editorial Ariel.

Hernández-Mendible, V. (2006). La Oralidad en el orden jurisdiccional administrativo". El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ignatieff, M (2003). Los derechos humanos como política e idolatría. Paidós Iberica. Barcelona.

Lösing, N. (2005). La Jurisdicción Constitucional como Contribución al Estado de Derecho. La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho (1° Edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Naranjo Díaz, L. (1996). Introducción al Estudio del derecho constitucional general. Segunda edición. Editorial Móvil libros. Caracas

Nieto, A. (1993). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos.

Pizzorusso, A. (1984). Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Prieto Navarro E (2002). La reflexión sociológica sobre la legitimidad. Estado, justicia Derechos. Editorial Alianza 2002.Madrid.

Sartori, G. (1990). Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo. Argentina: Ediciones Rei.

Souza, M. (2001). El Uso Alternativo del Derecho (1° Edición). Bogota: Editorial Unibiblos.

Tribunal Constitucional alemán en sentencia del 2 de marzo de 1977.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 53, dictada el 3 de febrero de 2009, en el caso Federico Black.

## La incorporación de los Diputados del Estado Amazonas

Jhenny Rivas Alberti\*

### 1. Evolución constitucional en Venezuela de la facultad de calificar a sus miembros

La palabra calificación figuró por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1811, la cual establecía en la sección 5ª, parágrafo 1º: *“La calificación de elecciones, cualidades y admisión de sus respectivos miembros, será del resorte privativo de ambas Cámaras como igualmente la resolución de las dudas que sobre esto puedan ocurrir.”* Según el texto expreso de 1811, calificación significa la resolución de cualquier duda que pueda surgir, o sobre las elecciones de las mismas, o sobre la cualidad y admisión de un elegido, es decir sobre su elegibilidad.

Según el artículo.32 de la Constitución de 1857:

*“corresponde a cada una de las Cámaras calificar las elecciones de sus miembros; y en caso de declararlas nulas, mandarlas practicar conforme a la Ley; admitir o no la renuncia de aquéllos”.*

En la Constitución de 1858 no se utiliza la palabra calificación, pero se mantiene el concepto de que *“cada Cámara es competente para decidir de la validez o nulidad de las elecciones de sus miembros”* (artículo 48).

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España

Si las constituciones de 1864 y siguientes hablan de calificación sin dar especificaciones, es claro que no quisieron alterar el sentido generalmente admitido de dicha noción en el derecho constitucional americano.

La Constitución de 1945 disponía que:

Artículo 66°

Las Cámaras tienen el derecho:

6).- De calificar sus miembros y oír sus renunciaciones.

La Constitución de 1947, disponía que:

Artículo 161°

Son atribuciones comunes a ambas Cámaras:

5° Calificar a sus miembros y oír sus renunciaciones;

La Constitución de 1961, disponía en su artículo 158, num. 2, lo siguiente:

Art. 158. Son atribuciones privativas de cada uno de los cuerpos legislativos :

2. Calificar a sus miembros y conocer de sus renunciaciones;

La vigente Constitución de 1999, dispone en su artículo 187, num. 20, que:

Artículo 187. °

Corresponde a la Asamblea Nacional:

20. Calificar a sus integrantes y conocer de su renuncia. La separación temporal de un diputado o diputada sólo podrá acordarse por el voto de las dos terceras partes de los diputados y las diputadas presentes.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena se pronunció acerca de una demanda de nulidad de actos efectuados en la Cámara del Senado el día 5 de marzo de 1968, presentada por el Director y el Secretario de la Comisión Preparatoria del Senado. En dicha sentencia, la Corte estableció que en ejer-

cicio de su función privativa de calificar a sus miembros, la Cámara del Senado procede como Juez absoluto.<sup>1</sup>

## 2. La interpretación de la facultad de calificar a sus miembros en Venezuela

Con el objeto de evitar interferencias de otros poderes en la actividad legal del congreso, la constitución de 1811 daba a las Cámaras, no sólo el derecho de policía del edificio de sus sesiones, sino en general “*el derecho de remover los obstáculos que se opongan al ejercicio legal de sus funciones*”; y en concordancia con muchas constituciones europeas y americanas, el derecho de calificar a sus miembros. Por calificación se entiende la decisión exclusiva sobre la validez de las elecciones.<sup>2</sup>

Para la doctrina el examen de poderes constituye una prerrogativa constitucional y consiste en la facultad que tienen las Cámaras de apreciar la validez de las elecciones de sus propios miembros. Todas las elecciones deben ser aprobadas, aun las que no han dado lugar a ninguna protesta; además la aprobación de las elecciones no adopta la forma de un proceso, sino que se hace con arreglo al procedimiento parlamentario que establece el régimen interior de cada Cámara.<sup>3</sup>

El artículo 8 de la Constitución francesa de 1946 establecía: “*que cada una de las Cámaras es juez de la elegibilidad de sus miembros y de la regulari-*

<sup>1</sup> Gutiérrez, Acción Popular de inconstitucionalidad y la Cámara del Senado, pág. 57

<sup>2</sup> Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I, pág. 327

<sup>3</sup> Ruggeri, Derecho constitucional Venezolano, pág. 91

*dad de su elección, y la única competente para recibir sus renunciaciones”. Sobre el particular Duguit afirmaba: “El derecho a examinar por sí mismas los poderes conferidos a sus miembros, ha sido reconocido, desde 1789, a todas nuestras asambleas políticas.”<sup>4</sup>*

Así, la facultad privativa de cada Cámara de calificar sus miembros, significa la de verificar la legitimidad de sus poderes y las condiciones que, de acuerdo con la Constitución, deben reunir los elegidos.<sup>5</sup>

Algunos sistemas confieren la facultad de resolver finalmente sobre la validez de la elección respectiva, incluyendo cualquier impugnación que se interponga, a las propias cámaras legislativas o a alguna de sus comisiones, o bien a alguna otra asamblea política. En la tradición francesa, lo anterior se ha denominado “verificación de poderes”, y en Estados Unidos “calificación o certificación de elecciones”.<sup>6</sup>

La justificación histórica del sistema de recurso electoral encomendado a un órgano legislativo se apoya en el “*principio de la división de poderes*”, conforme con el cual cada órgano del poder público es independiente de los otros, por lo que no debe involucrarse en las decisiones inherentes a la integración de los demás. En particular, se consideraba un arma defensiva en manos del Legislativo frente al Ejecutivo a fin de asegurar su autonomía e independencia. Asimismo, pretende evitar que se afecte al poder judicial, el cual se vería inmerso en las luchas políticas partidistas en detrimento de su

<sup>4</sup> Ruggeri, Derecho constitucional Venezolano, pag. 92

<sup>5</sup> Ruggeri, Derecho constitucional Venezolano, pag. 92

<sup>6</sup> Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional. International, pág. 66

función primordial, que consiste en la resolución técnico-jurídica de los diversos litigios que conoce. Además, quienes se inclinan por un sistema de recurso electoral encomendado al órgano legislativo, aducen el carácter no democrático de la mayoría de los órganos judiciales, por lo que estiman que sus decisiones no deben prevalecer sobre las de aquel.<sup>7</sup>

La Constitución de 1999 en Venezuela mantuvo la facultad histórica por parte del órgano legislativo nacional de “*calificar a sus miembros*” por lo que es un acto privativo de la Asamblea Nacional conocer y juzgar sobre la validez de la elección de un parlamentario, este acto interno del cuerpo es susceptible de revisión por los órganos jurisdiccionales competentes dentro de los límites que la jurisprudencia y la doctrina han impuesto para la revisión de los “*interna corporis*”, fundamentalmente porque exista violación de derechos fundamentales.

En ejercicio de su potestad de calificar a sus miembros la Asamblea Nacional, el 6 de enero del año 2016 procedió a juramentar a los diputados legítimamente electos por el pueblo *Julio Haron Ygarza*, *Nirma Guarulla* por el estado Amazonas y el candidato a Diputado Indígena *Romel Guzama*.

Las Constituciones de Francia, Estados Unidos, Suiza, Argentina, Uruguay y Venezuela atribuyen al Parlamento la función de decidir sobre la validez de la elección de sus miembros. La facultad privativa de cada Cámara de calificar sus miembros, significa la de verificar la legitimidad de sus poderes y las condiciones que, de acuerdo con la Constitución, deben reunir los elegi-

<sup>7</sup> Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional. International, pág. 66



dos. La justificación histórica del sistema de recurso electoral encomendado a un órgano legislativo se apoya en el “principio de la división de poderes”, conforme con el cual cada órgano del poder público es independiente de los otros, por lo que no debe involucrarse en las decisiones inherentes a la integración de los demás. Si bien tal atribución podría ser objeto de críticas, en cuanto a su conveniencia, sin embargo, debemos concluir, con Wolf, que no pueden los jueces asumir la jurisdicción, sin una modificación expresa de la Constitución.

### 3. De la nulidad de las elecciones

El 29 de diciembre de 2015 la excandidata **NICIA MARINA MALDONADO MALDONADO** interpuso recurso contencioso electoral conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y medida de suspensión de efectos contra “(...) *el acto de votación de las Elecciones Parlamentarias celebradas el pasado 6 de diciembre de 2015, en el circuito electoral del Estado Amazonas, para el período constitucional 2016-2021, efectuadas por el Consejo Nacional Electoral.*

De acuerdo con la recurrente el acto de votación de las elecciones Parlamentarias celebradas el 6 de diciembre de 2015, está viciado de nulidad absoluta, “...*al ser producto de la manipulación de la votación libre y secreta de los electores del Estado Amazonas y que en su conjunto constituyen un fraude estructural y masivo que afecta al sistema electoral venezolano (...)*” (sic)

De acuerdo con el artículo 215 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales :

La elección será nula:

1. Cuando se realice sin previa convocatoria del Consejo Nacional Electoral.
2. Cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno o violencia en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate.
3. Cuando el Consejo Nacional Electoral o el órgano judicial electoral correspondiente determine que en la elección realizada no se ha preservado o se hace imposible determinar la voluntad general de los electores y las electoras.

En este sentido, la solicitud de nulidad se basa en el numeral 2 del artículo 215 antes citado. Alegar un vicio de tal magnitud requiere, sin lugar a ninguna duda, traer al procedimiento elementos de convicción sobre el desarrollo del supuesto fraude y sus consecuencias precisas en el resultado final de la elección.

De acuerdo con la sentencia N° 260 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia una alta funcionaria de la Gobernación del Estado Amazonas (Secretaria de la Gobernación), habría pagado “*diversas cantidades de dinero a los electores para votar por candidatos opositores,*” quien además, había condicionado “*la entrega de beneficios económicos a cambio de un voto favorable para los candidatos opositores,*” agregándose que dicha funcionaria dirigía “*acciones destinadas a manipular el voto asistido de los ciudadanos adultos mayores o aquellos que por alguna condición física o cualquier otro impedimento le dificultaba ejercer su derecho al sufragio (...).*”

De acuerdo con la recurrente, *“los ciudadanos y ciudadanas que ejercieron su derecho al sufragio durante este proceso electoral en el Estado Amazonas, no lo hicieron de manera libre y voluntaria, sino bajo la presión y coaccionados por acciones de la tolda opositora que la Ley especial denomina como ‘fraude, cohecho, soborno o violencia’ lo cual afecto los resultados del proceso electoral parlamentario” (sic).”*

Así las cosas, la única prueba del supuesto fraude estructural es el texto de una grabación presentada por la recurrente en la cual consta una supuesta conversación entre la secretaria de la Gobernación del Estado Amazonas, con otra persona (aun anónima). No pudo establecerse en el momento de la presentación del recurso al menos algún elector que hubiese recibido dicho soborno y más importante aun en qué medida este supuesto fraude afectó el resultado definitivo de la elección.

#### **4. De la ilegalidad de la pruebas presentadas**

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de 1999 *“Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”*.

Adicionalmente, la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones tipifica como delito castigado con prisión de tres a cinco años, a quien *“arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de*

*una comunicación entre otras personas” (artículo 2). En este mismo sentido, se castiga a “quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones” (artículo. 2), e incluso, castiga con prisión de seis a treinta meses, a quien “perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror” (art. 5).*

Así las cosas la sentencia 260 de la Sala Electoral es nula por estar basada en una prueba ilícita y debe el Ministerio Público proceder a la investigación de todos los involucrados en los referidos hechos delictivos.

## **5. De la figura de la desincorporación**

Cumplidas todas las fases del procedimiento electoral y superado el procedimiento de calificación previsto constitucionalmente ante la Asamblea Nacional los diputados procedieron a incorporarse como parte del Parlamento Nacional ejerciendo legítimamente todas las prerrogativas que la Constitución les asiste.

En fecha 13 de enero de 2016, tal como consta en el acta de sesiones de la Asamblea Nacional N 04 \_2016, los diputados NIRMA ESTELLA GUARULLA GARRIDO, JULIO HARON YGARZA, por la Representación Indígena Región Sur, ROMEL EDGARDO GUZAMANA, comunicaron a la plenaria de la Asamblea Nacional su voluntad de desincorporarse a la Asamblea Nacional.

La figura de la desincorporación no se encuentra prevista ni constitucional ni reglamentariamente, los diputados se encuentran sometidos a un régimen de asistencia obligatoria, sólo sometido a la posibilidad de permisos o licencias temporales, debidamente justificadas.

A todas luces los diputados adoptaron tal decisión ante la grave amenaza que podría suponer la declaratoria de desacato dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1 de fecha 11 de enero de 2016.<sup>8</sup>

En todo caso, la manifestación de voluntad de los referidos diputados fue válidamente comunicada a la Plenaria de la Asamblea Nacional y a su Presidencia. Se trata, pues, de un acto que funciona con pleno automatismo, siempre que el mismo sea claro, preciso y no condicionado. La actuación de la plenaria se limita a una simple toma de conocimiento por la misma, en ningún caso podría votar la plenaria a favor o en contra pues se trata, reiteramos de un acto personalísimo que no pueden estar sometido a una aprobación posterior por parte de la Plenaria de la Asamblea Nacional.

## 6. Del llamado Desacato

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales “*Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de*

---

<sup>8</sup> Exp. N° AA70-X-2016-000001

*seis (6) a quince (15) meses.*” Se trata, pues, de una manifestación de la potestad disciplinaria del juez.

No se desprende ni del texto de la Ley Orgánica de Amparo ni de la jurisprudencia en materia de amparo otra consecuencia para el supuesto del desacato. Sin embargo, a partir de la sentencia de la Sala Electoral No.1 del 13 de enero de 2016; que declaró el desacato por parte de la Junta Directiva y de los diputados electos, se estableció, la nulidad de todos los actos de la Asamblea Nacional que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015.<sup>9</sup>

No existe fundamento jurídico mediante el cual se pueda establecer una relación entre la declaratoria de desacato y la nulidad de los actos dictados por el órgano en desacato. La tradicional teoría sobre nulidad de los actos establece supuestos antes del acto, durante o para su eficacia a los fines de establecer la posible nulidad de un acto. La referida sentencia no hace mención alguna a los vicios que producirían la nulidad de los actos de la Asamblea Nacional. Aún más grave es que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia no tiene competencias para declarar la nulidad de los actos de la Asamblea Nacional, dicha competencia está atribuida constitucionalmente a la Sala Constitucional (artículo 336 constitucional).

---

<sup>9</sup> Exp. N° AA70-X-2016-000001

## 7. De los vicios en los procedimientos legislativos

El legislador se encuentra vinculado en su actuación a las normas de procedimiento establecidas en la Constitución y en el Reglamento Interior y de Debates que es un acto parlamentario sin forma de ley que desarrolla y complementa preceptos constitucionales.

En la actualidad predomina en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional la opinión de que se produce un vicio en el procedimiento legislativo con consecuencias invalidantes cuando durante la elaboración de la ley se ha infringido una norma contenida en la Constitución. Si la norma está contenida en el Reglamento Parlamentario la respuesta en cuanto a las consecuencias de la infracción de una de sus normas viene dada por las características de la norma de que se trate, esto es, si es desarrollo de una norma constitucional.

Las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo tienen por finalidad proteger principios superiores del ordenamiento jurídico como por ejemplo, el pluralismo político (artículo 2 Constitución de 1999). La inobservancia de preceptos que regulan el procedimiento legislativo, inclusive aquellos contenidos en un Reglamento Parlamentario pero que tenga por objeto la protección de éstos valores superiores, podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esta omisión altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de la Cámara.<sup>10</sup> Dado el carácter instrumental del procedimiento legislativo la relevancia de los vicios que se pro-

---

<sup>10</sup> TCE/9987

ducen durante el procedimiento legislativo no puede medirse teniendo en cuenta sólo la naturaleza de la norma infringida, sino, la forma en que la infracción ha repercutido sobre la meta que el procedimiento está destinado a cumplir.<sup>11</sup> La finalidad del procedimiento legislativo es la de servir de cauce para que se produzca la participación de los distintos grupos, que deben actuar en condiciones de libertad e igualdad, a fin de alcanzar el acuerdo que resulte de la dialéctica mayoría-minoría.

Así las cosas, tanto el procedimiento legislativo como otros procedimientos que se lleven a cabo en el parlamento para la toma de decisiones deben ser evaluados en cuanto a la finalidad que persiguen cada una de las fases del procedimiento de que se trate, por el carácter instrumental que tienen cada una de las mismas.

En el caso que nos ocupa, tendríamos que analizar en qué medida la incorporación de los diputados Julio Haron Ygarza, Nirma Guarulla por el estado Amazona y el candidato a Diputado indígena Romel Guzama, afecta el principio democráticos y las manifestaciones en las que el mismo se concreta, esto es, principio de mayoría, publicidad y pluralismo político.

En este sentido, resulta útil citar la argumentación de la Corte Constitucional de Colombia sobre el **principio democrático y los principios que rigen el carácter sustancial del procedimiento legislativo**: “(...) *La elaboración de la ley, la reforma de la Constitución, la elaboración del presupuesto del Estado, la investigación y el juzgamiento de los altos funcionarios del Esta-*

<sup>11</sup> Biglino Paloma, Los Vicios en el Procedimiento Legislativo, p.54



*do, el control político, son todas tareas esenciales que adquieren legitimidad democrática si son ejecutadas por el cuerpo de representantes del pueblo a nivel nacional. Pero igualmente el desarrollo de las funciones a su cargo debe entenderse como una manifestación del principio democrático y, por consiguiente, los procedimientos por medio de los cuales se ejercen las competencias y se adoptan las decisiones correspondientes están sujetos a las mismas reglas que aportan legitimidad al Congreso en su conformación(...).<sup>12</sup>*

En este mismo sentido, aunque el principio democrático se manifiesta en todas las funciones del Parlamento, *“interesa a la Corte profundizar, especialmente, en cómo se concreta tratándose de la labor legislativa. A lo largo de ésta se encuentran muy distintas expresiones del principio democrático, las cuales, verbigracia, abarcan momentos como la reunión, actividades como la participación y decisión, al igual que condiciones como la transparencia. Estas diversas manifestaciones pueden ser agrupadas en tres principios que integrarían, a su vez, el principio democrático en la actividad congresual. De esta manera en el principio mayoritario o de decisión por mayorías, de pluralismo político y de publicidad se puede entender condensado de forma un poco más concreta el sentido democrático que atiene el deber ser del funcionamiento del Congreso”*.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> C-141/10

<sup>13</sup> C-141/10

### 7.1. Principio mayoritario

La decisión tomada por la mayoría es la fórmula más eficiente desde el punto de vista democrático para integrar a las fuerzas que participan en una elección, sin que se pierdan elementos de libertad e igualdad que son esenciales a las actividades congresuales.

La decisión mayoritaria tiene un profundo fundamento en la igualdad, porque asigna idéntico valor a la participación de cada uno de los ciudadanos y toma como presupuesto la igualdad de oportunidades en el proceso participativo. Es decir, el sentido democrático de la decisión mayoritaria está fundado en dos pilares que se nutren del principio de igualdad: (i) el que las condiciones para participar en el proceso de decisión no tengan fundamento en parámetros discriminadores –tales como la renta o el nivel de preparación académica-; y (ii) el idéntico valor asignado a la decisión de cada uno de los participantes, en cuanto que entre las participaciones válidas ninguna tendrá mayor peso que otra.

De esta forma el principio mayoritario se convierte en realización del valor igualdad que a su vez se presenta como uno de los principales objetivos a garantizar dentro de las labores de un Congreso vinculado en su funcionamiento por el principio democrático.

En la Constitución de 1999 el artículo 209 establece la mayoría de votos para aprobar el informe de segunda discusión, el artículo 214 hace referencia a la mayoría absoluta de los diputados presentes para decidir respecto del veto presentado por el Ejecutivo Nacional. Requisitos de funcionamiento “*el*

*quórum no podrá ser en ningún caso inferior a la mayoría absoluta de los y las integrantes de la Asamblea Nacional” (artículo 220).*

## 7.2. Principio de publicidad

La publicidad de la actividad parlamentaria es la regla general, así encontramos la presencia de los ciudadanos en las sesiones parlamentarias, la asistencia de los medios de comunicación social, la votación en forma pública, y el conocimiento anticipado que deben tener los parlamentarios sobre los temas que deben ser discutidos.

## 7.3. Principio de pluralismo político

Las normas que garantizan el pluralismo político dentro de los procedimientos del legislativo tienen en común la preservación de la igualdad entre los distintos asambleístas y grupos políticos, de manera que todos puedan participar libremente en igualdad de condiciones de allí las normas sobre convocatoria a las diferentes sesiones plenaria y de las comisiones, un diputado un voto. De igual forma se protege el derecho a intervenir en las sesiones con reglas claras en cuanto al tiempo y número de veces.

La juramentación e incorporación de los diputados suspendidos por la Sala Electoral no violenta el principio de mayoría toda vez que se trata de 167 diputados por lo que el voto de tres asambleístas no ha afectado el *quorum* válido para la toma de decisiones ni las decisiones definitivas. Por otra parte, tampoco se han visto afectados el principio de publicidad ni el del plura-

lismo político. Por lo que no pueden establecerse vulneraciones al principio democrático, base fundamental de los procedimientos del Parlamento.

## 8. Conclusiones

La Asamblea Nacional en ejercicio de su competencia de calificación de sus miembros procedió a la revisión de las credenciales de los diputados NIR-MA ESTELLA GUARULLA GARRIDO, JULIO HARON YGARZA, por la Representación Indígena Región Sur, ROMEL EDGARDO GUZAMA-NA y su juramentación.

El desacato declarado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo Justicia no produce en ningún caso la nulidad de los actos dictados por la Asamblea Nacional.

La nulidad de los actos dictados por la Asamblea podría estar referida al contenido del acto o al procedimiento por el cual se dictó el acto, ninguno de estos extremos han sido revisados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, eliminar la representación parlamentaria del Estado Amazonas de forma indefinida, constituye una grave violación de la voluntad popular expresada en las elecciones del 6 de diciembre de 2016.

# El Control Político en Venezuela. Factor de Democracia\*

*Rubén A. Guía Chirino\*\**

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes Constitucionales en Venezuela. 1811 1830 1858 1864 1947 1961 3. Control Político. Concepto. Naturaleza y diferencias con el control jurídico. Objeto. Características y efectos. 4. El control político de la constitucionalidad de las leyes Vs. El control judicial del control de las leyes. 5. Control político en la constitución de 1999. Tratamiento jurisprudencial Sentencias N° 7 y 9 de 2016. Vicios de ambos fallos. 6. Del juicio político al ejecutivo nacional. 7. Conclusiones.

## 1. Introducción

El control político es una institución tan antigua como el parlamento mismo, se puede remontar sus antecedentes al *impeachment* del siglo XIV, en el senado inglés; el cual inspiró a las demás legislaciones del continente europeo y sus colonias al norte del continente americano.

A medida en que esta institución logró influenciar la Europa continental gracias a grandes pensadores como Montesquieu, Rousseau, John Locke, entre otros, los gobiernos absolutistas ejercidos por monarcas o emperadores, vieron mermados sus poderes en la política y gobierno.

Hablar de control al poder para aquel momento era motivo de la pena de muerte; ese tema, que a sus comienzos fue tan escabroso, una vez acaecida

---

\*El presente ensayo se desarrolló en el transcurso de la especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila

\*\*Abogado de la Universidad Santa María. Cursante de la especialización en Derecho Procesal de la Universidad Monteávila

primero la Revolución Inglesa y luego la Revolución Francesa se trató con más libertad.

Tanto Montesquieu como Rousseau, teorizaron sobre la división de poderes tal como la conocemos hoy día, Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, otorgándole una posición preponderante al legislativo.

Esta facultad surge primero, como la posibilidad del parlamento para juzgar la responsabilidad de sus miembros y demás funcionarios de la corona, a excepción del rey –en el caso inglés–. Era una potestad que ejercía la Cámara de los Comunes; éstos sustanciaban el caso para luego exponerlo ante la Cámara de los Lores quienes debían tomar la decisión en base a su libre valoración del caso<sup>1</sup>.

El control parlamentario o político, para ese momento podía aplicar sanciones de toda naturaleza, pero hoy en día, esa facultad ya no es tan amplia en la mayoría de los países occidentales, por considerarse que esas facultades inciden en la separación clásica de los poderes, y en tal sentido sus efectos se circunscriben al ámbito político.

Es por ello que, en medio de la evolución de esta institución, se llegó a implementar el control político de la constitucionalidad de las leyes, lo cual representa para el Derecho Procesal Constitucional un hito en su historia y es por esa razón que se trae a estudio el Control Político, a fin de juzgar su

---

<sup>1</sup> Mora-Donatto, Cecilia. *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación como Órganos de Control Político*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. disponible en <https://goo.gl/nUaPjP>

conveniencia, beneficios o desaciertos para esta materia, así como para ahondar en sus particularidades y tratamiento práctico en la actualidad.

## 2. Antecedentes Constitucionales en Venezuela

Como punto previo de este capítulo, debemos señalar que Venezuela ha tenido en su historia veintiséis textos constitucionales, todo ello debido a que hasta 1961 en dichas constituciones, no se poseía la institución de la enmienda. La gran mayoría de esos textos son reformas que surgieron como nuevas cartas políticas, pero sin mayores modificaciones sustanciales. Por tal motivo, para el desarrollo de este capítulo se hará mención a seis textos de nuestra historia; es decir, a las constituciones de 1811, 1830, 1858, 1864, 1947 y 1961 ya que son éstos los que consagraron verdaderos cambios sustanciales en todos los ámbitos del derecho<sup>2</sup>.

### 2.1. Constitución 1811

Venezuela debía organizar su futuro como nación. Para tal fin vuelca sus ojos sobre los Estados Unidos de Norteamérica, toda vez que, es esa nación el primer precedente de emancipación en el continente americano, por lo cual nuestra primera carta magna guarda cierta similitud en algunos aspectos con la de ese país.

En lo concerniente al control político del congreso, se puede señalar: Inicia con la tradición del bicameralismo –Senadores y Representantes–, las respectivas cámaras podían tener reparos respecto de la una con la otra al mo-

<sup>2</sup>Brewer-Carías, Las Constituciones de Venezuela. 3era. Ed., 2008, pág. 25

mento de la elaboración de las leyes, (art 4) con lo cual vemos el primer control político recíproco dentro del órgano legislativo.

Los artículos noveno y décimo, regulaban el veto presidencial de las leyes y las consecuencias de ser ejercido por el ejecutivo y el procedimiento subsiguiente; además de resolver la falta de promulgación por parte del presidente cuando le es presentada una ley sancionada por el congreso, si los actos legislativos no eran firmados y promulgados por el ejecutivo no tendrían efecto alguno; todo esto representa un control político del ejecutivo hacia el legislativo. Esta institución se mantiene aún en la actual Constitución en términos y efectos muy similares.

Nuestro primer texto fundamental, en su artículo 52 le otorga al Senado “el poder natural de una Corte de Justicia para admitir, oír, juzgar y sentenciar a cualquiera de los empleados de la confederación... Acusados por la cámara de representantes”, lo cual constituye la primera normativa de control político de nuestra historia republicana, respecto del legislativo frente a los demás órganos del poder público. En ese sentido, establecía el artículo 53, que podían igualmente ser juzgado por iniciativa de la cámara de representantes los empleados de menor jerarquía cuando sus jefes omitieran tomar acciones ante las actuaciones irregulares o delictuales de éstos.

El procedimiento para desarrollar el juicio político en la Cámara del Senado estaba regulado desde el artículo 54 hasta el 58, en los cuales se estipulaban los medios de pruebas y su valoración, el derecho a la defensa, así como, el



derecho a estar asistido por un letrado y de ser necesario, se constituirá en el senado un ministro de la Alta Corte de Justicia.

Al congreso se le concedía la prerrogativa de autorregular su funcionamiento, de imponer disciplina a sus miembros, así como de calificarlos. Además, se le facultó para formar ejércitos, crear impuestos para el sustento de ese cuerpo castrense, así como la posibilidad de controlar ciertos rubros para que las ganancias de éstos contribuyeran al tesoro nacional; constituir la Alta Corte de Justicia y demás tribunales inferiores a ésta, así como una serie de facultades financieras para el desarrollo económico de la república. (art.71)

## 2.2. Constitución 1830

En esos años ocurre la separación de los estados que conformaban la Gran Colombia, por lo tanto, Venezuela debe promulgar una nueva constitución que tome en cuenta estas circunstancias políticas. Así lo concerniente a la nacionalidad, en vista de la secesión de la unión, es resuelto de forma curiosa por esa constitución.

Ahora bien, en cuanto al Poder Legislativo y su función contralora se puede apreciar: el mantenimiento de la estructura del congreso –bicameral–, así como su potestad de auto regularse la cual no varía en ningún texto posterior.

Conserva la iniciativa de control político la Cámara de Representantes, se especifican de mejor manera los funcionarios que pueden ser interpelados

(Art. 57 N° 2,3 y 4); por otra parte, se establece con mayor claridad que la función del congreso no excluye la de los órganos jurisdiccionales; es decir, no constituye una función jurisdiccional, por lo cual se configura constitucionalmente su naturaleza meramente política y por lo tanto son funciones que pudieran converger tangencialmente, pero no confundirse.

Ahora en cuanto a la cámara de senadores, le estaba conferido el control político del ejército, con respecto de los ascensos Art. 65 N°2. Además, le correspondía sustanciar los juicios políticos iniciados por la Cámara de representantes Art.65 N° 3.

El proceso para sustanciar los juicios está contemplado desde el artículo 66 hasta el 70, allí se establece los requisitos de enjuiciamiento del presidente y demás altos funcionarios; en dichos casos se debía constituir el congreso con la Corte Suprema de Justicia. En relación a la constitución antes estudiada el procedimiento político ante el congreso no guarda muchas diferencias, salvo que en este texto esclarece los funcionarios que pueden someterse a él.

Respecto de las atribuciones comunes de las cámaras se puede observar: que éstas estaban encargadas del escrutinio de las elecciones presidenciales (art.77 en concordancia con el 87 N°27).

En ese sentido, correspondía al congreso (cámaras en conjunto), la función financiera, militar y judicial –designación de jueces y concesión de amnistías–; se incluyen controles de ese órgano respecto de las relaciones interna-

cionales, lo cual no contemplaba expresamente la Constitución del año 1811.

### 2.3. Constitución 1858

Esta constitución fue aprobada por la Convención Nacional en Valencia el 24 de diciembre de 1858, con el ejecútese del Jefe Provisional del Estado Julián Castro, el 31 de diciembre de ese mismo año.

El Poder Legislativo conserva su conformación bicameral y su potestad auto reguladora del desarrollo de sus actividades; esta vez, la Cámara de Representantes es denominada Cámara de Diputados.

La Cámara de Senadores conserva las atribuciones de sustanciar los juicios políticos iniciados por los diputados; por otra parte, sigue siendo de su competencia el control político sobre el ámbito de ascensos de los militares.

Los cambios que llaman poderosamente la atención son: (i) que en el artículo 54 se ordena para los juicios políticos la incorporación de la Corte Suprema de manera obligatoria; (ii) además el procedimiento es relegado a la ley, con lo cual es el Congreso quien goza de la facultada de regular ese tema.

La Cámara de Diputados, conocerá de la rendición de cuentas del ejecutivo, así como las acusaciones que contra éste se hagan. Los artículos 62 y 63 regulan el procedimiento subsiguiente a la acusación hecha contra el presidente.

El Congreso respecto al control político internacional, conserva el control sobre los tratados que celebre el ejecutivo. También el control sobre la judicatura, respecto a las designaciones de los magistrados y jueces; así como la concesión de amnistías. Sigue ejerciendo funciones electorales respecto de las elecciones presidenciales; decidía los ascensos al grado de General, así como la elección y remoción del Vicepresidente.

Por otra parte, la Constitución bajo análisis, establecía que no podía ser enjuiciado ningún ciudadano o funcionario sino por los casos expresamente previstos en ese cuerpo normativo.

#### 2.4. Constitución 1864

Esta constitución, cambia el nombre de República de Venezuela, adoptado por las antiguas constituciones, por la denominación de los Estados Unidos de Venezuela. Fue sancionada por la Asamblea Constituyente de Caracas el 28 de marzo de 1864, y dado el ejecútese por Juan Crisóstomo Falcón, en la ciudad de Coro el 13 de abril de ese mismo año.

Esta Constitución sigue las tradiciones estructurales del cuerpo legislativo, así como, su facultad auto reguladora en cuanto a su funcionamiento interno.

Comienza en su artículo 22 a determinar las facultades del control político que pueden ejercer los diputados como las de revisar la cuenta anual del ejecutivo nacional específicamente en su numeral primero, luego pasa a facultar a los diputados para emitir el voto de censura a los ministros (numeral

2º). Este mismo artículo en su numeral tercero (i) atribuye el conocimiento de las acusaciones contra el presidente por dos causales concretas: a) La de traición a la Patria; o b) por comisión de delitos comunes, lo cual representa un límite claro a esta facultad con respecto del presidente; y por otra parte, podían conocer de las denuncias que contra los ministros se realicen, esta vez, con unos causales muchos más amplios, dentro de los cuales se incluyen mal desempeño. Todo ello en concordancia con el artículo 106 de esa misma Constitución, el cual disponía que cualquier ciudadano podía realizar ese tipo de denuncias.

Luego el artículo 23 desarrolla el proceso para llevar a cabo esta potestad y el artículo 24 establece la inhabilitación –de forma cautelar– del enjuiciado, por solo el hecho de considerar la cámara que hay lugar al enjuiciamiento.

Como es tradición en la historia constitucional venezolana, el artículo 28 resuelve que corresponde a la Cámara de Senadores sustanciar y decidir los juicios políticos que se suscitaren.

Correspondía a las cámaras en conjunto, constituido en congreso según el artículo 43 de esa Constitución lo siguiente:

Nº 16: El control político de los tratados y convenios internacionales.

Nº17: La concesión de los contratos públicos.

Nº18: Conceder Amnistía.

Nº23: Establecer las responsabilidades y sanciones en los juicios políticos.

Nº27: El control de los ascensos militares.

Este texto fundamental, rompe con el esquema llevado en los anteriores textos y coloca el control político del nombramiento de los magistrados en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, pero con igual contenido sustancial en relación al resto de las constituciones, quedando en manos del poder legislativo, la designación de los magistrados del máximo tribunal.

## 2.5. Constitución 1947

En este texto se mantiene el nombre dado a la república en la anterior constitución, fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de julio de 1947, y fue mandada a ejecutar por la Junta de Gobierno Revolucionaria encabezada por Rómulo Betancourt.

El control político es desarrollado en ese texto, comienza en el artículo 146 el cual estipula la inmunidad parlamentaria y el requisito del allanamiento para enjuiciar a los diputados o senadores. Luego las facultades del juicio político, igualmente por iniciativa de los diputados en su artículo 153 numerales 2 y 3; el primero estipulaba el voto de censura a los ministros y su procedimiento; en cambio el numeral tercero era una cláusula abierta para el legislador ya que éste podía atribuir más competencias a los diputados en esa materia.

Le correspondía a la Cámara de Senadores según el artículo 156, conocer de los ascensos militares y de las demás que la ley le atribuye.

Se observa en este texto, que la capacidad de auto regulación es mucho mayor que en las demás constituciones, ya que relega absolutamente a la ley.

Ahora bien, correspondía a ambas cámaras según el artículo 161: Calificar a los miembros del congreso, la función contralora y las interpelaciones (numerales 5,6 y 7 respectivamente); todas ellas de manera independiente la una de la otra; pero, le correspondía respecto del control político de: enajenación de los bienes del Estado y el decreto de amnistías (art. 162 N°8 y 11) de forma conjunta.

A las cámaras reunidas en Congreso correspondía: Aprobar o improbar la memoria y cuenta del presidente y sus ministros (165 N°5), al igual que como se señaló en el anterior texto constitucional, se estipuló en el capítulo correspondiente al poder judicial la facultad del congreso de designar a los magistrados de ese poder (art. 219)

## 2.6. Constitución 1961

El control político o parlamentario, en la Constitución de 1961 se desarrolló desde el artículo 139; estableció en términos generales, que el control de la Administración Pública corresponde al Congreso en los términos establecidos en la Constitución y sólo en la Constitución, la cual prevé primero: la posibilidad de citar a los Ministros y la obligación de éstos de asistir cuando vayan a ser interpelados (art.99); segundo, la posibilidad de las Cámaras de realizar investigaciones, con la obligación de todos los funcionarios de la Administración Pública y de los Institutos Autónomos de comparecer ante los cuerpos legislativos y de suministrar informaciones y documentos que se requieran, obligación que también incumbe a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías (art. 60); tercero, corresponde al Congreso el

control de la Administración Descentralizada; es decir, de los Institutos Autónomos, así como, de los intereses del Estado en Corporaciones o Entidades de cualquier naturaleza (art. 230), por supuesto, de conformidad con la Ley; y cuarto, también como mecanismo de control del Congreso los ya señalados de aprobaciones y autorizaciones que corresponden al Congreso en determinados casos de acciones del Ejecutivo<sup>3</sup>.

### 3. Control Político

Concepto. Naturaleza y Diferencia con el Control Jurídico. Objeto. Características y Efectos.

#### 3.1. Concepto:

Podemos conceptualizar el control político, como la facultad que posee el congreso para restringir, fiscalizar e incluso juzgar la actuación de los demás órganos que conforman el poder público, y en especial los miembros que conforman el poder legislativo.

Esta función legislativa contralora, sirve de contra peso al poder de los demás organismos. Ya bien lo decía Montesquieu: “solo el poder detiene al poder”, es en base a esta premisa que se concibe el control del legislativo, ya que está conformado por los representantes de los ciudadanos, siendo así el más legitimado democráticamente hablando y plural de todos los poderes. El “juicio político” se llevaba a cabo con el objeto de los que detentan el poder, rindieran cuentas o den explicaciones según sea el caso, ante esos re-

<sup>3</sup>Brewer, Carias (1983), Texto de la comunicación preparada para la Conferencia Internacional sobre Redacción de Constituciones Contemporáneas organizado por el AmericanEnterprise Institute for Public Policy Reserch.Pp 68.



presentantes de los ciudadanos, de sus decisiones o actuaciones inherentes al cargo.

Esta facultad busca mitigar el ejercicio abusivo del poder, la corrupción en el manejo de fondos del estado y determinar responsabilidades de funcionarios; para luego emitir un pronunciamiento el cual conllevará consecuencias según cada ordenamiento jurídico.

### 3.2. Naturaleza. Diferencias con el Control Jurídico:

Se discute ampliamente en la doctrina la naturaleza de esta facultad del legislativo, pues algunos sostienen la tesis de que como esta potestad proviene de normas jurídicas, su naturaleza es en consecuencia jurídica. Para otros esta concepción es muy simplista y no va a la sustancia de la institución, e ignora cuestiones fundamentales como las limitaciones a las cuales está sujeta, el modo de juzgar e interpretar normas y hechos, e incluso la naturaleza de las penas.

Por lo tanto, para determinar la naturaleza de esta institución, es necesario realizar una comparación entre ésta y el control jurisdiccional:

1.- El control político arriba a un juicio de valor, a través de una apreciación subjetiva de quien juzga; es decir, los encargados de emitir un pronunciamiento tienen la libre valoración de lo que examina<sup>4</sup>. En cambio, en sede jurisdiccional, la valoración de lo que se dictamine se hace de manera obje-

---

<sup>4</sup>Hernan Salgado Pesantes. Teoría y Práctica del Control Político. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Anuario 2004 Tomo I Sección de Previa, 2004. Pag. 383 [En Línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=2004.1>

tiva, fundamentada en normas que por lo general limitan la discrecionalidad del juez y nunca puede desembocar en un juicio de valores.

2.- En el control jurídico está sometido al principio de imparcialidad e independencia de los jueces; mientras, muy por el contrario, el juicio político carece de independencia e imparcialidad en el juzgador, toda vez que éste puede responder a intereses partidistas o conductas asociadas a la disciplina parlamentaria y a compromisos o alianzas políticas.

3.- Además, la puesta en marcha de este mecanismo puede estar sujeto al principio de oportunidad; es decir, es optativo del parlamento hacer uso de él. Mientras que por el contrario, el control judicial se activa objetivamente, no hay posibilidad de escogencia de cuando es conveniente o no activarlo – salvo en algunas materias que se rigen por la autonomía de la voluntad de las partes–.

4.-Por otro parte, las interpretaciones que haga el órgano legislativo de las normas jurídicas en los juicios políticos, es siempre una interpretación política, carente de vinculación jurídica para los demás organismos del poder público; a diferencia de la interpretación judicial, que conlleva consecuencias jurídicas y que coadyuva al desarrollo legislativo, y en algunos casos, la exegesis emanada de los tribunales debe ser tomada en consideración por los demás tribunales de la república. Por último, la interpretación del órgano

legislativo, no está sujeta a motivos de derecho, sino a incitaciones de oportunidad; y bajo la mayor libertad de valoración de los hechos y derecho.<sup>5</sup>

Es por todas esas consideraciones, que se puede afirmar que el control que ejerce el legislativo, es de naturaleza política, toda vez que (i) se realiza en el órgano político-deliberante por excelencia, (ii) no está sujeto a principios jurídicos de carácter valorativo de los hechos, así como su interpretación del derecho responde a motivos ajenos éste, que incluso pueden ir en detrimento del derecho; (iii) sus decisiones no conllevan una sanción en algunos casos y si conlleva sanción ésta podría ser aplicada según lo considere conveniente el parlamento; (iv) se inicia de forma optativa para el poder legislativo en razón del principio de oportunidad política.

### 3.3. Objeto:

El objeto del control parlamentario, es la vigilancia y fiscalización de los demás entes que conforman la administración pública, todo con la finalidad de funcionar como un equilibrio de poderes dentro del mismo Estado.

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. Pag. 384.

3.4. Por lo tanto, el control político, “no tiene como finalidad controlar la producción jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico) ... El objeto inmediato del control político puede ser un acto político concreto, o una actuación política general”<sup>6</sup>. En realidad, el control lo ejerce el parlamento sobre el órgano, a diferencia del control jurídico –ya sea ordinario o constitucional– que controla el derecho y no los órganos.

### 3.5. Características:

Es de naturaleza política

Responde al principio de oportunidad

Funciona como un contrapeso a los demás poderes que conforman el Estado

Las valoraciones que se realizan tanto del derecho como de los hechos es subjetiva y meramente políticas por lo que escapan del control judicial; siempre y cuando no conculque el sistema de libertades.

### 3.6. Efectos:

Es inmanente a todo control un resultado o consecuencia, sin esto ello perdería su finalidad; a menos que se desee emplearlo como un mero mecanismo de comprobación.

En el caso del control político, por el solo hecho de darse inicio a este tipo de mecanismo se obtiene un resultado, que sería el de mostrar a la opinión general, que se está sometiendo a las actividades públicas, a la crítica y va-

---

<sup>6</sup> Aragón Reyes, M. (1986). El control parlamentario como control político. *Revista de derecho político*, 9-39. disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1986-23-52E8C859/PDF>

loración institucional del desempeño de los órganos que detentan el poder.<sup>7</sup> Sin embargo, este efecto no es el que realmente interesa a este estudio.

Nuestra Constitución, plantea varias hipótesis, una de ellas es que el ente contralor, arribe a una decisión positiva de la gestión controlada, y en consecuencia no se susciten más consecuencias. La última hipótesis es que la valoración sea negativa, caso en el cual le corresponde al poder ciudadano tomar las medidas y sanciones correspondientes (Art. 222). Si el sujeto del control fuera un ministro o el vicepresidente ejecutivo, la sanción podría resultar en la moción de censura (Art. 236).

Además, corresponderá a los tribunales de la república, sustanciar los juicios y pronunciar la decisión que corresponda según las leyes y la Constitución. Sin embargo, no serán vinculantes para éstos las decisiones adoptadas por el legislativo, salvo las pruebas que los tribunales evacuen con respeto al debido proceso según lo estipulado en el artículo 224 de la Constitución.

Ahora bien, como hemos señalado en líneas anteriores, la sanción puede ser aplicada o no a discreción del órgano legislativo y sólo las que la Constitución prevé –principio de legalidad–.

#### **4. El control político de la constitucionalidad de las leyes Vs. El control jurídico de la constitucionalidad de las leyes**

Para el Derecho Procesal Constitucional, es enriquecedor comparar estas instituciones, ya que el control legislativo de las leyes resulta –en Europa, y

<sup>7</sup> Aragón Reyes, M. (1986) Ob. Cit.

más precisamente en Francia— el cimiento para la posterior creación del control concentrado de la constitucionalidad por parte de un órgano *ad hoc* —en ese país—. Tan es así, que el órgano que actualmente controla la constitucional de las leyes en Francia —*Conseil Constitutionnel*—, derivó del mismo seno del parlamento de ese país que a sus comienzos funcionó como un apéndice de éste, luego con su desarrollo el Consejo Constitucional adoptó varias decisiones, que lo han hecho evolucionar hasta llegar a ser un ente propiamente jurisdiccional.

En ese sentido, se puede observar tangencialmente, que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es una evolución del antiguo control legislativo; materializándose así, los ideales de Seyés, con lo cual se ha despojando por completo a la antigua modalidad adoptada en la Tercera República Francesa, en la cual el senado mantenía todo el poder y soberanía.

Ahora bien, desde el punto de vista del Procesal Constitucional esta nueva modalidad de control es a todas luces un avance ya que: (i) El órgano *ad hoc* es capaz de hacer contrapeso efectivo al poder legislativo, actuando como bien lo refería Hans Kelsen, como legislador negativo anulando leyes; (ii) Se garantiza la imparcialidad y el efectivo control de la supremacía de la Constitución; ya que el legislativo deja de ser juez y parte, difícilmente pudiera el encargado de emitir las leyes admitir sus faltas; y por último, (iii) el control político responde a criterios de oportunidad y subjetividad como se ha afirmado *ut supra*, por cuanto la valoración que éste emita acerca de la constitucionalidad de las leyes, sería el resultado de una apreciación política

la cual no responde a la naturaleza de la función de contrastar las leyes respecto de la carta magna.

## 5. El Control Político en la Constitución de 1999

Hoy en día, el parlamento bicameral dio paso a un congreso unicameral, lo cual va en detrimento de la efectividad del legislativo como contra peso al resto de los poderes; sin embargo, esto no es objeto de estudio en esta oportunidad; empero, entre una de las debilidades que generó ese cambio de esquema, está la facilidad de ese congreso de cámara única para tomar cualquier decisión, incluso en las concernientes al control político, sin pasar por ninguna otra instancia que garantice que lo decidido sea bien estudiado y en caso de no estar apegado a derecho pueda ser revocado.

Veamos un claro ejemplo de lo que se ha comentado: En el anterior texto constitucional-1961- para enjuiciar a uno de sus miembros era necesario que se le allanara la inmunidad parlamentaria, hasta aquí no hay cambios sustanciales con el nuevo texto constitucional; pero ese allanamiento establecido en la anterior Constitución, era realizado por una comisión delegada que estaba conformada por miembros de las dos cámaras y podía ser revocado por la cámara correspondiente, si ésta lo consideraba; es decir, contaba con dos “filtros” para poder concretarse la decisión de allanar la inmunidad parlamentaria.

En la actualidad, al contar un partido político con la mayoría de los escaños en la Asamblea Nacional, decidiese levantar la inmunidad a uno de sus mie-

bros es suficiente, lo cual representa un instrumento para la consolidación de un totalitarismo parlamentario, ya que la activación de cualquier facultad de la Asamblea es más expedita y menos analizada.

Ahora bien, otra diferencia con el régimen constitucional anterior, es que la facultad investigativa estaba atribuida a ambas cámaras, y esta facultad se regulaba por unas normas exclusivamente estipuladas en la Constitución de 1961.

En el marco de la nueva constitución, se establecen cuáles son los mecanismos por medio del que se ejerce esa atribución (art.222); además deja la posibilidad de que la Asamblea Nacional se auto regule en esta materia, ya que textualmente expresa “... ejercer [el control sobre la administración Pública Nacional] en los términos establecidos en esta Constitución y **la ley**”.

Por lo que al respecto de este tema podemos concluir, que si bien se ha fortalecido sutilmente las facultades de control del legislativo, esto resulta sumamente atentatorio contra el orden constitucional, ya que es muy sencilla la imposición de mayorías; también las decisiones son tomadas sin mayores procesos que puedan someter a un estudio más riguroso de cualquier actividad legislativa incluyendo el control legislativo, lo cual favorece la imposición de mayorías, lo que es contrario al espíritu de la democracia.

Además, esta única cámara ha absorbido todas las atribuciones de las otrora cámaras de Senadores y Diputados; todo ello en el contexto poco favorecedor de la democracia por el fácil dominio de una mayoría.



Este sistema debería ser reformado y regresar al bicameralismo, a los fines de incentivar la integración de todos los sectores que hacen vida política en el país, y así recuperar el espíritu federal que la Constitución estipula, ya que es la Asamblea Nacional el espacio por excelencia donde deben converger todas las tendencias políticas, para un mejor entendimiento e integración de todo el país.

## 6. Tratamiento Jurisprudencial del Control Político en Venezuela

Es imperativo antes de comenzar a evaluar la actualidad jurisprudencial respecto a este tema en Venezuela los siguientes puntos

- a) El Tribunal Supremo de Justicia, ha abordado la cuestión con ocasión a la interposición de varios recursos de interpretación intentados por ante esa instancia.

Esta facultad le está atribuida a la Sala Constitucional en el artículo 25 numeral 17 de la ley que regula el máximo tribunal, la cual, mal interpreta la sala, como que ésta es la última interprete de la constitución, lo cual no es cierto además resulta contrario al propio texto de nuestra carta magna; toda vez que, en ésta se estipula como último y no único interprete de su texto al Tribunal Supremo de Justicia; es decir, a todas y cada una de las salas que integran esa máxima instancia.

Es por ello que debemos concluir que cuando en los fallos a estudiar se afirma: [que] “*esta Sala Constitucional como máximo y último intérprete de*

*la Constitución...*”<sup>8</sup> ignora su labor complementaria de interpretación y arrebatada a las demás salas y órganos como la Asamblea Nacional, su competencia en materia de interpretar el texto fundamental.

- b) En vista de que las decisiones que en esta oportunidad se comentaran, son derivadas de unos recursos los cuales están dirigidos a obligar al juzgado a interpretar en abstracto normas exclusivamente de carácter constitucional; consideramos conveniente traer para la reflexión, el criterio que al respecto de la interpretación de ciertas disposiciones constitucionales hacen las corrientes más progresistas de interpretación constitucional: *“At first, it seems that interpreting the Constitution cannot be such a difficult thing to do. The document is short-even shorter than it appears, if we leave out provisions that are never invoked today- and mostly written in plain English. Why not just do what the words say?”*

Sometimes we can. Many provisions of the U.S. Constitution are quite precise and leave no room for quarreling, or fancy question about interpretation.”<sup>9</sup>. Es así que hasta para los doctrinarios que estimulan leer entre líneas el texto de la Constitución, existen disposiciones que no dejan lugar a interpretación extensiva alguna.

<sup>8</sup> Sentencia N° 1077 de 2000. Caso Servio Tulio León. Sala Constitucional.

<sup>9</sup> Strauss, D. (2010). *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press: *A priori*, pareciera que interpretar la constitución no es tan difícil de hacer. Este documento es corto - incluso más de lo que aparenta ser, si dejamos de lado proposiciones que nunca son invocadas hoy día, que en su mayoría están escritas en un inglés llano. ¿Porque no solo hacemos lo que la constitución dice? Algunas veces podemos. Muchas de las proposiciones de la Constitución de los Estados Unidos son muy precisas y no dejan espacio para el debate, o una interpretación extravagante.

- c) Por otra parte, el recurso de interpretación no deriva de un caso en concreto; es decir, la sala analiza en base a abstracciones o situaciones hipotéticas no comprobadas, por lo cual no puede suplir procedimientos o juicios en curso como ella misma lo ha señalado -, ya que no es el mecanismo ideado para ello, por cuanto el rango de su accionar está supeditado a desarrollar la constitución y no dirimir controversias y mucho menos interpretar normas inferiores a la constitución.

Estas consideraciones preliminares, deben ser tomadas en cuenta al momento de emitir cualquier miramiento sobre las sentencias números 7 y 9 proferidas por la Sala Constitucional en los meses de febrero y marzo de 2016 respectivamente, ya que inciden sustancialmente en el fondo de lo decidido cómo se verá en el desarrollo de este ensayo.

En ese sentido para poder ilustrar mejor el tratamiento que la sala ha desarrollado en sus últimas decisiones, se explicará con (i) breves extractos sobre lo que ha resuelto respecto del control político, (ii) después en capítulos aparte se analizarán algunos aspectos procesales de las sentencias según los criterios que ella misma ha expuesto.

#### 6.1. Sentencia N° 7 del 11 de febrero de 2016

En este primer fallo, la Sala Constitucional supedita al control político de los decretos de estados de excepción dictados por el ejecutivo al control jurídico, todo ello interpretando el artículo 339 del texto constitucional el cual establece:

El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

Si bien toda interpretación puede llevar consigo cierto grado de creación, la sala en esta oportunidad a través de su exegesis, mutó —como lo llama la doctrina— el texto constitucional, ya que según su criterio:

“... por lógica jurídica, la referencia expresa a la aprobación, en la Constitución de 1999, apareja la posibilidad contraria, es decir, la de la desaprobación, tal como lo ha reconocido esta Sala.

Sin embargo, la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues, de lo contrario, no tendría sentido que el constituyente, en correspondencia con los principios de supremacía constitucional y del Estado Constitucional (no del otrora Estado Legislativo de Derecho), hubiere exigido, además de aquel control, el examen constitucional del mismo, por parte de esta Sala, como máxima protectora de la Constitucionalidad (vid. artículos 335 y 339 del Texto Fundamental); de allí que aquel control, sobre la base de los principios y normas mencionados, además de la autonomía del Poder Público, no invalida la tutela definitoria de la constitucionalidad.”

La mutación derivada de esta interpretación salta a la vista, ya que si el texto constitucional hubiese querido supeditar al poder judicial o algún tipo de sus controles sobre el legislativo, para el caso en particular de los estados de excepción, así expresamente lo establecería, ya que ante situaciones de ex-

cepcionalidad económica o de otra índole, lo que la carta magna persigue, es la revisión con mayor detenimiento de esa decisión tan drástica que corresponde de forma exclusiva al ejecutivo, y para ello dispone que sean los poderes legislativo y judicial los supervisores de este decreto.

Si bien es cierto como lo afirma la sala en el fallo de marras, que el control político responde a los principios de oportunidad, conveniencia y además es subjetivo al momento de tomar decisiones. Ello no significa que este control sea contrario a la Constitución, ilegítimo o sin relevancia; es evidente que el objetivo que persigue nuestro texto fundamental es precisamente que la Asamblea Nacional, en su carácter de representantes del pueblo examine la conveniencia de la activación del estado de excepción.

En ese sentido, resulta entonces la Sala Constitucional el último filtro –pero no menos importante– llamado a revisar la Constitucionalidad de una decisión que a todas luces va con una alta carga política, y a ésta le corresponde revisar los aspectos jurídicos y nunca los políticos, como la conveniencia de su aplicación o no; por lo tanto a modo de conclusión, la decisión de aprobar o improbar que surja de la Asamblea Nacional no puede ser examinado por la sala, ya que es por naturaleza es una decisión política y por lo tanto la sala no puede imponer su control jurídico en este caso en particular a la Asamblea, lo cual hizo y terminó por reducir sus capacidades por vía judicial en fraude a la Constitución.

## 6.2. Sentencia N°9 del 1 de marzo de 2016

Comienza la Sala su exegesis por los artículos que distribuyen la organización de la administración pública, hace un énfasis especial en que la norma constitucional es el marco de la actuación de los poderes que conforman la administración pública, y de la interpretación de esas normas, concluye que la actuación legislativa no puede inmiscuirse en las competencias exclusivas de los demás órganos del poder público; en función de esa premisa comienza por examinar las atribuciones del Poder Legislativo, especialmente la facultad de control político, la cual reconoce, pero –haciendo la salvedad– siempre y cuando no entorpezca las funciones de los demás organismos del Estado, que incluso este posible abuso podría derivar en violaciones a los derechos humanos.

Resulta en parte cierto lo expuesto por la Sala Constitucional, la Asamblea evidentemente no puede sustituirse en las funciones de los demás órganos del Estado, pero resulta inverosímil pensar que el uso de una atribución legítimamente otorgada desde la constitución de 1811 al legislativo, pueda ser considerada como un sabotaje a los demás órganos del poder público, que a todas luces están obligados a responder a los ciudadanos directamente o a través de sus representantes. Esa interpretación resulta incompatible con los artículos de los cuales deriva e incluso el método “gramatical, lógico, histórico e integral” al cual expresa la Sala que utilizó para resolver este recurso.

Es evidente que, si esa facultad controladora pudiera entorpecer el funcionamiento administrativo, ninguna constitución nacional o extranjera la esti-

pularía; por lo tanto, sobre esa norma, solo se puede interpretar que el control político guarda una estrecha relación con los principios de transparencia, colaboración entre los entes del Estado –el cual también mal interpreta la Sala, lo cual observaremos aguas abajo– y rendición de cuentas, así como también su rol de contrapeso a los demás poderes.

La Sala interpretó evidentemente en contra del propio método histórico el cual declara utilizar, que están supeditados sólo al control político el Poder Ejecutivo Nacional; es claro la omisión de dicho método ya que los textos fundamentales de la historia republicana de nuestro país han estipulado el control para todos los funcionarios del Estado.

Fundamenta la Sala esa exégesis, en que la Carta Magna consagra el ejercicio del control sobre la administración pública nacional y el gobierno, a todas luces esa disquisición colide con el método sistemático de interpretación, ya que (i) el gobierno en nuestro sistema, es el Presidente de la República ya que es éste quien dirige la fuerza de gobierno;(ii) y por otro lado olvida el contenido en el artículo 136 de la Carta Magna que clara e inteligiblemente establece que el poder público nacional se divide en 5 poderes (Judicial, Ciudadano, Legislativo, Electoral y Ejecutivo) por lo que se puede concluir que es evidente el sometimiento de esos poderes al control político.

En función de dicha interpretación, la Sala desarrolla aguas abajo una regulación para el ejercicio de la facultad, lo cual está completamente fuera de sus competencias, ya que la regulación del órgano legislativo le corresponde a la Asamblea Nacional, a través de reglamentos internos o leyes, por eso

mal puede inferir la Sala que ella, puede regular el desarrollo de la actividad de la Asamblea Nacional a través de interpretaciones; y muchos menos puede supeditar la facultad del legislativo a una supuesta coordinación con el Vicepresidente Ejecutivo, por el principio de colaboración que establece el ya mencionado artículo 136 concatenado con el 236 N° 5; ya que, de la interpretación de esos artículos no se aprecia el sometimiento de atribuciones a la discrecionalidad de ningún funcionario de cualquier otro poder derivado del principio de colaboración.

Como consecuencia de esa exégesis, la Sala colocó en un nivel inferior al Congreso; es decir, se le arrebató el control de tres poderes nacionales, las gobernaciones, alcaldías y además, para ejercer su función contralora sobre el único órgano al cual puede controlar, antes de actuar debe comunicárselo para que éste a su arbitrio determine cuando deben comparecer los miembros del Ejecutivo. Esto se le puede comparar cuando en la Francia post revolucionaria se les prohibió a los jueces controlar a la administración pública; en este caso la prohibición es al inverso, pero ésta conlleva un retroceso hasta el año 1790.

Además “el protector” de la Constitución, desconoce que las Fuerzas Armadas forman parte del Ejecutivo, ya que éstas deberán someterse al control político del Presidente de la República y no de la Asamblea Nacional, lo cual a todas luces desconoce (i) que las Fuerzas Armadas poseen un ministerio y que éste está adscrito al Ejecutivo y (ii) por formar parte del Ejecutivo Nacional, la Sala al excluir a este cuerpo castrense contradice lo antes dicho en el fallo lo que es un vicio de incongruencia.



Luego, en otro capítulo de esa sentencia, declara *a priori* y de oficio, la inconstitucionalidad de una actividad propia, interna organizativa y constitucional de la Asamblea como lo es, la creación de una comisión especial para revisar su propia actuación, ya que la Sala **presumió** que tenía por intención la destitución de los magistrados del máximo tribunal. Esta “presunción” deja mucho que desear ya que pareciese que la Sala está ejerciendo el control político el cual es de apreciación subjetiva y olvidó que el control jurídico es objetivo y sujeto a la Constitución, como esa misma Sala así lo reitera en el fallo. Todo ello en virtud de la interpretación en la cual le arrebató de su campo de control a los otros tres poderes que conforman el poder público.

Con este fallo la Sala ha involucionado el derecho constitucional venezolano, haciendo retroceder varios siglos atrás hasta la separación de poderes originariamente ideada

### 6.3. De los vicios de Procedimiento en Ambos Fallos

Es necesario antes de abordar los fallos desde el punto de vista procesal, aclarar que el aparato jurisdiccional constitucional se inició en estos casos por unos recursos de interpretación en abstracto. En ese tipo de recursos el accionante debe plantear una situación hipotética, para que el tribunal desarrolle en abstracto únicamente el texto constitucional, cuando en éste se presenten ambigüedades u oscuridad; por lo tanto la propia sala ha estipulado que este mecanismo no puede suplir a la jurisdicción ordinaria y resolver un conflicto entre particulares, y mucho menos acumularse acciones

que hagan incompatible el procedimiento o lo excluyan como verbigracia el de nulidad de leyes, colisión de leyes, nulidad de un acto o interpretar texto de rango legal o sub-legal.

Ha determinado el tribunal que este recurso es desarrollo de la participación ciudadana, y que si bien no hay contención propiamente dicha, se debe propiciar la comparecencia a ciudadanos que tengan interés en intervenir, para procurar una mayor participación de la ciudadanía, lo cual no ocurrió en ninguno de los casos, transgrediendo así la sala su propio criterio.

En función de esas consideraciones, se observa que las sentencias bajo análisis, en su mayoría no interpretan el texto de la constitución, y actúa como si se tratara de un caso contencioso de controversias constitucionales entre los órganos del poder público, el cual no es objeto del recurso de interpretación.

En ambos fallos se utiliza el control difuso que: (i) no es procedente ya que no hay un caso concreto sino uno abstracto; y (ii) la desaplicación termina siendo de carácter *erga omnes* lo cual no es característico del control difuso que tiene por objeto, desaplica al caso en concreto, además se contradice con sus criterios de incompatibilidad con otros recursos antes señalado.

Por último, la Sala procede a interpretar textos de carácter legal y ordena de oficio la apertura de un procedimiento para su nulidad para el cual ya adelantó pronunciamiento, además de no estar facultada, ya que ni la Constitución ni la doctrina más autorizada ha contemplado las actuaciones oficiosas para la nulidad de leyes, ya que esto deslegitima al tribunal o Sala Constitu-

cional, por ser este un órgano no democrático escogido en segundo grado; por lo tanto, ese órgano jurisdiccional debe esperar que acudan a él para así evitar minar su legitimidad como tribunal, y ello solo se logra con la mayor participación de la ciudadanía en sus causas o mediante sus representantes.

A modo de reflexión, se debe considerar que la interpretación conlleva inevitablemente un cierto grado de creación, es por esa razón que los órganos encargados de velar por la supremacía constitucional deben apegarse al principio de auto restricción. La Sala Constitucional en este caso no debió modificar las distribuciones de las funciones de los órganos del poder público a través de los resultados de su interpretación, por lo tanto, el papel de la Sala es el de controlar y no el de restringir libertades del legislador más allá de los establecidos en el texto fundamental.

## 7. Del Juicio Político al Ejecutivo Nacional

Como hemos podido observar a lo largo de este ensayo, el control político existe desde los inicios de nuestra historia republicana. Siempre, nuestros textos constitucionales, han señalado que todos los funcionarios públicos son susceptibles de ser sometidos este tipo de control.

En tal sentido, encontramos en el artículo 187 numeral 3° que: “corresponde a la Asamblea Nacional... El control sobre el gobierno y la administración pública en general.” Nuestra Constitución, nos aclara que quiere decir la primera parte de ese numeral, cuando señala al Presidente de la República, como Jefe de Estado y en esa condición, encargado de dirigir “la acción de

gobierno”. Por lo tanto, es competente la Asamblea Nacional para controlar el órgano que ejerce esa acción; es decir el Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, nuestro texto fundamental no establece expresamente sanción de darse un juicio político, en el cual se encuentren motivos –de índole político o jurídico– para castigar al Presidente por su desempeño. Sin embargo, el artículo 233 de La Constitución expresamente indica, que es falta absoluta de ese funcionario: “el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional”; aquí obtenemos nuestro primer asomo, y nos preguntamos ¿qué es el abandono del cargo?

Para dar respuesta a nuestra cuestión, debemos echar mano del artículo 232 el cual consagra el régimen de responsabilidad del Presidente de la República; en esa proposición la Constitución establece la obligación del ejecutivo a “procurar la garantía de los derechos humanos y libertades”; entonces, podemos tomar este artículo como un parámetro que el propio texto constitucional señala para determinar el desempeño en el cargo por parte de quien detente la más alta magistratura y así determinar si el Ejecutivo está cumpliendo sus obligaciones, las cuales son inherentes al cargo.

Si bien la Constitución no estipula un procedimiento para tal actuación, estimamos pertinente, que todo ello se desenvuelva en un juicio de naturaleza política, para así impregnar de la mayor legitimidad democrática, una decisión tan trascendental, que a todas luces generará tensiones en los órganos que componen al Estado.

## 8. Conclusión

El control político juega un papel importante en la democracia, no debe ser visto como un mecanismo de inferioridad o ilegalidad ante otros medios de controles u órganos del poder, por el contrario, debe tomarse en cuenta su especialidad dentro del ámbito político al cual se circunscribe; además que, por responder este mecanismo a principios diferentes al control jurídico, no significa que es un medio arbitrario o absurdo el cual debe ser restringido a toda costa.

Imponer este tipo de limitaciones conlleva al desequilibrio de las instituciones que conforman al Estado, a arbitrariedades por parte de los órganos al cual le favorece esa distorsión; además rompe con la tradición Republicana donde la hoy denominada Asamblea Nacional, ejerce la democracia representativa, y por lo tanto los órganos de la administración en virtud del principio de transparencia y responsabilidad, están obligados a responder.

Por otra parte, podemos afirmar que el control político cumple una función no paralela al control judicial, pero sí de cierto modo convergente, en el sentido de que puede dar inicio a procedimientos jurisdiccionales.

En lo que respecta al Derecho Procesal Constitucional y el control político de las leyes, resulta este último un control poco equilibrado e ineficaz; es un avance para el derecho la conformación de órganos imparciales, objetivos y especializados para resguardar al texto fundamental, lo cual también es garantía democrática en el Estado constitucional de derecho; ya que cualquier

ciudadano puede objetar las decisiones legislativas que le sean perjudiciales por ante esos tribunales *ad hoc* con capacidad de anular leyes.

Los poderes del Estado deben estar perfectamente equilibrados, además de contar con instrumentos que puedan ser activados para corregir los desequilibrios ocurridos en el ejercicio del poder, cada uno dentro del ámbito de sus especialidades y competencias, para que así pueda haber un ambiente propicio para la participación ciudadana y la democracia y prolifere el estado de derecho.

## 9. Referencias Bibliográficas

Aragon Reyes, M. (1986). El control parlamentario como control político. Revista de derecho político, 9-39. disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1986-23-52E8C859/PDF>

Brewer-Carías, A. (2008). Las Constituciones de Venezuela. 3era. Ed. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Brewer-Carías, A. (2012). Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Cancel, Mario (2010), Teoría de Separación de Poderes, Pensamiento Social y la Sociología. <https://historiasociologia.wordpress.com/2010/12/18/montesquieu-separacion-poderes-1/>

Figueruelo, A. (2001). Consideraciones en Torno al Recurso de Interpretación en Revista de Derecho Constitucional N°4. Caracas: Editorial Sherwood.

Fix-Zamudio, Héctor La Justicia Constitucional en América Latina.

García-Pelayo, M. (2010). Derecho Constitucional Comparado 3ra ed. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo .

Mora-Donatto, Cecilia. Las Comisiones Parlamentarias de Investigación como Órganos de Control Político. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=904>

Salgado Pesantes, H. (2004). Teoría y Práctica del Control Político. El juicio político en la Constitución Ecuatoriana en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung.

Strauss, D. (2010). The Living Constitution . New York : Oxford University Press.

## La desobediencia civil en *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* de Juan Germán Roscio

José Ignacio Hernández G. \*

### I JUAN GERMÁN ROSCIO Y SU TIEMPO

Juan Germán Roscio ha sido considerado, y con razón, “uno de los pensadores más conspicuos de la revolución de la Independencia” (Grases)<sup>1</sup>. Así, Roscio, y los demás actores civiles que participaron en la construcción jurídica de la República Liberal entre 1810 y 1811, dieron una extrema importancia a la palabra. Por ello, la independencia fue un *proceso razonado a través de la palabra*, como se evidencia de los diversos actos emitidos por la Junta Suprema, primero, y por el Congreso, después. De varios de esos actos Roscio fue autor o co-autor, logrando expresar, de esa manera, el pensamiento del nuevo Derecho Público para la libertad que entonces comenzó a formarse. En tal sentido, Roscio cumplió un rol determinante en la construcción del nuevo lenguaje de ese Derecho.

En tal sentido, Roscio puede ser considerado un hombre de transición (Willwoll)<sup>2</sup> entre el orden colonial y el nuevo orden republicano. De allí que su pensamiento haya sido considerado moderado: sin renunciar a la defensa de la libertad, mostró recelos hacia el libertinaje o abuso de libertad. El pen-

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila

<sup>1</sup> “Juan Germán Roscio”, en *La tradición humanística. Obras. N° 5*, Editorial Seix Barral, Caracas, 1981, pp. 75 y ss.

<sup>2</sup> Willwoll, Guillermo Emilio, “Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio”, *Revista de la Facultad de Derecho N° 49*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971, p. 163.



samiento de Roscio es, así, el de la libertad ordenada, y el de las garantías que esa libertad debe tener frente al Estado<sup>3</sup>.

La propia vida de Roscio es signo de esa transición. Roscio nace el 27 de mayo de 1763 en San Francisco de Tiznados, actual Estado Guárico. Como apunta Carlos Pernalet, Roscio era mestizo, lo cual era condición más que suficiente para restringir el acceso a su educación<sup>4</sup>. No obstante ello, Roscio pudo acceder a la educación en Caracas. Así, su inclinación humanista llevó a sus padres a confiar su custodia a Doña María de Luz Pacheco, hija del Conde de San Javier. De esa manera, Roscio llega a Caracas con 11 años, en 1774, para estudiar en el Seminario de Santa Rosa y luego en la Pontificia Universidad de Caracas. Estudia Filosofía por seis años, hasta alcanzar el grado de Bachiller. Luego asiste a la cátedra de Teología de Prima, Vísperas y Escrituras Sagradas, estudios que abandona por la muerte del padre, que le priva de recursos. Se matricula entonces, en 1787, en Cánones y Leyes, para graduarse de Doctor en Cánones el 21 de septiembre de 1794<sup>5</sup>.

Roscio fue estudiante ejemplar. En 1790 gana el primer concurso en Derecho Civil promovido por la Universidad, y en 1791 obtiene otro premio similar en Sagrados Cánones. En 1794 obtiene la primera medalla en los ejercicios literarios de la Academia de Derecho Español y Público, presidida

---

<sup>3</sup> Castro Leiva, Luis, “La elocuencia de la libertad”, en *Luis Castro Leiva. Obras. Volumen I*, UCAB-Fundación Empresas Polar, Caracas, 2009, pp. 185 y ss.

<sup>4</sup>Pernalet, Carlos, *Juan Germán Roscio*, Biblioteca Biográfica Venezolana, El Nacional-Bancaribe, Caracas, 2008, pp. 11-13.

<sup>5</sup>Cfr.: Pernalet, Carlos, *Juan Germán Roscio*, cit., p. 12. Véase igualmente, en cuanto a la educación de Roscio, a Mijares, Augusto, “Prólogo”, en *Juan Germán Roscio. Obras. Tomo I*, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, Caracas, 1953, pp. XII y ss. Véase también a Arráiz Lucca, Rafael, *Civiles*, Editorial Alfa, Caracas, 2014, pp. 17 y ss.

entonces por Miguel José Sanz, quien luego será, junto a Roscio, uno de los pensadores fundamentales de nuestra Primera República<sup>6</sup>.

Roscio culmina sus estudios en los últimos años del siglo XVIII, es decir, en el período denominado en la historia de las ideas políticas como Ilustración, que para entonces ya tenía algún eco en Venezuela<sup>7</sup>. Empero, la educación de Roscio –como el mismo lo reconoció en varias oportunidades- se basó en la estricta observancia del *Derecho divino de los Reyes*, lo que implicaba renegar –incluso, como asunto de fe- de los principios republicanos derivados del origen popular de la soberanía<sup>8</sup>. Como puede leerse en el prólogo de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*:

“yo era en otro tiempo uno de los servidores de la tiranía más aferrados a ella. Por desgracia y por virtud de un sistema pésimo de gobierno, ellas eran el pasto de las aulas de Teología y jurisprudencia, que yo había frecuentado en la carrera de mis estudios...”

---

<sup>6</sup>Losada, Benito Raúl, *Juan Germán Roscio*, Biografías Escolares, Caracas, 1973, pp. 17 y ss. Nuestro análisis sobre la obra de Sanz, en Hernández G., José Ignacio, “Miguel José Sanz, la Academia de Derecho Público y Español y el concepto de Ley. Breves reflexiones en el centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. Tomo I*, Colección Centenario, Caracas, 2015, pp. 50 y ss.

<sup>7</sup>Pino Iturrieta, Elías, *La mentalidad venezolana de la emancipación*, bid. & co. Editor, Caracas, 2007, especialmente, pp. 246 y ss.

<sup>8</sup> Escribe Willwoll: “recordemos que el prócer ha recibido una formación escolástica o digamos mejor, sólo una instrucción escolástica y de la época de su decadencia. Esta (y con creces dentro de la corriente tomista), adolecía de cierto extremado intelectualismo, moderado y disciplinado en los grandes maestros...”. Cfr.: “Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio”, cit., p. 175. Afirma Luis Ugalde que las lecturas de las ideas liberales no las había podido aprender ni enseñar en la universidad por estar prohibidas y perseguidas. *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, bid & co. Editor-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 37. No obstante, ha observado Pérez Perdomo que la cátedra de *Instituta* se basaba en la edición de “Vinnio” de Juan de Sala, lo cual “muestra la penetración de las ideas modernas sobre el Derecho”. Cfr.: *Los Juristas Académicos de Venezuela: Historia Institucional y Biografía Colectiva*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2013, p. 50. Véase nuestro análisis sobre este punto en Hernández G., José Ignacio, “La enseñanza del Derecho en Venezuela y la Academia de Derecho Público y Español”, *300 años del inicio del Derecho en Venezuela*, Academia Nacional de la Historia-Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 21 y ss.

El carácter mestizo de Roscio le implicó obstáculos para acceder al Colegio de Abogados. En 1798 Roscio solicitó su incorporación al Colegio de Abogados, petición que le fue negada por considerar que su madre era mestiza. La réplica de Roscio dio lugar a un enconado debate, en el que Roscio fue señalado de sostener ideas de igualdad consideradas subversivas, especialmente por la defensa que Roscio había asumido en un caso profesional en defensa de Isabel María Pérez, a quien se le había negado el derecho a usar alfombra en la iglesia. Finalmente, Roscio logró su ingreso en 1805<sup>9</sup>.

Roscio se desempeñó como Profesor de la Cátedra de Derecho Civil, obteniendo en 1800 el Doctorado en esa materia. Profesionalmente ocupa cargos diversos en la Administración colonial, a saber, Asistente de Asesoría General de Gobierno desde 1796; Asistente de la Auditoria de Guerra y Juez secular de prácticas de la Real Academia de Derecho Público. En 1808 es nombrado Fiscal Interino de la Real Audiencia<sup>10</sup>.

Su actuación como abogado en 1797 y sus escritos en el litigio con el Colegio de Abogados entre 1798 y 1805 permiten evidenciar, cuando menos, cierta similitud entre su pensamiento y la nueva mentalidad que ya para ese entonces circulaba en Venezuela de la mano del contrabando. Luis Ugalde, en su amplio estudio sobre Roscio, reconoce que ya para 1797 Roscio apa-

---

<sup>9</sup>Sobre ese incidente, Héctor Parra Márquez, en *Historia del Colegio de Abogados de Caracas, Tomo Primero* (Imprenta Nacional, 1952, pp. 445 y ss.), ha efectuado una muy completa recopilación de los documentos relacionados con ese caso. Puede verse la referencia a este incidente en Mijares, Augusto, “Prólogo”, en *Juan Germán Roscio. Obras. Tomo I*, cit. pp. XIII y ss. Mijares señala, luego del análisis de ese episodio, que “*es indudable que Roscio estaba enterado, cuando menos, de las ideas revolucionarias de la época*” (p. XIX). Véase también el análisis de Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., pp. 35 y ss., y en especial, pp. 49 y ss.

<sup>10</sup>Pernalet, Carlos, *Juan Germán Roscio*, cit., p. 13.

recía como defensor de la igualdad como derecho natural, aun cuando no se aprecia, de manera determinante, la influencia del pensamiento de la Ilustración<sup>11</sup>. Sin embargo, si nos atenemos a lo afirmado por el propio Roscio, el cambio de su pensamiento, es decir, la asunción del pensamiento político de la Ilustración aplicado a la realidad venezolana, se da en 1809<sup>12</sup>.

Esta educación, conservadora y tradicional, fue por ello religiosa. Roscio fue un católico fervoroso, lo que en modo alguno le impidió una aproximación racional a la Biblia para extraer de allí fundamentos del nuevo Derecho Público por el formado. Una muestra por demás elocuente de ello es su Testamento, de 1818, en el cual comienza afirmando sus dos creencias principales: la religión católica y el sistema republicano<sup>13</sup>.

Tal es el resumen de la vida de Roscio, cuando en 1808 comienza a evidenciarse la crisis de la Monarquía española, que en 1810 desembocaría en la conformación de la *Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII* el 19 de abril de 1810. En el proceso iniciado entonces, Roscio ocupará una posición protagónica. Simplemente para tener una idea general de sus circunstancias personales<sup>14</sup>, cabe señalar que Roscio se incorpora a la

<sup>11</sup>Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio* Pp. 49-52.

<sup>12</sup>Así lo refiere Ugalde (p. 37). Guillermo Emilio Willwoll ha prestado especial atención a la “conversión” de Roscio. En *El Triunfo*, como refiere Willwoll, Roscio reconoce que para 1806 abrazaba todavía los fundamentos del “poder arbitrario”. En su Discurso ante el Congreso de Angostura el 18 de noviembre de 1819, Roscio reconoce que “ciegamente sacrificué mis servicios de la tiranía Española hasta el año 1809”. Para el autor “alrededor del año 1809 debe haberse presentado un acontecimiento o el influjo de una lectura (...) que le decidió definitivamente cambiar de bandera”. Cfr.: Willwoll, Guillermo Emilio, “Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio”, cit., pp. 118 y ss.

<sup>13</sup>Sobre este aspecto, vid. Mijares, Augusto, “Prólogo”, cit., XXVIII y ss.

<sup>14</sup>Cfr.: *Diccionario de Historia de Venezuela, Volumen 3*, Fundación Polar, Caracas, 2010, pp. 1005 y

Junta como “Diputado del pueblo”, quedando encargado de la redacción del *Acta del 19 de abril*. Posteriormente, desde la Junta, ocupó la Secretaría de Relaciones Exteriores. Redacta, asimismo, el *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810*, resultando electo diputado al *Congreso*. Una vez instalado este, el 2 de marzo de 1811, Roscio participa en los principales actos y declaraciones del Congreso. Confecciona, en marzo de 1811, el *Manifiesto que hace al mundo la Confederación de Venezuela*. Participa en la redacción de la *Declaración de Derechos de los Pueblos*, de 1 de julio. Junto a Isnardi, redacta la conocida *Acta de Declaración de la Independencia*, de 5 de julio. En septiembre, envía al Ayuntamiento de Nirgua una comunicación en la que insiste sobre la fundamentación jurídica de la independencia, conocida como *Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes*. Participa además en la redacción de la *Constitución*, aprobada el 21 de diciembre<sup>15</sup>.

Electo miembro suplente del Poder Ejecutivo Plural en 1812, cae prisionero luego de la capitulación con Monteverde. Hasta 1815 estará en prisión, primero en Venezuela, luego en España y finalmente en Ceuta, de donde logra fugarse en 1814 para ser hecho nuevamente prisionero, y liberado finalmente en 1815. Pese al ofrecimiento de Bolívar<sup>16</sup>, Roscio opta por no regresar a

---

ss.

<sup>15</sup>En general, sobre la participación de Roscio en estos actos, vid. Gil Fortoul, José, *Historia constitucional de Venezuela, Tomo Primero*, Editorial Las Novedades, Caracas, 1942, pp. 198 y ss. Para una semblanza de Roscio en este sentido, vid. Arráiz Lucca, Rafael, “Juan Germán Roscio: teórico principal de la independencia”, en *25 intelectuales en la historia de Venezuela*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2015, pp. 13 y ss.

<sup>16</sup>Quizás convenga detenerse brevemente en este dato. Roscio llega a Jamaica en 1816, donde se recibe una carta de Bolívar -26 de noviembre- en la cual expresa su esperanza de ver a Roscio, junto a sus compañeros de prisión (Juan Paz Castillo y José Cortés de Madariaga) “en el seno de la patria coope-

Venezuela, al preferir publicar un libro llamado a demostrar que la religión católica no es contradictoria con los fundamentos de la independencia. Lo logrará en Filadelfia, en 1817, con la publicación de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, obra que comentaremos en la sección siguiente.

Luego de la publicación de *El triunfo sobre la libertad sobre el despotismo* Roscio regresa a Venezuela. Desde 1818 acompañará a Bolívar en diversas funciones, especialmente, colaborando activamente en la organización de la República de Venezuela (con la Constitución de 1819, actuando como Presidente del Congreso de Angostura) y luego, de la República de Colombia (1820-1821). Como explica Irene Loreto, esto hace de Roscio un personaje todavía más interesante, pues no solo fue actor principal en la organización primera de nuestra República –que es la faceta que tratamos en este trabajo– sino que además, lo fue también de la evolución posteriormente de la República Liberal, primero en Venezuela y luego en Colombia<sup>17</sup>.

Además de esa labor constituyente, Roscio desempeñó diversos cargos públicos, entre otros, Vicepresidente del Departamento de Venezuela y Vicepresidente de Colombia. Con ocasión a aceptar ese cargo, muere en la Villa del Rosario de Cúcuta, en 1821. Casi doscientos años después, la Asam-

---

rando eficazmente en la construcción del gran edificio de nuestra república”. Roscio opta, sin embargo, emprender viaje a Estados Unidos, primero a Nueva Orleans y luego a Filadelfia (Valero Martínez, Arturo, *Juan Germán Roscio. Prócer Civil de la Independencia de Venezuela*, Caracas, 2008, pp. 36-37) ¿Esa negativa de Roscio implicaba cierto distanciamiento hacia Bolívar, en especial, por sus decisiones y acciones desde 1813? Parece más bien que Roscio entendía la necesidad de publicar su libro, escrito en prisión, como modo de combatir el pensamiento católico conservador. Por esa explicación parece inclinarse Domingo Milliani (“Prólogo”, a la edición de *El triunfo sobre el despotismo*, de la Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996, pp. XXII y ss.).

<sup>17</sup>Loreto, Irene, “El pensamiento de Juan Germán Roscio en los primeros textos constitucionales de Venezuela”, *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi*, Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 533 y ss.

blea Nacional, afirmando su condición de *prócer civil*, acordó trasladar sus restos al Panteón Nacional<sup>18</sup>.

## II

### EL TRIUNFO DE LA LIBERTAD SOBRE EL DESPOTISMO

La experiencia de Roscio entre 1810 y 1812 le permitió llegar al convencimiento de que la Independencia requería, antes que nada, un cambio en el pensamiento imperante, en concreto, a fin de demostrar que las ideas de la Independencia no eran contrarias a la religión católica. La sociedad colonial venezolana era católica, lo que permitió a la Iglesia insistir en la idea según la cual la defensa de la independencia –y el desconocimiento del Rey- eran una grave afrenta a la religión. Así lo explicó Roscio en carta a Martín Tovar, de 16 de junio de 1816<sup>19</sup>:

“Yo quisiera más bien obrar con las armas en la mano para vengar los agravios de la patria, que escribir más de lo que he escrito. Nunca fue esta mi profesión; pero ella lo debe ser de todo hombre que ame la libertad y que aspira darla a sus semejantes”

El servicio de Roscio a la Independencia no era, ciertamente, el de las armas, sino el de la palabra. Por ello, durante su prisión, Roscio asumió como objetivo escribir y publicar sus observaciones “*hechas a favor de la emancipación de todo el mundo colombiano*”. El propósito de estas observaciones, para Roscio, era el siguiente:

“Son de preferencia todas aquellas que tienen por objeto el combatir los errores religiosos y políticos que afianzan la tiranía y la servidumbre”

<sup>18</sup> Acuerdo publicado en la Gaceta Oficial N° 39.704 de 29 de junio de 2011.

<sup>19</sup> *Obras. Tomo III*, cit., pp. 44 y ss.

Quienes defendían al tirano en América –continúa Roscio- eran americanos, impulsados por “las falsas ideas de religión y política que aprendieron desde la cuna, y mediante las cuales creen que es un atentado contra Dios, y su santa religión el levantarse contra el despotismo español, desprenderse de él y fundar el sistema de la independencia”. La Monarquía, en conocimiento de este hecho, se afanaba en imprimir y divulgar escritos para “avivar y mantener las falsas doctrinas políticorreligiosas que han sostenido por 300 años la servidumbre de los americanos. Sabe el Gobierno español que ellas son el fundamento de su tiranía y de su duración”.

Fue con ese propósito que Roscio concibió y escribió *El triunfo de la libertad frente al despotismo*. Se trata de una densa y compleja obra, escrita con el deliberado propósito de luchar contra la mentalidad religiosa conservadora, que Roscio consideraba uno de los principales obstáculos de la emancipación. De allí su alto contenido teológico –fue escrito en tono confesional- que no impide extraer, de la obra, auténticas máximas republicanas que conforman el primer compendio de Derecho Constitucional venezolano<sup>20</sup>.

Roscio debió escribir el libro durante su cautiverio, finalizándolo para 1815. Esto puede extraerse del “Apéndice” contenido en esa obra, y en el cual Roscio alude al asesinato del general Porlier en Galicia y la homilía que,

---

<sup>20</sup>Cfr.: Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., pp. 106 y ss. En el “Prólogo” al libro de Ugalde, Grases sostiene que Roscio es “el jurista y pensador más notable de la generación de la independencia”. En su libro, nos explica Grases, Roscio desmonta el Derecho divino de los Reyes a través de una sólida construcción jurídica del modelo republicano (pp. 11 y ss.). En palabras de Mijares, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* es “más que una producción intelectual en el sentido limitado de esta palabra, una nutrida y cuidadosa síntesis de principios morales y políticos” (“Prólogo”, p. XXXI).



alabando ese asesinato, pronunciara el Obispo de Ceuta el 12 de noviembre de 1815, que Roscio leyó en impreso en diciembre de 1815. Cuando esos hechos se sucedieron, Roscio ya tenía escrita su confesión<sup>21</sup>.

Con la obra escrita, y luego de ser liberado en 1815, Roscio viaja a Jamaica (1816) y de allí a Estados Unidos de Norteamérica, arribando a Nueva Orleans el 1° de enero de 1817. Luego se dirige a Filadelfia, con el propósito de publicar su libro<sup>22</sup>. La escogencia de esa ciudad no fue casual. Como explica Pedro Grases, “*en la historia de las ideas durante la Emancipación de Hispanoamérica, dos ciudades juegan un papel decisivo en el mundo de nuestra cultura: Londres y Filadelfia*”. Filadelfia era el centro editor más importante de Estados Unidos, y también, centro fundamental de la emancipación de ese país. Ello atrajo a esa ciudad a varios hispanoamericanos, en lo que Grases llama “el círculo de Filadelfia”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Alude Roscio a la vida de Juan Díaz Porlier, militar español de ganó gran prestigio durante la Guerra de Independencia en España. Ante el desconocimiento de la Constitución de 1812 por Fernando VII, Porlier asumió la defensa de los principios liberales de esa Constitución, siendo apresado en 1814 en La Coruña. Logra evadir la prisión y en septiembre de 1815 retorna a La Coruña, pero es traicionado por sus propios soldados y condenado a muerte. Muere en la hora el 3 de octubre de 1815 (cfr.: Garrido, Fernando, *Historia de las persecuciones políticas y religiosas ocurridas en Europa desde la edad media hasta nuestros días. Tomo IV*, Barcelona, Imprenta y Librería de Salvador Manero, 1866, pp. 920 y ss.) Tal hecho dio lugar a la *Exhortación Pastoral de D. Andrés Esteban y Gómez, obispo de la Ciudad y plaza de Ceuta-en acción de gracias al Todo-Poderoso por haberse desvanecido en sus primeros pasos la turbación intentada en Galicia por D. Juan Díaz Porlier*. Ese es el texto impreso que Roscio leyó en diciembre de 1815 y que comenta en el citado “Apéndice”. En esa *Exhortación*, el obispo Esteban y Gómez alude a “*la Religión santa, que consagra del modo más sublime y celestial las personas y derechos de los Soberanos en la Tierra*”. Su texto lo hemos consultado en *El Español constitucional: Ó miscelanea de política, ciencias y arte y literatura. Periódico mensual. Tomo III*. Londres, Impreso por E. Justin, 1820, pp. 335 y ss. Sobre el tiempo en el cual Roscio escribió su obra, vid. Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., pp. 99 y ss.

<sup>22</sup> Milliani, Domingo, “Prólogo”, cit., pp. XXIII y ss.

<sup>23</sup> Grases, Pedro, “El círculo de Filadelfia”, en *Preindependencia y emancipación (protagonistas y testimonios)*. Obras N° 3, cit, pp. 280 y ss.

Roscio logra imprimir en esa ciudad *El triunfo*, en la “Imprenta de Thomas H. Palmer”, quedando registrada ante la Secretaría del Distrito de Pensilvania el 16 de septiembre de 1817. Parece que esta obra no llegó a ser difundida, al menos, con el propósito que Roscio deseó<sup>24</sup>. Su destino en Venezuela permite abonar por esa tesis: pese a sus ediciones en Estados Unidos y México, su primera edición en Venezuela fue apenas en 1953<sup>25</sup>.

Como señalamos, la obra es un ensayo, denso y complejo, orientado a demostrar, por un lado, que la obediencia ciega en la cual se basó el Derecho Divino de los Reyes no encontraba sustento en la Biblia, al contrario de lo que se defendía, en especial, desde la Monarquía Española. Asimismo, en esa obra, Roscio quiso demostrar que la Biblia, de hecho, apoyaba los fundamentos de la Independencia<sup>26</sup>. De esa manera, Roscio comprendió que, más allá de la gesta militar, la Independencia implicaba una revolución en el pensamiento, especialmente, vista la influencia de la Iglesia Católica. Esto hace que esta obra no sea, en estricto sentido, un texto de contenido jurídi-

---

<sup>24</sup>Distintas opiniones se han formulado sobre la influencia que la obra de Roscio pudo tener en la emancipación. Ugalde resalta la poca difusión que la obra tuvo en Venezuela (*El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., p. 89). Straka opina, además, que la fundamentación teológica y política de Roscio no fue necesaria para convencer a los nacientes “republicanos”, quienes admitían la validez del sistema republicano-liberal de Estados Unidos (Straka, Tomás, “De la *república aérea a la república monárquica*: el nacimiento de la república venezolana 1810-1830”, en *Las independencias de Iberoamérica*, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Caracas, 2011, pp. 424 y ss.)

<sup>25</sup>Pedro Grases resume las ediciones de *El Triunfo*: Filadelfia, 1817, 1821 y 1847. México, 1824, 1828 y 1857 (“Nota del Compilador”, p. III y ss). En Venezuela, como vimos, su primera edición estuvo contenida en las *Obras* editadas en 1953. La Biblioteca Ayacucho publicó en 1996 otra edición. En la presentación de esa edición, Milliani analiza la influencia de Roscio en México y en especial en Benito Juárez (pp. XXXV y ss.).

<sup>26</sup> Seguimos aquí lo expuesto en “Roscio el jurista”, ponencia leída el 7 de mayo de 2014 en el Paraninfo del Palacio de las Academias, en el evento conmemorativo al nacimiento de Juan Germán Roscio. La referencia a los textos de Roscio se toma de las *Obras* y especialmente, de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*.

co. Así, tal libro ha sido considerado un tratado confesional orientado a desmontar los postulados de la teología feudal que señalaba la divinidad del monarca y sus consecuentes potestades absolutas<sup>27</sup>.

No obstante, esta obra contiene la explicación de los tres principios sobre los cuales se asentó el nuevo Derecho Público comenzado a formarse en 1810, a saber: (i) el *principio de la soberanía popular*; (ii) el *carácter limitado del Poder público*, y (iii) el *concepto de libertad y su expresión jurídica en el sistema republicano*. De allí que es posible extraer, de esta obra, el *pensamiento constitucional de Roscio*, fundado en la defensa del Derecho Público basado centralidad del ciudadano y la defensa de su libertad<sup>28</sup>.

Este nuevo Derecho Público no fue asumido desde la total ruptura con el Antiguo Régimen<sup>29</sup>. Por el contrario, los signos de continuidad y ruptura presentes en nuestra Independencia también caracterizaron a la formación de nuestro Derecho Público, ante la preocupación de retomar y mantener las

---

<sup>27</sup> Morales Pino, Luz, *Juan Germán Roscio: la subversión de la palabra*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 33. Véase también a Grases, Pedro, “Juan Germán Roscio (1761-1821)”, en *La tradición humanística. Pedro Grases. Obras. N° 5*, Editorial Seix Barral, Barcelona, pp. 1981, pp. 75 y ss. Véase sobre ello, entre otros, a Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., pp. 116 y ss.

<sup>28</sup> Antes hemos analizado tal pensamiento constitucional, en Hernández G., José Ignacio, Hernández G., José Ignacio, “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed) *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, Tomo II*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 67 y ss.

<sup>29</sup> Antiguo Régimen, aclaramos, español, el cual era muy distinto al Antiguo Régimen francés. Por ello, al señalarse que la Independencia, incluso, como proceso jurídico, implicó signos de continuidad con el Antiguo Régimen, debe tenerse en cuenta los específicos rasgos que este tuvo, lo que permite explicar la continuidad jurídica de ciertas instituciones. Cfr.: Polanco Alcántara, Tomás, “La continuidad jurídica durante la independencia”, en *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 1055 y ss.

estructuras internas de poder que el orden colonial había establecido<sup>30</sup>. De allí la preocupación –volveremos sobre ello– de construir un concepto moderado de libertad, a fin de evitar el libertinaje, sinónimo de desorden y caos. Por ello hablamos de la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, para resaltar cómo la preocupación de entonces giró en torno a la necesidad de estructurar un Derecho Público centrado en la libertad y, al mismo tiempo, en el orden.

### III LA FUNDAMENTACIÓN REPUBLICANA DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO EN *EL TRIUNFO DE LA LIBERTAD SOBRE EL DESPOTISMO*

De acuerdo con lo explicado, la obra de Roscio parte de tres postulados, que pueden considerarse como la fundamentación republicana primaria u original de nuestro Derecho Público:

.- En *primer* lugar, encontramos el principio de la *soberanía popular*. Desde el inicio de nuestra emancipación, Roscio se mostró partícipe del origen popular de la soberanía y, como consecuencia, del carácter limitado del Poder Público. Así, en *El Triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Roscio confiesa que “*llamar soberanía al resultado de la voluntad general del pueblo, al resumen de sus fuerzas espirituales, me parecía un sueño*”. En esa obra Roscio asume los principios de soberanía y representación, como mecanismos para imponer límites a la Ley y al Gobierno, pero cuidándose de no

<sup>30</sup> Seguimos a Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2009, pp. 9 y ss. Más recientemente, del autor, véase *La independencia cuestionada*, Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 31 y ss. Allí Carrera alude a la “abolición selectiva de la monarquía”.

atribuir a la Ley, como expresión de la voluntad general, un carácter absoluto. Para ello, complementa el concepto de Ley con un elemento esencial: *“no es ley el acto de la voluntad de un individuo: no es legítima, sino tiránica, la autoridad que no viene del pueblo”* (Capítulo XVI). De esa manera, *“no puede ser derecho, ni ley, lo que carece de justicia y equidad”*.

La palabra Ley adquiere en Roscio un nuevo significado. Por un lado, es un acto que expresa la voluntad general a través del principio de representación. Por el otro, es un acto que debe ser justo. Por ello, la Ley arbitraria, la Ley que “invade a la libertad” pues *“injustamente priva al hombre del ejercicio de este derecho”*, haciendo *“de sus semejantes una propiedad, reduciéndolos a la esclavitud o perpetuándolos en ella”* (Capítulo XVII), no es Ley. Como afirma en el Capítulo XXIX: *“la ley que carece de esa bondad intrínseca, no tiene jurisdicción en el fuero interno ni merece denominarse Ley”*.

En este lenguaje, Roscio admite que el centro del sistema jurídico no es la Ley, o sea, el llamado legicentrismo, distanciándose de esa manera de los fundamentos jurídicos de la Revolución francesa. Si la Ley debe ser un acto “justo” es por cuanto existe un acto normativo superior, que es la Constitución. En el lenguaje del nuevo Derecho Público formado por Roscio, por ello, la idea de Constitución como *norma suprema del ordenamiento jurídico* ocupa lugar central, lo que lo ubica en una posición más cercana a los fundamentos de la Revolución Americana, incluyendo entre otros la influencia de Locke.

.- El *segundo* principio, derivado del anterior, es el *carácter limitado del Gobierno*. Siendo que la soberanía tiene origen popular, el Gobierno debe quedar limitado por esa soberanía, expresada en la Ley. De esa manera, Roscio se muestra desconfiado del Gobierno, al acotar que no es “*el ramo más excelente de la soberanía*”, aun cuando es “*el más eficaz para contener a los díscolos*” (Capítulo V). Por ende, advierte los riesgos del Gobierno que, incluso de origen popular, deviene en despótico: “*dependen de un hombre sólo*” –nos escribe Roscio– “*es esclavitud*”.

Esta idea es desarrollada por Roscio cuando analiza el carácter vicarial o servicial del Gobierno, es decir, que el Gobierno debe ser ejecutor de la Ley de acuerdo con la voluntad de los ciudadanos, quienes mantienen su soberanía superior sobre el Gobierno. Luego, el Gobierno representativo deviene en tiranía cuando el gobernante impone su voluntad convirtiendo al ciudadano en esclavo. A esa tiranía Roscio le denomina, también, *arbitrariedad* (Capítulo XXI).

.- El *tercer* principio es la *libertad y su expresión jurídica en el sistema republicano*. Los conceptos de soberanía y representación, trabajados por Roscio, acompañaron también la formación del concepto de libertad. A tal fin, Roscio asumió la difícil tarea de definir el significado jurídico de la palabra libertad. Por un lado, Roscio reconoce en el Capítulo XVII, que el hombre es inviolable mientras respete la Ley, lo que es considerado una virtud republicana esencial. Pero al mismo tiempo, Roscio reconoce los riesgos de obedecer ciegamente al Gobierno y a la Ley.

Por ello, la libertad es definida dentro de la Ley, para diferenciar esta del libertinaje. Pero como ese concepto entraña un riesgo –la Ley puede ser tiránica- Roscio se encargó de acotar que la obediencia a la Ley –y al Gobierno- no es ciega.

#### IV LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y EL DERECHO DE RESISTENCIA EN ROSCIO

Uno de los postulados del Derecho divino de los Reyes contra los cuales Roscio reacciona, es aquel que postula la obediencia ciega o irracional al Gobierno, al considerar que la desobediencia es un grave atentado en contra de la religión<sup>31</sup>. La oposición de Roscio a tal postulado, presente a lo largo de *El triunfo de la libertad frente al despotismo*, queda especialmente en evidencia en el “Apéndice”, en el cual critica la homilía del Obispo de Ceuta, que defendió –sobre la base de la interpretación de la Biblia- la obediencia ciega.

---

<sup>31</sup> El Derecho Divino de los Reyes se basaba en una obediencia ciega o irracional hacia el poder, lo que no necesariamente implicaba la existencia de un poder arbitrario. Como resume Aveledo Coll: el orden político debe ser obedecido, ya que su autoridad emana de Dios mismo. Esta tesis chocó en contra de la fundamentación republicana del Estado venezolano, ya formada de acuerdo con la Constitución de 1811. De esa manera, el reconocimiento del origen popular de la soberanía y, consecuentemente, el carácter limitado del Gobierno y de la Ley, asentaron las bases de la obediencia racional, conforme al principio de representación. Esto implicó cambiar la fundamentación de la soberanía, que de su origen divino pasó a su origen popular. La Constitución de 1811, si bien no aceptó la separación entre religión y Estado, sí se opuso a la obediencia ciega. De allí que la reacción política y social en contra de la Independencia se basó en la reivindicación del origen divino del poder y, por ende, en la obediencia ciega (Aveledo Coll, Guillermo, *Pro religione et patria República y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)*, Universidad Metropolitana-Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011, pp. 63 y ss.; pp. 178 y ss). Es por ello que el pensamiento constitucional presente en *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* parte de dos claros objetivos: (i) reiterar el origen popular de la soberanía, con base en la obediencia racional, y (ii) explicar que la obediencia racional no se opone a la religión católica; por el contrario, esa religión apoya tal obediencia y las bases republicanas del Derecho Público formadas desde 1810 (pp. 280 y ss.).

Tal y como afirma en el Capítulo I:

“Es un malvado quien sin dar más razón que su querer en la administración de los negocios públicos, exija de los súbditos una obediencia tan ciega, que ni aun les sea dado preguntar los motivos, y fines del mandato”

La **obediencia ciega**, para Roscio, es aquella que no se basa en la razón, sino en una especie de dogma, típicamente, religioso. Tal obediencia ciega es, por lo tanto, la antítesis de la **obediencia racional**, esto es, aquella que se basa en el juicio crítico al Gobierno y la Ley. De allí su afirmación según la cual “*el terror y la imbecilidad eran únicos exactores de una obediencia forzada*” (Capítulo XXIX). La obediencia ciega:

“(…) no puede ser sino el resultado de una conciencia ciega que sin discernir entre lo bueno y lo malo, ciegamente abraza cuanto se le propone” (Capítulo XXX).

La idea es reiterada en ese mismo Capítulo:

“Una obediencia ciega, una obediencia obscura, bien presto abriría el camino a la tiranía, y destruiría la libertad”

La diferencia entre la obediencia ciega y la obediencia racional es una de las piezas jurídicas mejor elaboradas de Roscio. Así, como vimos, Roscio parte del principio de desconfianza hacia el Gobierno, al reconocer que este puede ser también fuente de despotismo. Asimismo, Roscio admite el valor relativo de la Ley, en tanto ella queda condicionada al respeto de la libertad y de la Constitución. Para Roscio, el ciudadano preserva un ámbito de libertad oponible a la Ley y al Gobierno, todo lo cual permite al ciudadano valorar, críticamente, la conducta del Gobierno y del Legislador, a fin de poder decidir si la obediencia es o no debida, todo ello, en defensa de sus derechos



naturales, reconocidos en la Constitución escrita. Para ello, es fundamental que el poder sea ejercido de manera racional, lo que a su vez exige que las decisiones del Gobierno y del Legislador sean motivadas. Solo conociendo esos motivos, el ciudadano podrá decidir si obedece o no al Gobierno y a la Ley.

Nótese que Roscio no niega la obediencia, como limitación necesaria a la libertad. Su preocupación es más bien otra, a saber, establecer garantías jurídicas de la libertad frente a la obediencia exigida por decisiones arbitrarias del Gobierno o del Legislador. A tal fin, en el comentado Capítulo XXX, Roscio también diferencia la *obediencia pasiva* de la *obediencia activa*. La primera es la que existe respecto de los funcionarios; respecto del pueblo en ejercicio de su derecho de soberanía en primer grado, y respecto a los representantes; la segunda es la que existe en relación con las proclamas, edictos, sentencias y demás actos del poder, que estén ajustados a la Constitución y a la Ley. La obediencia pasiva deviene del reconocimiento de la autoridad; la obediencia activa implica ajustar la conducta a las limitaciones impuestas por el Poder Público.

Por lo tanto, frente a toda decisión del Gobierno o del Legislador contrario a la Constitución, cesa el deber de obediencia. En otras palabras: Roscio justifica el *derecho a la desobediencia* frente a todo acto despótico, definido como el acto contrario a la Constitución, o sea, el acto inconstitucional. Este derecho se dirige contra el acto que pretende coartar, arbitrariamente, a la libertad, y se limita a no obedecer ese acto. Asimismo, Roscio justifica la desobediencia frente a quien usurpa la condición de funcionario:

“Lo mismo acontece con la doctrina que exceptúa el deber de la obediencia, cuando los que la exigen no son magistrados legítimos, sino intrusos y usurpadores notorios” (Capítulo XXXVI).

Pero además, también Roscio justifica el *derecho a la resistencia*, que exige por parte del ciudadano una conducta activa orientada a la defensa de su libertad. No es ya el derecho –que podemos calificar de pasivo- de no obedecer al acto arbitrario. Aquí Roscio señala el derecho de repeler al acto arbitrario para restaurar el poder legítimo y con ello la Constitución:

“Cuando la injusticia es el producto de una facción, o de personas que abusan del poder contra la voluntad general de la patria; ésta exige que el ofendido se arme, y se haga de auxilio para librarla de la iniquidad de los facciosos o del despotismo de su administración” (Capítulo XXXI).

Este derecho a la resistencia es consecuencia de la obediencia racional. Pues tal y como se pregunta Roscio:

“¿Y cómo podrá usarse el derecho de la fuerza justa, sin abrir los ojos para examinar las órdenes del magistrado?” (Capítulo XXXIII).

De allí que el déspota exige una obediencia ciega, amenazando con el terror en caso de incumplimiento (Capítulo XXXIX). Tal es, precisamente, la situación derivada de lo que Roscio llama la teología feudal, esto es, la obediencia ciega exigida desde el Derecho divino de los Reyes. Estos argumentos llevan a Roscio a explorar, a partir del Capítulo XLV, la figura del regicidio y tiranicidio: partiendo del principio de obediencia racional, y del derecho a la desobediencia y resistencia frente al poder arbitrario, Roscio jus-

tífica, desde la Biblia, al regicidio y tiranicidio como medidas de legítima defensa<sup>32</sup>:

“(…) con mayor razón me será lícito rechazar la injusta agresión de un tirano y quitarle del medio, si de otra suerte no puedo quedar en seguridad” (Capítulo XLVIII).

En conclusión, en *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, es posible encontrar una relación entre Constitución, libertad y obediencia, por un lado, y desobediencia y resistencia, por el otro. Esto inserta el pensamiento de Roscio en coordinadas próximas a la Antigua Constitución Británica y su interpretación en Estados Unidos de Norteamérica, de lo cual surgió el concepto de *Constitución* como la norma escrita suprema del ordenamiento jurídico, instituida en defensa de la libertad. Es la Constitución la que legitima el ejercicio del poder público, y la que establece límites a ese poder, especialmente, en lo que respecta a la Ley y al Gobierno. Por ello, la Ley limita al Gobierno y también a la libertad, pero la Ley debe respetar la Constitución. De igual manera, el Gobierno queda sometido a la Constitución, por cuanto se encuentra al servicio de la libertad.

Todo este sistema exige del ciudadano la obediencia a la Ley y a la Constitución, en el entendido que la libertad no se definió como libertinaje, sino en función a las virtudes republicanas que llevan al ejercicio moderado de la libertad. Empero, esa obediencia no puede ser ciega, lo que significa que (i) el Gobierno y la Ley deben ser actos racionales y motivados, y (ii) el ciudadano puede oponerse al acto del Gobierno y del Poder Legislativo que sean

---

<sup>32</sup> Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, cit., pp. 125 y ss.

contrarios a su libertad, en especial, por violar la Constitución. De ello emergen dos derechos con tenido propio pero interrelacionados:

.- El *primer* derecho es el derecho a la desobediencia, que es pasivo: el ciudadano no está obligado a obedecer actos despóticos o arbitrarios, lo que coincide con el concepto de acto inconstitucional. Tales el derecho que hoy reconoce la Constitución en su artículo 350.

.- El *segundo* derecho es el derecho a la *resistencia*, que tiene un componente activo: el ciudadano está en el deber de repeler el acto arbitrario, como acto contrario a la libertad y a la Constitución. Aquí no basta con desobedecer: es preciso actuar para restablecer la vigencia de la libertad. Tal es el derecho que contempla no solo el citado artículo 350, sino además, el artículo 333 de la vigente Constitución.

Así, para Roscio, la legitimidad del Gobierno y de la Ley deriva de la Constitución, esto es, del respeto de la libertad. Por ello, toda limitación arbitraria a la libertad –que es, por ello, contraria a la Constitución- genera dos consecuencias: (i) hace cesar el derecho de obediencia, justificando la desobediencia, y (ii) permite al ciudadano ejercer el derecho de resistencia frente al mando arbitrario.

Caracas, diciembre de 2016

## El deber de obediencia de los funcionarios públicos

*Alexander Espinoza Rausseo\**

### 1. Recomendaciones

- Se recomienda la regulación detallada del principio de obediencia debida, con el objeto de reforzar el Estado de derecho, a través del control interno y preventivo de los propios funcionarios públicos, en la defensa de la Constitución
- Se recomienda la modificación del artículo 65, numeral 2 del Código Penal.
- También deben ser objeto de reforma las disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar.

### 2. Contenido:

1. Recomendaciones
2. Contenido:
3. El deber de desobediencia en el derecho internacional
  - 3.1. Prohibición de excluyentes de responsabilidad
  - 3.2. Prohibición de la impunidad
  - 3.3. Programas de educación en derechos humanos
  - 3.4. Prohibición absoluta de justificación de la tortura
  - 3.5. Prohibición de justificación de desapariciones forzadas
  - 3.6. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
4. El deber de desobediencia en Alemania
5. El deber de desobediencia en Argentina
  - 5.1. La autoría mediata
  - 5.2. La obediencia debida como eximente de responsabilidad
  - 5.3. El deber de obediencia
  - 5.4. El error inevitable sobre la ilicitud de la orden
  - 5.5. La coacción
  - 5.6. La ley de obediencia debida
6. El deber de obediencia en Chile
  - 6.1. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar

---

\* Doctor en derecho y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania

- 6.2. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho de policía
- 6.3. El principio de “obediencia reflexiva” en la Administración civil
- 6.4. Adecuación al estándar internacional
7. El deber de obediencia en Colombia
  - 7.1. El principio de obediencia debida
    - 7.1.1. Carácter no absoluto
    - 7.1.2. La orden del servicio
    - 7.1.3. La orden manifiestamente delictiva
  - 7.2. La prohibición de justificación de la tortura
8. El deber de obediencia en Costa Rica
9. El deber de obediencia en Guatemala
10. El deber de obediencia en Honduras
11. El deber de obediencia en Perú
12. El deber de obediencia en Venezuela
  - 12.1. Fundamentos del deber de obediencia
    - 12.1.1. El principio de jerarquía
    - 12.1.2. La disciplina de la Fuerza Armada
    - 12.1.3. El deber de obediencia los cuerpos de policía
  - 12.2. Fundamentos del deber de desobediencia
    - 12.2.1. La nulidad radical de actos violatorios de derechos constitucionales
    - 12.2.2. El deber de cumplir la Constitución
    - 12.2.3. El derecho a la dignidad humana del funcionario
    - 12.2.4. La sujeción directa a la Constitución
    - 12.2.5. El deber de desobediencia de los funcionarios de policía
  - 12.3. La obediencia debida en el ámbito laboral
  - 12.4. La obediencia y la responsabilidad penal
  - 12.5. La obediencia y la responsabilidad penal de militares
    - 12.5.1. La obediencia debida
    - 12.5.2. El delito de insubordinación
  - 12.6. La obediencia y la responsabilidad disciplinaria
    - 12.6.1. El deber de obediencia
    - 12.6.2. Requisitos formales de la orden
    - 12.6.3. La orden de servicio
  - 12.7. La orden de cometer un delito
  - 12.8. La ilegalidad manifiesta
  - 12.9. El deber de advertir la ilegalidad
13. Resumen

### 3. El deber de desobediencia en el derecho internacional

#### 3.1. Prohibición de excluyentes de responsabilidad

A partir del juicio de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el Tribunal de Núremberg, se estableció que no podía eximirse de responsabilidad a un acusado que hubiera obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico. Aún cuando se sigue reconociendo la importancia de la obediencia debida en los cuadros de las fuerzas armadas o policiales, se opone en todo caso el límite de la legalidad. Es decir, que al subordinado se le exige revisar las órdenes impartidas por el superior y no acatarlas en el caso de que se trate de actos ilícitos, en especial, si se trata de una violación a los derechos humanos. Este derecho-deber está consagrado en los textos internacionales sobre la materia, que ordenan al subordinado poner el caso en conocimiento de un funcionario de mayor rango o de las autoridades judiciales.<sup>1</sup>

Este principio está consagrado en diversos instrumentos internacionales. Entre ellos:

1. El Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Artículo 5º): “No se impondrá ninguna sanción a los funcionarios que en virtud de los citados principios se nieguen a obedecer una orden de utilizar la fuerza y las armas de fuego”.

---

<sup>1</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Derechos humanos, seguridad ciudadana y funciones policiales. Módulo instruccional. San José, C.R. : IIDH : 2011, pág. 58

2. La Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 4°): “El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no exime de la responsabilidad penal correspondiente”.

3. Los Principios sobre Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (Principio 3): “Los gobiernos prohibirán a los funcionarios superiores o autoridades públicas que den órdenes en que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo cualquier ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Toda persona tendrá el derecho y el deber de negarse a cumplir esas órdenes. En la formación de esos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberá hacerse hincapié en las disposiciones expuestas”.

4. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 2.3): “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

La estructura jerárquica de las fuerzas policiales permite al superior conocer si bajo su órbita de mando se cometen violaciones a los derechos humanos. No puede alegarse tampoco desconocimiento de estos hechos, y aquí la normativa internacional también hace responsables a ambos funcionarios públicos: a quien comete la violación a los derechos humanos personalmente (el subordinado) y a quien debe supervisar el accionar legal y legítimo de sus subordinados a cargo. En este sentido, se señala que:



En el caso de una orden ilegal (malos tratos a detenidos, torturas, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales u otras violaciones graves de los derechos humanos) el derecho y el deber de desobedecer anteceden al deber de obedecer. Prima el respeto a la ley, la Constitución y a los derechos humanos, sobre la obligación de cumplir con las órdenes de un superior. Es esencial que los agentes pertenecientes a los cuerpos de seguridad conozcan el derecho que les asiste a desobedecer legítimamente este tipo de órdenes y el deber de hacerlo, so pena de incurrir en las responsabilidades correspondientes.

### 3.2. Prohibición de la impunidad

Caso Barrios:

El 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Las investigaciones judiciales revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina” que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo.

El Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, N° 26.492, que declaró que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26.479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas.<sup>2</sup>

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso “Barrios Altos” con fecha 14 de marzo de 2001, declaró que, son inadmisibles las dis-

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 307

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

posiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>3</sup>

Los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 41  
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

<sup>4</sup> Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 43  
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

La Corte IDH ha reiterado su criterio, en el sentido que, cuando se trata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones.<sup>5</sup>

Recordó la Corte que, el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” señala que: Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.<sup>6</sup>

En el punto resolutivo 4, la Corte declaró que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

---

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 20101 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 44

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca\\_18\\_11\\_10.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca_18_11_10.pdf)

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 20101 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 44

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca\\_18\\_11\\_10.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca_18_11_10.pdf)

Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la resolución de interpretación del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que, la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales.<sup>7</sup>

### 3.3. Programas de educación en derechos humanos

La Corte IDH ha que para garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad, los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados. En consecuencia, el Estado debe adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en situaciones como las ocurridas en el presente caso. La Corte condenó al Estado Parte, a implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de aquellas instituciones, en todos los niveles jerárquicos.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs. Perú Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo), párr. 18  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_83\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf)

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006  
Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica | N° 6 Noviembre-Diciembre 2016 pág. 892  
<http://www.estudiosconstitucionales.com/site2008/index2.php?seccion=legi>

### 3.4. Prohibición absoluta de justificación de la tortura

El párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes contiene una prohibición absoluta de justificación de la tortura.<sup>9</sup> Dispone al efecto que, no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

El carácter imperativo de la prohibición de la tortura se ve resaltado por el principio sólidamente establecido que figura en el párrafo 3 del artículo 2, en el sentido de que no puede invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura. Por lo tanto, los subordinados no pueden ampararse en la autoridad superior y deben responder individualmente.<sup>10</sup>

El Comité contra la Tortura ha señalado que es esencial que la responsabilidad de todo superior jerárquico por haber instigado o alentado directamente la tortura o los malos tratos, o por haberlos consentido o tolerado, sea investigada a fondo por órganos fiscales y jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales. Las personas que desobedecen órdenes que consideren ilegales o que cooperan en la investigación de casos de tortura o ma-

---

(Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 239

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

<sup>9</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 13

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>10</sup> Comité contra la Tortura. Observación general N° 2. 39° período de sesiones (2007). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, párr. 26. En: Observaciones generales aprobadas por el Comité contra la Tortura [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CAT/00\\_5\\_obs\\_grales\\_CAT.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CAT/00_5_obs_grales_CAT.html)

los tratos, incluidos los casos en que están involucrados los superiores jerárquicos, deben recibir protección contra toda posible represalia.<sup>11</sup>

### 3.5. Prohibición de justificación de desapariciones forzadas

Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de la desaparición forzada<sup>12</sup> establecen claramente que ninguna orden ni instrucción de ninguna autoridad pública, ya sea esta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha señalado que ese principio debe ser debidamente recogido en la legislación nacional. Ninguno de los instrumentos internacionales mencionados prevé que pueda considerarse como circunstancia atenuante el hecho de actuar en cumplimiento de órdenes superiores. Aunque se introdujera en la legislación nacional la posibilidad de reducir la pena por esa circunstancia, esa reducción tendría que ser limitada: de permitirse una reducción demasiado grande, esta contravendría la obligación de imponer "penas apropiadas" que se establece, entre otras disposiciones, en el artículo 4 de la Declaración.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Comité contra la Tortura. Observación general N° 2. 39º período de sesiones (2007). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, párr. 26

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view=1>

<sup>12</sup> Véanse el artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y los artículos 6.2 y 23.2 de la Convención Internacional. Todas las disposiciones mencionadas establecen asimismo que deberán prohibirse todas las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten desapariciones forzadas; y que no se castigará a ninguna persona que se niegue a cumplir una orden de esa índole. En relación con esa cuestión véase también el artículo 33 del Estatuto de Roma.

<sup>13</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/16/48/Add.3

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7480.pdf?view=1>

### 3.6. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

El artículo 8 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley establece que, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de la ley y el Código y por oponerse rigurosamente a tal violación.<sup>14</sup>

El Código establece el deber de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del mismo, de informar de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.<sup>15</sup>

El artículo tiene por objeto mantener el equilibrio entre la necesidad de que haya disciplina interna en el organismo del que dependa principalmente la seguridad pública, por una parte, y la de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos básicos, por otra. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley informarán de las violaciones a sus superiores inmediatos y sólo adoptarán otras medidas legítimas sin respetar la escala jerárquica si no se dispone de otras posibilidades de rectificación o si éstas no son eficaces. Se entiende que no se aplicarán sanciones administrativas ni de otro tipo a

<sup>14</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

<sup>15</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del mencionado Código. 16

#### 4. El deber de desobediencia en Alemania

La Ley Federal de Funcionarios Públicos (BBG) dispone lo siguiente:

##### § 62 Deber de obediencia

(1) Las funcionarias y los funcionarios deben asesorar y apoyar a sus superiores. Tienen el deber de ejecutar sus órdenes de servicio y seguir sus directrices generales. Esta norma no es aplicable en la medida en que las funcionarias y funcionarios no se encuentren sujetos a órdenes, de acuerdo con disposiciones especiales y sólo deban obediencia a la ley.

(2) En caso de modificaciones en la organización las funcionarias y los funcionarios deben obedecer a la institución.

##### § 63 La responsabilidad por la conformidad a derecho

(1) Las funcionarias y funcionarios públicos asumen la plena responsabilidad personal por la conformidad a derecho de sus actuaciones de servicio.

(2) Las funcionarias y funcionarios públicos deben hacer valer sus observaciones con respecto a la inconformidad a derecho de las órdenes de servicio, sin demora ante a la o el superior inmediato. Si la orden es mantenida y persisten las objeciones en su contra, deben acudir ante el funcionario próximo superior. Si se confirma la orden, los funcionarios tendrán que ejecutarla y estarán exentos de responsabilidad.

Esto no se aplica si el comportamiento aplicado infringe la dignidad humana o es delito penal o falta administrativa y la penalidad o la contravención es reconocible para la funcionaria o funcionario. La confirmación debe ser extendida por escrito, a petición.

(3) Si la funcionaria o el funcionario superior acuerda la ejecución inmediata de la orden, por existir peligro en la mora y la decisión del superior no puede ser obtenida oportunamente, es aplicable analógicamente el aparte 2, frase 3 a 5.

<sup>16</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>



El deber de lealtad y obediencia de los funcionarios en relación con la Institución es uno de los principios tradicionales de la función pública. Los funcionarios siempre se han visto obligados a adoptar las órdenes de servicio de sus superiores. La competencia para emitir órdenes es el instrumento con el que se concreta la obligación de prestación de servicios de los funcionarios. Sin la posibilidad de emitir órdenes vinculantes a los funcionarios, para la ejecución de las tareas del servicio, la Institución no podría cumplir las funciones que le han sido atribuidas. Por ello, el funcionario se encuentra obligado al cumplimiento de las órdenes de sus superiores, siempre y cuando se encuentren en ámbito de vigencia y de aplicación material de la facultad de emitir órdenes de servicio y no afecten la esfera protegida por los derechos fundamentales del funcionario.<sup>17</sup>

La competencia para emitir órdenes es el vínculo necesario para garantizar la legitimidad democrática del ejercicio del poder del Estado y la responsabilidad parlamentaria del gobierno. La necesaria cadena de legitimación es establecida en la Institución a través de la sujeción continua a las órdenes hasta el funcionario de menor jerarquía.<sup>18</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia, el carácter de superior, a que se refiere el § 62 aparte 1 frase 2 BBG corresponde a aquél funcionario, a quien corresponde impartir instrucciones de servicio. Una modificación a este principio

<sup>17</sup> BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 30

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

<sup>18</sup> BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 31

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

requiere de una disposición legislativa claramente determinada, que permita al funcionario identificar, cuáles son las instrucciones que debe seguir.<sup>19</sup>

Quién es el superior jerárquico, es establecido de acuerdo con la estructura organizativa de la Administración Pública. Los superiores jerárquicos se encuentran facultados por la Institución a impartir órdenes a sus subordinados. El funcionario no puede ejecutar las directrices de otras Instituciones o de particulares, sino que se encuentra obligado al cumplimiento imparcial y con lealtad, en beneficio de toda la colectividad.<sup>20</sup>

En cuanto al deber de advertir al superior la ilegalidad de la orden (Remonstración), la jurisprudencia ha rechazado su función protectora de intereses de terceros, por lo que no podría ser hecha valer por el afectado de la contradicción a derecho en un recurso judicial.<sup>21</sup>

En criterio de *Roxin*, la regulación contenida en el § 63 aparte 2 BBG demuestra que aún no se ha eliminado totalmente en el Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles. Si el subordinado no puede reconocer la punibilidad, la orden punible sigue siendo obligatoria; ello es materialmente equivocado, pero debe aceptarse en virtud del Derecho vigente. Más importancia práctica tiene el hecho de que, en los casos de divergencia de opiniones entre superior y subordinado sobre la punibilidad de la conducta orde-

<sup>19</sup> VG Göttingen · Urteil vom 27. Juli 2016 · Az. 1 A 263/14, párr. 26  
<http://openjur.de/u/897401.html>

<sup>20</sup> BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 31

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

<sup>21</sup> LG Bonn · Urteil vom 15. Januar 2014 · Az. 1 O 302/12, párr. 81

<http://openjur.de/u/672709.html>

nada, por regla general la orden será obligatoria aunque posteriormente resulte que tenía razón el subordinado al suponer que era punible; pues es consustancial a la relación jerárquica que en caso de duda la última palabra la tendrá el superior, al que también le corresponde la mayor competencia material en la mayoría de los casos. Sólo se produce una excepción en caso de "que la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico", y por tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.<sup>22</sup>

Según *Roxin*, a orden vinculante supone una causa de justificación para el subordinado, aunque excepcionalmente aquélla sea antijurídica. En tal situación concurre en la persona del subordinado un supuesto de colisión, que hay que juzgar conforme al § 34 (estado de necesidad) y en el que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar, si se trata de infracciones poco importantes, frente al interés en evitar el injusto; en cambio, en caso de infracciones más graves (como pueden ser las que vulneren el Derecho penal o la dignidad humana, pero incluso una parte de las que vulneren el Derecho contravenacional), tiene prioridad el interés en evitar el injusto. Las razones por las que en su caso es prioritario el deber de obediencia son las mismas que han movido al legislador a reconocer parcialmente la obligatoriedad de órdenes antijurídicas cuando sean de escasa gravedad (esto es, el interés en impedir que cualquier subordinado pueda paralizar con sus reparos jurídicos la acti-

<sup>22</sup> Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 742

vidad del Estado); entonces, sobre la base de una decisión favorable a la obligatoriedad, la consideración debida al funcionario obligado a obedecer ha de ser decisiva en la ponderación de intereses.<sup>23</sup>

El autor citado enfrenta el problema sobre la exclusión de la legítima defensa del ciudadano, en caso de afirmar que la ejecución de la orden ilegal no es antijurídica, de la siguiente forma: Es cierto que la obligatoriedad de la orden antijurídica le priva al ciudadano del derecho a la legítima defensa frente al ejecutor del mandato, derecho que en cambio habría tenido frente a la actuación personal del superior. Pero ello no implica la menor contradicción; pues, al interponer a un tercero obligado a obedecer, se añade a la situación un nuevo elemento de ponderación que hace que se resuelva de modo distinto la decisión sobre la admisión del derecho de legítima defensa. Con ello no se le exige nada intolerable al ciudadano: Primero, porque al mismo le exime del deber de soportar graves daños el hecho de que una orden antijurídica dirigida a menoscabar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (desde la libre disposición sobre la morada hasta la propiedad o la integridad física) de entrada ya no es obligatoria. Segundo, porque el ciudadano tiene en el Estado un deudor seguro y con capacidad de pago respecto de los perjuicios que se le hayan irrogado. Y tercero, porque frente a la ejecución de una orden antijurídica se puede justificar por el § 34 una

<sup>23</sup> Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 743

resistencia defensiva del afectado, si éste actúa enjuiciando correctamente la situación jurídica.<sup>24</sup>

## 5. El deber de desobediencia en Argentina

### 5.1. La autoría mediata

Caso: Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros

Durante los años comprendidos entre 1976 y 1983, el gobierno de facto impuso un plan sistemático de represión ilegal. Uno de los puntos centrales de este plan estatal de represión, que estaba contaminado de las prácticas e ideologías propias del gobierno nacionalsocialista de Alemania de las décadas del '30 y '40 del siglo XX, era el secuestro de personas, su traslado a lugares clandestinos de detención, su sistemática tortura, y, en tales condiciones, su liberación, legalización o muerte.

Los centros clandestinos de detención existentes en el país compartían distintas características comunes, entre ellas, el funcionamiento en lugares secretos, bajo el directo contralor de la autoridad militar responsable de dicha zona; y el sometimiento de las personas allí alojadas a prácticas degradantes, tales como la tortura física y psicológica en forma sistemática, el tabicamiento (estar vendado día y noche y aislado del resto de la población cautiva), la prohibición absoluta del uso de la palabra o de la escritura, en fin, de cualquier tipo de comunicación humana; la asignación de una letra y un número en reemplazo del nombre, el alojamiento en pequeñas celdas llamadas “tubos”, la escasa comida y bebida, y la total pérdida de identidad, entre otras condiciones de por sí aberrantes.

La estructura burocrática y funcional de los centros clandestinos de detención respondía una autoridad militar, que a su vez poseía subordinación operacional, a otras, todas ellas enclavadas en la estructura verticalizada que finalizaba en el General de División, a cargo del Primer Cuerpo del Ejército.

Para cumplir estas tareas, el gobierno nacional se valió generalmente de personal de las distintas fuerzas de seguridad; policías, gendarmes, militares y penitenciarios, quienes se hallaban siempre bajo la tutela de la estructura represiva implementada desde el Primer Cuerpo del Ejército; sin perjuicio de ello, algunos centros en particular contaron para tales tareas con personal civil, contratado o reubicado para tales funciones.

<sup>24</sup> Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 744

Bajo la existencia de un supuesto orden normativo - amparado por las leyes, órdenes y directivas que reglaban formalmente la actuación de las Fuerzas Armadas en la lucha contra la subversión-, las Fuerzas Armadas, en los hechos, se conducían merced a mandatos verbales y secretos.<sup>25</sup>

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 se pronunció acerca de, cómo habrían de responder quienes tenían facultades de mando como para poner en marcha la ejecución de un plan que controlaban como jefes de la estructura organizada y cuyos instrumentos -personal inferior- resultan altamente fungibles si se plantearan objeciones al cumplimiento de un acto individual. Estimó el tribunal que, dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical) y 2) la fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor.

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva hacia abajo con poder de mando autónomo.

De acuerdo a la teoría aplicable, cuanto más arriba está el hombre del escritorio y más lejos de la actuación personal en el delito, mayor será su responsabilidad porque se incrementa su dominio respecto de los hechos.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pp. 2 y sig.

En términos similares, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 causa nro. 2637/04 caratulada “Vaello, Orestes Estanislao y otros s / privación ilegal de la libertad agravada” del registro de la Secretaría nro. 6 de 23 de noviembre de 2006, pp. 2 y sig.

<sup>26</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 612

## 5.2. La obediencia debida como eximente de responsabilidad

El artículo 34 ordinal 5° del Código Penal de la Nación Argentina<sup>27</sup> dispone que no son punibles, el que obrare en virtud de obediencia debida.

El artículo 238 ter del mencionado Código Penal, establece que, el militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años.

En la doctrina se señala que, la eximente contemplada en particular en el art. 34, inc. 5 del Cód. Penal argentino, tiene vinculación con la causal de justificación, por obrar en ejercicio del deber o de un derecho (art. 34, inc. 4°, CP); con la causal de inculpabilidad, si tiene un error inevitable sobre la ilicitud de la orden (art. 34, inc. 1°, CP), o con la causal de disculpa, si la orden implica una coacción, es decir, una amenaza seria de sufrir un mal grave e inminente para el caso de negarse a cumplir la exigencia del superior (art. 34, inc. 2°, CP).<sup>28</sup>

## 5.3. El deber de obediencia

La regulación del deber de obediencia debe tomar en consideración por una parte el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que,

<sup>27</sup> Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

<sup>28</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 263

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

la revisión permanente de cada detalle de la juridicidad de una orden, podría entorpecer de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos. Estos valores deben ser conciliados con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre.<sup>29</sup>

En el antiguo derecho romano se partía de la distinción entre *crimina atrocia* y *crimina leviora* (crímenes atroces y crímenes leves), para rechazar la eximente de la obediencia, respecto de los primeros casos, y admitirla en los segundos.<sup>30</sup>

En criterio de *Zaffaroni*, cuando la ley no distingue si la orden a la que se debe obediencia tiene o no contenido antijurídico, no debe hacerse una distinción para excluir a la última de la formulación legal. En el caso en que la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, es deber del inferior cumplirla y, por consiguiente, el caso queda encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico. En el supuesto de ser la orden sólo formalmente lícita, pero de contenido antijurídico, cabe determinar si nos hallamos ante el cumplimiento de un deber jurídico o si ese deber jurídico no existe. Para establecer esto, debemos determinar si existe o no el deber de revisar el contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, o si predomina el deber

<sup>29</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 263

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

<sup>30</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 264

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>



de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.<sup>31</sup>

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 ha señalado que, más allá de si quien recibe la orden tiene o no facultades de revisión del contenido de dicha orden, lo cierto es que, de impartirse una orden manifiestamente ilegal en su contenido (aunque cumpla con las formalidades de rigor), es allí cuando cesa el deber jurídico de cumplirla. Allí cuando se trate de órdenes cuya ilicitud se revela de manera manifiesta, porque por ejemplo se trata de la perpetración de hechos atroces o aberrantes, la limitación del conocimiento del subordinado respecto del contenido de los mandatos recibidos, no obsta su posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta que se le ordena cometer.<sup>32</sup>

En criterio de *Sancinetti*, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstancias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en

<sup>31</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, párr. 520 <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

<sup>32</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 624

la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad.<sup>33</sup>

En conclusión, el ámbito de la justificación, en los casos de cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos, incluye, si no el deber, al menos sí la facultad de cumplir una orden antijurídica. Aún en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implicara, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera para el derecho vigente, la desobediencia misma.<sup>34</sup>

La aplicación del criterio expuesto, para el caso de las violaciones a los derechos fundamentales habidas en la Argentina durante el gobierno militar, daría lugar a un resultado claro. No existen posibilidades, pues: para dudar de la ilegalidad manifiesta de una orden de torturar o matar a personas indefensas constituían hechos ilícitos de la mayor evidencia posible, dado que se hallan proscriptos por la cláusula más pétrea y terminante de la Constitución Argentina, que declara: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 266

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

<sup>34</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 267

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

<sup>35</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las

#### 5.4. El error inevitable sobre la ilicitud de la orden

El artículo 34 ordinal 1° del Código Penal de la Nación Argentina<sup>36</sup> dispone que no son punibles, el que no haya podido en el momento del hecho, por su estado de error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Aunque la orden haya sido manifiestamente antijurídica, o haya implicado cometer un delito de mayor gravedad que la desobediencia misma, el ejecutor de la orden puede quedar impune por efecto de un error de prohibición inevitable. Sin embargo, si la orden es manifiestamente ilegítima, es improbable la concurrencia de un error en casos graves, tales como el homicidio alevoso o la aplicación de tormentos.<sup>37</sup>

En el caso de hechos aberrantes y evidentemente ilícitos, no está ausente la libertad ni la responsabilidad del autor directo, quien, no podría alegar una exclusión de punibilidad por el tenor de los crímenes ejecutados ya que la antijuridicidad manifiesta de la orden desvirtúa la posibilidad de un error de

---

Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 269

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

<sup>36</sup> Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

<sup>37</sup> Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales ), vol. 10: 463-512, pág. 270

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

prohibición inevitable y conduce a atribuirle al subordinado el hecho también como suyo.<sup>38</sup>

Este caso – de la antijuridicidad manífiesta – es el que planteara *Radbruch* respecto de los jueces durante el nacionalsocialismo. Pese a lo manifiestamente antijurídico de aquella legislación, dudaba acerca de la posibilidad de reprochar a los jueces la falta de comprensión del injusto, educados como estaban en las líneas del positivismo legal. En la actualidad, después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la situación de esos jueces hubiese sido distinta, puesto que no podrían ignorar el injusto, alegando un supuesto error invencible de prohibición. En nuestros días, si un juez resolviese por ejemplo, que una autoridad administrativa puede aplicar penas sin proceso, no podría alegar un invencible error de prohibición.<sup>39</sup>

### 5.5. La coacción

Puede acontecer que el subordinado sepa que la orden es antijurídica, sea en su contenido como en su forma, pero que no se le pueda reprochar el cumplimiento de la misma, puesto que, de lo contrario, caerían sobre él gravísimas consecuencias. Se trata de un caso de coacción que, según las circunstancias, dará lugar a un estado de necesidad justificante o exculpante. Tal sería el caso del soldado, a quien se obliga a formar parte de un pelotón de fusilamiento, pues de lo contrario él sería uno de los fusilados; o del juez al

<sup>38</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 625

<sup>39</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, pág. 283 <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

que se le ordena que dicte una sentencia arbitraria en un régimen de terror, bajo amenaza de muerte para él o para su familia.<sup>40</sup>

## 5.6. La ley de obediencia debida

El 23 de diciembre de 1986 se sancionó la ley 23.492 —con promulgación el 24 y publicación en el Boletín Oficial del 29 del mismo mes y año—, denominada “Justicia”, conocida públicamente como “ley de punto final” conforme a la cual se dispuso la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049.<sup>41</sup>

Seguidamente se dictó la ley 23.521, sancionada el 4 junio de 1987, promulgada el 8 y publicada en el Boletín Oficial el 9 del mismo mes y año, denominada “Ley de obediencia debida”, conforme a la cual se estableció la presunción, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refería el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de “obediencia debida”. Por su parte, también aplicaba una presunción respecto a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zo-

<sup>40</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, pág. 283 <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 3 <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

na, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se había resuelto judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que habían tenido capacidad decisoria o habían participado en la elaboración de las órdenes. En tales casos se consideró de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.<sup>42</sup>

La Corte Suprema —por mayoría—, resolvió la constitucionalidad de la ley que declaraba insanablemente nula la autoamnistía. Señalo que eran punibles los hechos cometidos por los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o por aquellos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.<sup>43</sup>

La Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida y la validez de la ley 25.779, que declaró la nulidad de las leyes citadas. Señaló la Corte que, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto,

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 4

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

<sup>43</sup> Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional. Camps, Ramón Juan Alberto y otros. 22/06/1987 - Fallos: 310:1162

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.<sup>44</sup>

Las leyes de obediencia debida y punto final chocan frontalmente con el derecho internacional pues como toda amnistía se orientan “al olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).<sup>45</sup>

## 6. El deber de obediencia en Chile

### 6.1. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar

Ejercicio: *Gonzalo Santelices*

*Gonzalo Santelices* habría participado en la operación “Caravana de la Muerte”, nombre con que se conoció a la comitiva que en octubre de 1973 recorriera varios lugares del país ejecutando sumariamente a individuos detenidos por motivos políticos. La noche del 18 de octubre de 1973, *Santelices* y *Martínez* sacaron desde la cárcel de Antofagasta a 14 prisioneros, los condujeron al desierto en camiones y los formaron, donde los detenidos fueron ejecutados, sin que *Santelices* interviniera en las ejecuciones mismas, habiendo recibido una orden de alejarse y esperar a unos cien metros del lugar en que éstas ocurrieron. Los perpetradores directos se habrían retirado entonces, dejando a *Santelices* y otros compañeros de armas a cargo de trasladar los cadáveres hasta la morgue.

<sup>44</sup> Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768) 14/06/2005 — Fallos: 328:2056, pág. 203 y sig.  
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

<sup>45</sup> Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768) 14/06/2005 — Fallos: 328:2056, pág. 203 y sig.  
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

El Código de Justicia Militar de Chile<sup>46</sup> regula la aplicación del principio de obediencia en materia de los delitos militares, en los siguientes términos:

Art. 334. Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.

Art. 335. No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior.

Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.

Art. 336. El militar que fuera del caso antes contemplado, dejare de cumplir o modificar por iniciativa propia una orden del servicio impartida por su superior, será castigado:

1° Con la pena de reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se hubiere cometido en presencia del enemigo y, con tal motivo, se hubieren malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado, o favorecido las del enemigo;

2° Con la de reclusión militar menor en su grado medio a reclusión militar mayor en su grado medio, si se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren seguido perjuicios graves;

3° Con la reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, en los demás casos.

Art. 337. El militar que se negare abiertamente a cumplir una orden del servicio que le fuere impartida por un superior, será castigado:

<sup>46</sup> Decreto 2226. Última Versión de: 05-jul-2016  
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18914>



1° Con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, si la desobediencia se llevara a cabo en las condiciones señaladas en el número 1° del artículo anterior;

2° Con la de reclusión militar mayor en grado medio a máximo, si la desobediencia se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren producido perjuicios graves o si cometida en presencia del enemigo, no se hubieren producido los efectos a que se refiere dicho número 1° del artículo anterior;

3° Con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo a reclusión militar mayor en su grado mínimo, en los demás casos.

Art. 338. Tratándose de los delitos a que se refiere este Título, los tribunales podrán sustituir las penas de reclusión militar menor por la de pérdida del estado militar.

En la doctrina se afirma que la eximente de obediencia debida opera plenamente, en el caso en que el funcionario comete el delito en la certeza de que la orden es lícita, bien porque no la consideró ilegal o bien porque habiéndola representado, le fue reiterada. Por el contrario, cuando el funcionario está consciente de la ilicitud de la orden, sabe que su cumplimiento implicaría cometer un delito, si no representa la orden y la cumple, puede ser sancionado como coautor.<sup>47</sup>

Esquema del Ejercicio: *Gonzalo Santelices*<sup>48</sup>

En un caso como el de *Santelices*, en que una conducta en sí misma atípica podría fundamentar responsabilidad a título de participación, esto es, de intervención accesoria, la pregunta tendría que consistir en si el hecho de que la ejecución de esa conducta haya sido ordenada por un superior cuenta como eximente en virtud del deber de obediencia. La respuesta depende, entonces, de dos variables: primero, de si la orden fue impartida en uso de facultades legítimas por parte del superior; y segundo, de si la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito. Aquí hay que observar que se trata de variables objetivas, esto es, que dependen de que en las circunstancias da-

<sup>47</sup> López Navarrete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 98

<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

<sup>48</sup> Según el desarrollo expuesto por Mañalich Raffo, Juan Pablo: Miedo insuperable y obediencia jerárquica. 2007 *Revista de Derecho* Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008 Páginas 61-73, pág. 72

<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n1/art03.pdf>

das, por ejemplo, la orden de sacar a los detenidos por la noche del lugar de su detención, para trasladarlos clandestinamente hacia un terreno desocupado, haya podido ser impartida legítimamente por el superior correspondiente y haya evidenciado una tendencia a la perpetración de un delito.<sup>18</sup> Siendo éste el caso, bajo la suposición de que el superior haya estado facultado para impartir la orden en cuestión, la afirmación de la justificación del cumplimiento de la orden en virtud del deber de obediencia resulta condicionada por la satisfacción del requerimiento procedimental de la representación de esta circunstancia al superior. La pregunta de si el subordinado advirtió o no que la orden en cuestión tendía –objetivamente– a la perpetración de un delito, constituye, en cambio, una cuestión de imputación subjetiva: no advirtiendo esa tendencia de la orden, y asumiendo por ende la satisfacción de todos los presupuestos objetivos de la causa de justificación, el subordinado habrá actuado bajo un error de tipo permisivo, que excluye el dolo.

## 6.2. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho de policía

El Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile, N° 11<sup>49</sup> dispone lo siguiente:

Artículo 7°.- El que recibe una orden de superior competente, debe cumplirla sin réplica, salvo fuerza mayor o cuando el subalterno sabe que el superior al dictarla no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, en cuyo caso podrá el subalterno suspender el cumplimiento de tal orden o modificarla, según las circunstancias, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiere en mantener su orden, el subalterno deberá cumplirla en los términos que la disponga, debiendo, sí, confirmarla por escrito.

El no representar al superior, con el debido respeto, las observaciones necesarias a aquellas órdenes que tiendan a alguna de las consecuencias señaladas, se tendrá como falta de interés por el servicio, aparte de clasificar esta omisión como falta grave, y sin perjuicio de las demás responsabilidades que de tal omisión puedan derivarse.

<sup>49</sup> Diario Oficial N° 26.794, de 17 de julio de 1967

### 6.3. El principio de “obediencia reflexiva” en la Administración civil

La Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo<sup>50</sup> dispone lo siguiente:

Artículo 62.- En el caso a que se refiere la letra f) del artículo anterior, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.

Para que le funcionario quede exento de pena, se requiere que la orden sea representada por escrito y no en forma verbal y que la reiteración se produzca igualmente por escrito. La falta de reiteración haría recaer la responsabilidad de la ejecución sobre el subordinado.<sup>51</sup>

La eximente no sería aplicable en el caso de órdenes que no recaigan dentro de la órbita de sus deberes "relativos al servicio" o que no sea inherente a las funciones específicas del cargo; cuando la ejecución de la orden constituya un delito, en cuyo caso el funcionario debe abstenerse de actuar, o cuando no exista una relación de jerarquía funcionaria “dentro” de un servicio.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> D.F.L. Núm. 29.- Santiago, 16 de junio de 2004  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236392>

<sup>51</sup> López Navarete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 100  
<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

<sup>52</sup> López Navarete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 101  
<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

#### 6.4. Adecuación al estándar internacional

El Comité contra la Tortura ha recomendado al Estado chileno la eliminación del principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores, para adecuarlo al párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.<sup>53</sup>

Varios miembros del Comité se refirieron a la reserva formulada por Chile respecto del párrafo 3 del artículo 2 de la Convención, en la medida en que la disposición modificaba el principio de “*obediencia reflexiva*” establecido en la legislación interna de Chile. Conforme a esa reserva, parecería que un oficial superior sería la única persona responsable de los actos de tortura, siempre que éste confirmara su orden encaminada claramente a la comisión de actos de esa naturaleza, en respuesta a una manifestación de desacuerdo de un subalterno. La “*obediencia reflexiva*” en la legislación chilena tenía al parecer la finalidad de proteger a los individuos, y en particular a los miembros de las fuerzas armadas, de las consecuencias de sus actos, y no de proteger a la sociedad. Por consiguiente, se pidió una aclaración sobre este principio y sobre las disposiciones jurídicas pertinentes, que parecían ser incompatibles con la Convención.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 91

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>54</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional pa-

El representante de Chile explicó la diferencia entre la “obediencia debida”, que significaba que el subordinado que obedecía a una orden de un superior quedaría siempre exento de responsabilidad penal, y la “obediencia reflexiva”, plasmada en la legislación chilena, que significaba que todo subordinado que recibiese una orden de un superior que tendiera notoriamente a la comisión de un delito, tenía a la vez el derecho y la obligación de manifestar su desacuerdo con esa orden. Si el superior reiteraba la orden, el subordinado debía ejecutarla, pero salvaba su responsabilidad.<sup>55</sup>

El Comité contra la Tortura ha reiterado su preocupación por las demoras que retrasan la adopción definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores. El Comité ha recomendado al Estado parte que agilice el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares. Asimismo, el Comité reitera al Estado parte que elimine el principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar.<sup>56</sup>

---

ra América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 104

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>55</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 108

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>56</sup> Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. CAT/C/CHL/CO/5 23 de junio de 2009, párr. 14

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7856.pdf?view=1>

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura CAT/C/CR/32/5 14 de junio de 2004, párr. 7

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>

## 7. El deber de obediencia en Colombia

### 7.1. El principio de obediencia debida

La Corte Constitucional se pronunció acerca de la validez del artículo 15 del Decreto 0085 de 1989 “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, el cual disponía que:

“ARTICULO 15°. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”

#### 7.1.1. *Carácter no absoluto*

La doctrina de la Corte Constitucional ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohija la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede.<sup>57</sup>

La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría

<sup>57</sup> C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social. 58

#### 7.1.2. *La orden del servicio*

La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. 59

#### 7.1.3. *La orden manifiestamente delictiva*

Pueden identificarse en el derecho y la doctrina comparadas, elementos comunes a los distintos regímenes jurídicos en la materia. La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de

---

<sup>58</sup> C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

<sup>59</sup> C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden. <sup>60</sup>

## 7.2. La prohibición de justificación de la tortura

El Código Penal (Ley N° 599/2000), regula el principio de obediencia debida cual como causa eximente de responsabilidad, en los siguientes términos:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura

El Comité contra la Tortura ha expresado su satisfacción por la adopción por el Estado colombiano de varias leyes internas relevantes en materia de prevención y represión de los actos de tortura y malos tratos. En particular, es destacable la tipificación de los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada y desplazamiento forzado en el nuevo Código Penal (Ley N° 599/2000). Dicho Código estipula además que la obediencia debida no será considerada como causa eximente de responsabilidad cuando se trate de dichos delitos.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

<sup>61</sup> Comité contra la Tortura CAT/C/CR/31/1, 4 de febrero de 2004. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 112

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>



La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha expresado su preocupación, en razón de que, a pesar de que diversos mecanismos de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra la propia Comisión de Derechos Humanos, han recomendado la reforma del Código Penal Militar, éste seguía sin ser objeto de aprobación por parte de las cámaras legislativas. La Oficina ha transmitido sus observaciones sobre el hecho de que la versión actual del proyecto no está en conformidad con los estándares internacionales. El proyecto no contempla el principio según el cual la causal justificatoria de obediencia debida no es invocable cuando se observen órdenes cuyo cumplimiento haya producido violación de los derechos humanos o crímenes de guerra.<sup>62</sup>

## 8. El deber de obediencia en Costa Rica

### 8.1. Regulación en el derecho administrativo

La Ley General de la Administración Pública<sup>63</sup> regula el deber de obediencia, en los siguientes términos:

Del Deber de Obediencia

Artículo 107.-

1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.

<sup>62</sup> Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia. E/CN.4/1999/8 16 de marzo de 1999, párr. 137

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1528.pdf?view=1>

Comité contra la Tortura. CAT/C/CR/32/5 14 de junio de 2004, párr. 143

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>

<sup>63</sup> Ley No. 6227 de 28 de abril de 1978

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/5959.pdf?view=1>

2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.

Artículo 108.-

1. Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y

b) Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber.

Artículo 109.-

1. Cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibido.

2. El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.

3. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva.

4. Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 81.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Artículo 110.-

1. En caso de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aún si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución.

2. En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.
2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

Artículo 176.-

1. El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado.
2. La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.

## 9. El deber de obediencia en Guatemala

El Código Penal regula el deber de obediencia debida, en los siguientes términos:

Artículo 25. Son causas de inculpabilidad:

*Obediencia debida:* Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.<sup>64</sup>

## 10. El deber de obediencia en Honduras

El Código Penal<sup>65</sup> dispone en su artículo 24 numeral 6, lo siguiente:

<sup>64</sup> Decreto No. 17-73 de 05 de julio de 1973

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0136.pdf>

<sup>65</sup> Decreto N° 144-83

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1298.pdf?view=1>

Artículo 24. Se halla exento de responsabilidad penal:

6) Quien ejecute un acto por obediencia legítima, siempre que:

a) La orden emane de autoridad competente;

b) El agente tenga la obligación de cumplirla; y,

c) La acción u omisión ordenada no viole o restrinja el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forme parte.

## 11. El deber de obediencia en Perú

### 11.1. Derechos humanos aplicados a la función policial

El Manual de derechos humanos aplicados a la función policial, establece que el funcionario tiene la obligación de hacer cuanto esté a su alcance para impedir toda violación de la ley y oponerse rigurosamente a tal violación; asimismo, los que tengan motivos para creer que se ha producido o se producirá una violación informarán a sus superiores y, si fuera necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.<sup>66</sup>

Por otro lado, no se impondrá ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de Conducta y de los Principios Básicos sobre el empleo de la

<sup>66</sup> Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

fuerza y de armas de fuego, se nieguen a ejecutar una orden para emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios. 67

Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza o de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso. 68

Finalmente, no podrá alegarse obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas. Estos últimos tendrán responsabilidad además, cuando conozcan –debiendo haber conocido- el uso ilícito de la fuerza o armas de fuego por los policías a sus órdenes, sin adoptar las medidas necesarias para impedir, eliminar o denunciarlo. 69

---

<sup>67</sup> Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

<sup>68</sup> Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

<sup>69</sup> Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

## 12. El deber de obediencia en Venezuela

### 12.1. Fundamentos del deber de obediencia

#### 12.1.1. *El principio de jerarquía*

El deber de obediencia deriva del principio de jerarquía. El superior tiene la autoridad para determinarle al inferior como debe realizarse alguna actividad, a tal efecto el no cumplir con una orden superior implica romper con el principio de jerarquía, se traduce en una actitud renuente, pasiva o remisa a lo ordenado.<sup>70</sup>

El principio de jerarquía se encuentra establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,<sup>71</sup> según el cual, los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

#### 12.1.2. *La disciplina de la Fuerza Armada*

Tanto en la esfera castrense como en otras organizaciones y cuerpos policiales y de seguridad del Estado, la obediencia es la columna vertebral de la disciplina y constituye la expresión concreta de la autoridad del mando; es

<sup>70</sup> CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

<sup>71</sup> Gaceta Oficial Extraordinaria: 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014

el máximo deber para todos los integrantes de estas instituciones en relación con los superiores en graduación o categoría dentro de los actos del servicio, es decir, dentro de los límites de la esfera estrictamente profesional.<sup>72</sup>

### 12.1.3. *El deber de obediencia los cuerpos de policía*

En materia de función policial, ha sido establecido un elevado deber de obediencia. El mismo adquiere mayor importancia en razón de que, en todo agente policial recae la más alta responsabilidad de resguardo y mantenimiento del orden público, protección a la vida, la propiedad, lo cual debe realizarse con la mayor probidad, rectitud, honestidad, eficiencia, eficacia, y los más altos niveles de disciplina y obediencia.<sup>73</sup>

## 12.2. Fundamentos del deber de desobediencia

### 12.2.1. *La nulidad radical de actos violatorios de derechos constitucionales*

Punto de partida del análisis del marco jurídico venezolano, con respecto al deber del funcionario de no cumplir determinadas órdenes superiores, lo constituye el artículo 25 de la Constitución. La norma citada alude a la nulidad radical de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

<sup>72</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>73</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2006-000670

<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1478-21-AP42-R-2006-000670-2010-1476.HTML>

El artículo 45 de la Constitución establece la aplicación de este principio, en materia del delito de desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.

La Sala Constitucional ha declarado que la norma transcrita pretende la defensa de la Constitución y su eficaz cumplimiento, disponiendo una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos que la misma establece resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad de dichos actos y la responsabilidad de los funcionarios que los dicten o ejecuten.<sup>74</sup>

Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 25 de la Constitución, en materia de violaciones al derecho a la libertad personal, constituye un criterio minoritario en la Sala Constitucional.

El Magistrado *Marcos Tulio Dugarte Padrón* ha señalado que una aprehensión fuera de los supuestos contenidos en el artículo 44 constitucional, haría que tal actuación o acto sea inconstitucional y nulo de nulidad absoluta, por lo que tal arbitrariedad no puede ser sostenida ni convalidada por autoridad judicial alguna, pues, aquello que nace nulo por inconstitucional no puede ser reconocido por el derecho como válido. En su criterio, el propio artículo

<sup>74</sup> SCON-TSJ 11/06/2002 Exp. n° 00-1281

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1264-110602-00-1281.HTM>



25 de la Carta Magna, postula la inexistencia jurídica de todo acto contrario a la Constitución y que vulnere derechos o garantías constitucionales.<sup>75</sup>

### 12.2.2. *El deber de cumplir la Constitución*

El deber de obediencia puede entrar en conflicto con el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos, los instructivos y las órdenes que deban ejecutar, establecido en el citado artículo 33, numeral 11 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La propia Ley del Estatuto de la Función Pública se encarga de fijar los parámetros para resolver el conflicto. Al efecto, el artículo 86, numeral 4, establece como causal de destitución, la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, *salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.*

En términos similares, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone en su segundo párrafo que, el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad

<sup>75</sup> Voto salvado en SCON-TSJ 18/09/2009 Exp. N° 08-1111  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1181-18909-2009-08-1111.HTML>  
Voto salvado en SCON-TSJ 30/09/2009 Exp. 09-0448  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1186-30909-2009-09-0448.HTML>  
Voto salvado en SCON-TSJ 19/05/2010 Exp. 09-1217  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/444-19510-2010-09-1217.HTML>  
Voto salvado en SCON-TSJ 03/02/2012 Exp. N°: 11-1207  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/03-3212-2012-11-1207.HTML>  
Voto salvado en SCON-TSJ 17/06/2014 Exp.- 11-0984  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/165897-754-17614-2014-11-0984.HTML>

de las funcionarias o funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento. La norma deja a salvo lo dispuesto en el artículo 8º, según el cual, los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución e incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, *sin que les sirva de excusa órdenes superiores*.

Según la jurisprudencia, las directrices dictadas por un superior jamás podrán estar por encima de los mandatos previstos en las normas del ordenamiento jurídico; en defecto de esta congruencia, la orden es írrita, ilegal y, en ocasiones, inconstitucional. Por ello, a los funcionarios les asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia, principalmente, del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas y principios recogidos en el servicio especial que prestan.<sup>76</sup>

### 12.2.3. *El derecho a la dignidad humana del funcionario*

El principio de dignidad humana, garantizado en el artículo 3 de la Constitución, proscribire que el sujeto pueda ser tratado como un objeto del Estado. Aceptar que los miembros de la Policía están siempre obligados a obedecer y cumplir las órdenes de sus superiores, con absoluta prescindencia acerca de si dicho mandato es, o no, compatible con el orden constitucional o legal,

<sup>76</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

admitiría transformarlos en simples instrumentos de la voluntad de sus autoridades, con la consiguiente negación de su dignidad humana.<sup>77</sup>

Una obediencia ciega y absoluta a las órdenes superiores conlleva al riesgo de transformar al subalterno en instrumento pasivo de actos arbitrarios, ilegales e incluso, irracionales; este peligro impone limitar la obediencia debida, la cual es necesaria, innegablemente, pero siempre sujeta los extremos que de forma obligatoria se imponen en virtud de exigencias devenidas por el imperio del derecho, la justicia y, en definitiva, el orden de la sociedad.<sup>78</sup>

#### 12.2.4. *La sujeción directa a la Constitución*

La Constitución y las demás leyes derivadas que forman el sistema jurídico, tienen carácter plenamente vinculante para los funcionarios públicos en general, a tenor de lo previsto en los artículos 7, 137 y 139 de la Constitución, los cuales obligan a, al cumplimiento de la normatividad constitucional, como orden supremo del Estado, y a la Ley. Este principio es igualmente aplicable a los funcionarios de policía, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución, en concordancia con el artículo 55, último aparte, y *eiusdem*,<sup>79</sup>

<sup>77</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>78</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>79</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

#### 12.2.5. *El deber de desobediencia de los funcionarios de policía*

No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiendo por tal, el cumplimiento inflexible de una orden, sin observar su licitud ni razones. Tanto la subordinación como la obediencia han de ser dignas, austeras, circunscritas a los límites de la ley. Se obedece a conciencia. Fuera de los límites de la ley no hay obediencia debida.<sup>80</sup> El principio de subordinación y disciplina de las Fuerzas Policiales no constituye un deber de acatar ciegamente las órdenes impartidas por sus superiores, al margen de su contenido y alcance.<sup>81</sup>

Si bien el artículo 33 numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece el deber de los funcionarios de acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos; sin embargo, dichas órdenes deben ser conforme a la Ley y a la ejecución propia del servicio.<sup>82</sup>

No cabe permitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia y cumplimiento de órdenes que resulten contrarias a los derechos y garantías fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos que persigue el sistema de Derecho. De esa manera, tanto quien manifiesta el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la ejecuta, infringen el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción inmediata a la

<sup>80</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>81</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>82</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

importancia del bien jurídico mellado como secuela de la ejecución del acto.  
83

La obediencia ciega, y la correlativa irresponsabilidad absoluta del policía subalterno –y cualquier otro funcionario- por efecto de ella, repudian a la Constitución. El subalterno policial está vinculado de forma especial y relevante al deber superior de respetar la Ley y proteger efectivamente los derechos de las personas, como miembro de un órgano de seguridad ciudadana que es; la completa e incondicional obediencia del policía subalterno, muy posiblemente lo convertiría en un peligro de consecuencias catastróficas para la vida institucional y social, atendiendo a las circunstancias vergonzosas que podría en determinados casos permitir, bajo el manto de estar cumpliendo órdenes superiores.<sup>84</sup>

Recuérdese que los miembros policiales, junto a cualquier otro funcionario, juran el cumplimiento irrestricto a la Constitución y a las leyes, y por ello, no se concibe ni puede tolerarse que éstos se aparten deliberadamente de su observancia obligatoria, más cuando de ellos pende la subsistencia armónica y pacífica de la ciudadanía. En efecto, la función primordial y en mayor grado general que corresponde desarrollar el estamento policial es de trascendental importancia para el Estado y la sociedad, en atención a que su accionar garantiza que la ciudadanía ejercite a plenitud sus derechos y liberta-

<sup>83</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>84</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

des dentro del marco de la Constitución y la ley, y garantizar la supervivencia pacífica dentro del entorno social.<sup>85</sup>

### 12.3. La obediencia debida en el ámbito laboral

En horas de la tarde se presentó al local de Pollos Arturos, el ciudadano ANDREW, en actitud sospechosa, el cual se dirigió inmediatamente al baño, antes de llegar a él fue interceptado por el acusado ciudadano: FREDDY ENRIQUE, quien se desempeñaba para el momento como delegado de seguridad en el referido local, a los fines de indicarle que le mostrara el ticket de consumo, por cuanto es la normativa de la empresa que para el uso de los baños es exclusivo para los usuarios y consumidores del referido local y de esa manera lograr controlar a los mendigos, buhoneros y transeúntes típicos de la zona y los cuales acuden a los baños de los distintos locales de expendio de alimentos con el objeto de lavar ropa, afeitarse, lavarse los pies e inclusive robar a los usuarios de estos establecimientos, a lo cual el ciudadano AGUILAR HERMOSO ANDREW, le hizo caso omiso siguiendo su ruta hacia el baño, al ver esta actitud el acusado procede a manifestarle nuevamente que no puede usar el baño si no ha consumido dentro del local, generándose así una situación de agresividad y violencia donde el acusado le da un golpe en la cara al ciudadano: AGUILAR HERMOSO ANDREW.”<sup>86</sup>

### 12.4. La obediencia y la responsabilidad penal

El artículo 65, numeral 2 del Código Penal dispone, que no es punible, el que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal.

El Comité contra la Tortura ha expresado su preocupación por la subsistencia en el Código Penal, de disposiciones que eximen de responsabilidad pe-

<sup>85</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>86</sup> <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2007/agosto/1723-9-2415-2007-.html>

nal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención. 87

El Comité recomendó derogar las normas sobre exención de responsabilidad penal por obrar en cumplimiento de obediencia debida a un superior, las que no obstante ser contrarias a la Constitución, en los hechos dejan a la interpretación judicial disposiciones incompatibles con el artículo 2.3 de la Convención. 88

## 12.5. La obediencia y la responsabilidad penal de militares

El Comité contra la Tortura ha expresado su preocupación por la subsistencia en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar, de disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención. 89

---

<sup>87</sup> Comité contra la Tortura Informe sobre el quincuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento No. 44 (A/54/44), 26 de junio de 1999. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 232  
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>88</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 234  
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>89</sup> Comité contra la Tortura Informe sobre el quincuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento No. 44 (A/54/44), 26 de junio de 1999. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países

El Comité recomendó derogar las normas sobre exención de responsabilidad penal por obrar en cumplimiento de obediencia debida a un superior, las que no obstante ser contrarias a la Constitución, en los hechos dejan a la interpretación judicial disposiciones incompatibles con el artículo 2.3 de la Convención. 90

#### 12.5.1. *La obediencia debida*

El artículo 397 del Código Orgánico de Justicia Militar regula la obediencia debida, como causa de justificación, en los siguientes términos:

Artículo 397. Está exento de pena:

1. El que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.
3. El que obra en virtud de obediencia legítima y debida, siempre que sea ejecutada la orden en los términos en que fue recibida.

Para determinar el grado de culpabilidad en la ejecución de las órdenes, éstas deben ser dadas por escrito, salvo imposibilidad debidamente comprobada.

#### 12.5.2. *El delito de insubordinación*

Los artículos 512 y siguientes del Código Orgánico de Justicia Militar,<sup>91</sup> regulan el delito de insubordinación, en los términos siguientes:

Artículo 512. Incurrir en delito de insubordinación:

---

en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 232

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1496>

<sup>90</sup> Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 234

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<sup>91</sup> Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998



1. El militar que viola manifiestamente una orden del servicio o se resista al cumplimiento de ella.
2. El militar que en cualquier forma falte al respeto debido a la autoridad o a la dignidad del superior.

Artículo 513. En los casos del inciso 1º del artículo anterior, la insubordinación será castigada:

1. Con pena de diez a dieciséis años de presidio, cuando ocurre frente al enemigo.
2. Con presidio de tres a seis años, cuando ocurre en formación o en cualquiera otro acto del servicio.
3. Con prisión de uno a tres años, en todos los demás casos.

Artículo 514. En los casos del inciso 2º del artículo 512, la insubordinación será castigada con pena de seis a doce años de presidio:

1. Cuando al frente del enemigo y en presencia de la tropa se ataca, insulta u ofende de palabra o por vías de hecho al superior.
2. Cuando sin estar frente al enemigo pero en presencia de la tropa formada con armas, se le ataca u ofende por vías de hecho.

Artículo 515. Cuando los casos de insubordinación a que se refiere el artículo anterior ocurren en cualquiera otros actos del servicio, la pena será:

1. Doce a veinte años de presidio, si hubiere ocasionado la muerte al superior.
2. Presidio de seis a doce años, si le ofende de obra o por vías de hecho, o se le infiere herida o lesión.
3. Prisión de uno a dos años, si se le falta al respeto en cualquier otra forma.

Artículo 516. Toda falta de respeto al superior se presume cometida en acto del servicio, salvo prueba en contrario.

Artículo 517. Las personas sin carácter ni asimilación militar que en buque, cuartel o establecimiento militar se encuentren prestando algún servicio, incurran en cualquiera de los delitos a que se refiere esta sección sufrirán las mismas penas señaladas en los artículos anteriores, reducidas a la mitad.

Artículo 518. A los fines de la aplicación de las penas previstas en los artículos precedentes, se considerará agravante el grado de dependencia que tenga el infractor con respecto al superior a quien se le haya cometido la insubordinación.

Debe entenderse por insubordinación la resistencia a órdenes dadas por los superiores o, lo que es lo mismo, la negativa a obedecer, sistemática y persistente. Igualmente, no debe confundirse la insubordinación con la indisciplina, ni con la desobediencia.<sup>92</sup>

Otro aspecto a tomar en consideración para la penalidad de este tipo de conductas es la relación existente entre un superior y un subalterno, esta relación tiene su núcleo en el vínculo de obediencia y de respeto entre Militares, a tal punto que a los fines de aplicación de una eventual pena, es considerada como agravante el grado de dependencia que tenga el Subalterno con el atropello a su autoridad.<sup>93</sup>

El bien jurídico tutelado en el acto de insubordinación es la disciplina y la subordinación, independientemente del grado o jerarquía que se tenga. La subordinación es parte de la disciplina, pero parte tan esencial que sin ella las otras no pueden conjuntamente existir. Y aunque la subordinación es posible sin la disciplina, porque toda tropa que principia carece necesariamente de ésta, hasta que la va, por medio de aquélla, gradualmente adquiriendo, no puede darse de modo alguno lo contrario, por ser la disciplina una continuada serie de actos de subordinación.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

<sup>93</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

<sup>94</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

De acuerdo a lo previsto en el artículo 512 del Código Orgánico de Justicia Militar, el delito de insubordinación describe dos conductas específicas: el militar que viola manifiestamente una orden del servicio o se resista al cumplimiento de la orden, y el militar que en cualquier forma falte el respeto debido a la autoridad o dignidad del superior.<sup>95</sup>

En cuanto al supuesto de la falta al respeto a la autoridad, se debe observar, en primer lugar, la transgresión que hace el subalterno a la jerarquía militar, y en segundo lugar, la relación existente entre el superior y el subalterno.<sup>96</sup>

Esta hipótesis describe la vulneración que hace el subalterno a la jerarquía militar. En este delito militar se debe tomar en consideración el momento de la perpetración, así como los efectos que produce y los antecedentes que lo originaron. Es punible en razón de la alarma y trascendencia que tiene para la disciplina la acción del que en esa forma desconoce y atropella la autoridad del superior, colocando así en peligro a la subordinación como principio fundamental de rango constitucional sobre el que descansa la Fuerza Armada Nacional.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

<sup>96</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

<sup>97</sup> Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

## 12.6. La obediencia y la responsabilidad disciplinaria

### 12.6.1. *El deber de obediencia*

El deber de obediencia de los funcionarios públicos se encuentra establecido en el artículo 33, numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según el cual, los funcionarios públicos están obligados a acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

La obediencia ha sido definida como la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia; el sometimiento espontáneo al dictado ajeno, bien por sumisión jerárquica impuesta, bien por el cumplimiento del deber.<sup>98</sup> El incumplimiento del deber de obediencia exigido a los funcionarios, consiste en el desacato a una orden o una instrucción.<sup>99</sup>

La aplicación de la sanción exige la comprobación, a través de medios de pruebas validos, de los siguientes elementos:<sup>100</sup>

- En primer lugar, la existencia de una desobediencia a ordenes;
- En segundo lugar, que aquellas órdenes hayan sido impartidas por su supervisor inmediato, no así de otro funcionario aún cuando sea de mayor jerarquía;<sup>101</sup>
- Tercero, que las órdenes hayan sido impartidas en ejercicio de las competencias que el supervisor tiene atribuidas;

<sup>98</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>99</sup> CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

<sup>100</sup> Juzg Sup 1ro Civil y Contencioso Administrativo Región Capital 30/07/2009 Exp. N° 7488

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/junio/2106-30-7488-73-2009.html>

<sup>101</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

- Cuarto, que las órdenes estén referidas a tareas del funcionario al cual se imputa la desobediencia; y
- Quinto, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas<sup>102</sup> y que las tareas que se ordenó efectuar al funcionario no constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.

#### 12.6.2. *Requisitos formales de la orden*

Caso: Omar Enrique

El funcionario suscribió cinco (5) contratos de compra-venta, para adquirir un inmueble, sin tener competencia para ello. Alega que recibió órdenes verbales del entonces Ministro de Finanzas.<sup>103</sup>

Las instrucciones del superior jerárquico pueden establecer, bien un deber genérico de obediencia, o bien una orden de servicio o de jerarquía en donde se instruye la conducta del subordinado para un caso específico, concreto e individualizado y respecto al cual, éste último debe decidir una acción o conducta o realizar alguna actuación.<sup>104</sup>

En algunos casos, la jurisprudencia ha exigido que la insubordinación o la desobediencia se encuentre referida a una orden o instrucción concreta hecha por escrito, a objeto de facilitar la prueba y de evitar la determinación subjetiva de la falta. Por tal motivo, ha sido declarada la nulidad de sancio-

<sup>102</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>103</sup> SPA-TSJ 13/07/2011 Exp. N° 2010-0712

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00954-14711-2011-2010-0712.HTML>

<sup>104</sup> SPA-TSJ 17/05/2011 Exp. N° 2008-0222

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00661-18511-2011-2008-0222.HTML>

nes impuestas por la falta de insubordinación, en casos en que el lineamiento había sido impartido verbalmente.<sup>105</sup>

Sin embargo, estimamos razonable el criterio, según el cual, la orden puede ser verbal o escrita. Tampoco es preciso que el superior la formule, al inferior de forma directa y personal, sino que basta que existan instrucciones precisas de las que este haya tenido –por ejemplo, a través de otras personas del servicio- conocimiento pleno y cabal, o que sea una práctica común a todos los funcionarios de una dependencia administrativa. En consecuencia, puede admitirse en ciertos casos que las órdenes no se documenten por escrito, sino que se expresen en forma verbal, -como por ejemplo las órdenes impartidas en instituciones militares y no militares como las policías, cuerpos de bomberos y de seguridad y administración de desastre-, relativos al desempeño diario de sus tareas funciones y deberes.<sup>106</sup>

Se ha afirmado la comisión de la falta de desobediencia, en un caso en el cual, la Fiscalía Quinta de la Circunscripción Judicial del estado Monagas había girado instrucciones de proceder a la retención de un vehículo MARCA FORD, TIPO AUTOBUS, DE COLOR AMARILLO, MODELO F-350, por un accidente relacionado con una investigación penal, el cual debía quedar a la orden de la mencionada Fiscalía. Sin embargo, el jefe de la comisaría ordenó la devolución del vehículo a sus supuestos propietarios.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Juzg Sup 1ro Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección y de lo Contencioso Administrativo Edo Bolívar 27/07/2007

<http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/1897-27-10.910-.html>

También en este sentido: SPA-TSJ 13/07/2011 Exp. N° 2010-0712

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00954-14711-2011-2010-0712.HTML>

<sup>106</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2006-000670

<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1478-21-AP42-R-2006-000670-2010-1476.HTML>

<sup>107</sup> Juzg Sup Quinto Cont-Admin Región Sur Oriental 30/05/2011 Exp. No. 4255

<http://monagas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/1696-30-4255-.HTML>

### 12.6.3. *La orden de servicio*

Caso: Edgar Enrique: El recurrente se trasladó a la población de Cúpira para cumplir diligencias personales del Inspector Jefe, en un vehículo recuperado, objeto de investigación.<sup>108</sup>

Una orden del servicio es aquella cuyo contexto entraña la ejecución de un acto propiamente del servicio. Por esta clase de actos se comprende tan solo aquel que es inseparable de ese carácter; en el sentido de que el contenido del mandato se halle inspirado en las exigencias del servicio. Si el contenido de la orden es abiertamente ilegítimo y atenta contra los intereses que la institución defiende, no se reputará orden del servicio y el inferior que la deja de observar no podrá ser juzgado por desobediencia.<sup>109</sup>

Las órdenes del servicio comprenden o se circunscriben a las funciones y el desarrollo propio del servicio público particular que se ejerce; sus efectos han de estar dirigidos a materializar el carácter o elemento de tipo público especial que corresponde a las atribución del órgano administrativo de que se trate, y no debe contener ni debe referirse a puntos o circunstancias que atenten o desconozcan el desarrollo mismo de la prestación pública, trastornándolo en detrimento de los deberes inherentes al interés general.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>109</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>110</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

No puede catalogarse como una orden legítima relativa al servicio, la orden emitida por el funcionario superior cuando trae como consecuencia, el incumplimiento de una función propia del servicio prestado.<sup>111</sup>

En cuanto al grado de evidencia de la inexistencia de la orden de servicio, la jurisprudencia ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario, que se trataba del cumplimiento de una diligencia personal del emisor de la orden;<sup>112</sup> o bien que el funcionario estaba en perfecto conocimiento que la orden era contraria a sus deberes policiales.<sup>113</sup>

## 12.7. La orden de cometer un delito

Ejercicio: Valentín De la Cruz

El Agente del Orden Público, Valentín De la Cruz, cumplió la orden clara y expresa por parte del Cabo Segundo, de no asentar en el Libro de Novedades la actuación realizada por los Funcionarios referida a la detención de dos ciudadanos por una falta contra la Moral Pública. Los detenidos denunciaron que fueron objeto de abuso sexual y extorsión por parte de los funcionarios de policía.<sup>114</sup>

Ejercicio: Eliezer Isaac

Siendo aproximadamente las 4:00 A.M. encontrándose en labores de patrullaje, los funcionarios se percataron de que un ciudadano estaba apuntando a otro con un arma de fuego, efectuándole inmediatamente a este ciudadano una revisión de personas y de vehículo. El arma de fuego le fue devuelta directamente a la madre de uno de los ciudadanos. El funcionario alegó que, su supervisor le dio instrucciones para dejar en libertad al sujeto.<sup>115</sup>

<sup>111</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>112</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>113</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>114</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>115</sup> Juzg Sup Civil y Cont-Admin Región Centro Occidental 20/01/2011 ASUNTO: KP02-N-2010-0000090



Ejercicio: Salvador S.

El funcionario Salvador S., recibió la orden del Sub Comisario de movilizar la cantidad de 1994 kilogramos aproximadamente de cocaína, que se encontraba en custodia en la Base de Apoyo de Inteligencia N° 402, Valle de La Pascua, Estado Guárico al Parque de Armas de dicha sede, sin autorización previa del Tribunal Penal y sin la presencia del Ministerio Público.<sup>116</sup>

Ejercicio Marvin Javier

El funcionario recibió dos cadenas de oro, que le habían sido retenidas al ciudadano: Eladannys, pero, cumpliendo instrucciones superiores, no las reflejó en el acta policial por no ser objetos de interés criminalístico, en vista que para el momento no se presentaron facturas de compra de esos objetos.<sup>117</sup>

La orden de cometer un delito, aunque esté ocasionada por relaciones de servicio, no constituye materia tocante al servicio ni pertenece a la esfera de la autoridad superior.<sup>118</sup>

La orden de un superior de no informar acerca de un delito puede llegar a constituir un acto delictivo. Se falta así a un deber legal de cumplir con funciones encomendadas, además de afectar el efectivo desempeño de la Institución.<sup>119</sup>

---

<http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2011/enero/648-20-KP02-N-2010-000090-KP02-N-2010-000090.html>

<sup>116</sup> CSCA 19/05/2010 Exp. N° AP42-R-2008-001803

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/mayo/1478-19-AP42-R-2008-001803-2010-670.html>

<sup>117</sup> Juzg Sup Civil y Cont-Admin Región Centro Occidental 06/08/2014 EXP. N° KP02-N-2011-000726

<http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/AGOSTO/648-6-KP02-N-2011-000726-KP02-N-2011-000726.HTML>

<sup>118</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>119</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

## 12.8. La ilegalidad manifiesta

Caso: Edgar Enrique. El actor conocía la procedencia del vehículo empleado, sabía que se trataba de un vehículo recuperado por el organismo, de procedencia dudosa, y no de un vehículo particular.<sup>120</sup>

En cuanto al grado de evidencia de la contrariedad a derecho de la orden, el artículo 86, numeral 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se refiere a la *infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva. En ciertos casos ha exigido, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas;<sup>121</sup> Mientras que en otros casos, ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario de la irregularidad.<sup>122</sup>

## 12.9. El deber de advertir la ilegalidad

Caso: Edgar Enrique. En el curso de la investigación disciplinaria abierta contra el Inspector Jefe, la Administración consideró que el recurrente incurrió en falta contra la obediencia debida al no ceñirse a la verdad al momento de informar hechos que estaba obligado a poner en conocimiento de la superioridad, pues, de la lectura de las declaraciones rendidas ante el funcionario instructor de la causa, se desprende que el recurrente mintió cuando, habiéndose trasladado a la población de Cúpira para cumplir diligencias personales del Inspector Jefe Tony Grillet, dijo haberlo hecho en un vehículo particular, cuando en realidad se movilizó en el vehículo recuperado, objeto de investigación.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>121</sup> CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>122</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

<sup>123</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

En el caso de una orden que resulta a todas luces ilegítima, el funcionario tiene el deber de alertar a la superioridad, de la ilegal orden recibida. El término “superioridad”, debe ser entendido, no como el superior inmediato, en tanto que de él emanaba el ilegal pedido, sino al superior en la línea de mando o a los funcionarios que reciben la guardia al día siguiente. Con tal actuación el funcionario de policía no hubiera incurrido en violación del órgano regular; sino que por el contrario, se hubiera eximido de cometer la falta por la cual fue sancionado.<sup>124</sup>

#### 12.9.1. *Proporcionalidad*

Para que el desacato a una orden o una instrucción sea causal de la sanción de destitución, la orden en cuestión ha de ser clara, concreta y, de tal entidad e importancia que resquebraje el deber de obediencia o altere el elemento jerarquía. De lo contrario podría significar una falta de respeto o una falta de consideración, pero no insubordinación.<sup>125</sup>

### 13. Resumen

El artículo 65, numeral 2 del Código Penal dispone, que no es punible, el que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal.

<sup>124</sup> SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

[http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html)

<sup>125</sup> CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

Las disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar, son incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención.

Punto de partida del análisis del marco jurídico venezolano, con respecto al deber del funcionario de no cumplir determinadas órdenes superiores, lo constituye el artículo 25 de la Constitución. La norma citada alude a la nulidad radical de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

El artículo 45 de la Constitución establece la aplicación de este principio, en materia del delito de desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.

La Sala Constitucional ha declarado que la norma transcrita pretende la defensa de la Constitución y su eficaz cumplimiento, disponiendo una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos que la misma establece resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad de dichos actos y la responsabilidad de los funcionarios que los dicten o ejecuten.

Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 25 de la Constitución, en materia de violaciones al derecho a la libertad personal, constituye un criterio minoritario en la Sala Constitucional.

La Ley del Estatuto de la Función Pública establece como causal de destitución, la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, *salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.*

En términos similares, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución e incurren en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, *sin que les sirva de excusa órdenes superiores.*

Según la jurisprudencia, las directrices dictadas por un superior jamás podrán estar por encima de los mandatos previstos en las normas del ordenamiento jurídico; en defecto de esta congruencia, la orden es írrita, ilegal y, en ocasiones, inconstitucional. Por ello, a los funcionarios les asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia, principalmente, del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas y principios recogidos en el servicio especial que prestan.

El principio de subordinación y disciplina de las Fuerzas Policiales no constituye un deber de acatar ciegamente las órdenes impartidas por sus superiores, al margen de su contenido y alcance.

El deber de obediencia de los funcionarios públicos se encuentra establecido en el artículo 33, numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según el cual, los funcionarios públicos están obligados a acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

La aplicación de la sanción exige la comprobación, a través de medios de pruebas válidos, de los siguientes elementos: En primer lugar, la existencia de una desobediencia a órdenes; En segundo lugar, que aquellas órdenes hayan sido impartidas por su supervisor inmediato, no así de otro funcionario aún cuando sea de mayor jerarquía; Tercero, que las órdenes hayan sido impartidas en ejercicio de las competencias que el supervisor tiene atribuidas; Cuarto, que las órdenes estén referidas a tareas del funcionario al cual se imputa la desobediencia; y Quinto, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas y que las tareas que se ordenó efectuar al funcionario no constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.

En algunos casos, la jurisprudencia ha exigido que la insubordinación o la desobediencia se encuentre referida a una orden o instrucción concreta hecha por escrito, a objeto de facilitar la prueba y de evitar la determinación subjetiva de la falta. Por tal motivo, ha sido declarada la nulidad de sancio-

nes impuestas por la falta de insubordinación, en casos en que el lineamiento había sido impartido verbalmente.

Sin embargo, estimamos razonable el criterio, según el cual, la orden puede ser verbal o escrita. Tampoco es preciso que el superior la formule, al inferior de forma directa y personal, sino que basta que existan instrucciones precisas de las que este haya tenido –por ejemplo, a través de otras personas del servicio- conocimiento pleno y cabal, o que sea una práctica común a todos los funcionarios de una dependencia administrativa.

La orden de cometer un delito, aunque esté ocasionada por relaciones de servicio, no constituye materia tocante al servicio ni pertenece a la esfera de la autoridad superior.

En cuanto al grado de evidencia de la contrariedad a derecho de la orden, el artículo 86, numeral 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se refiere a la *infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva. En ciertos casos ha exigido, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas; Mientras que en otros casos, ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario de la irregularidad.

También ha sido establecido por vía jurisprudencial que, el caso de una orden que resulta a todas luces ilegítima, el funcionario tiene el deber de alertar a la superioridad, de la ilegal orden recibida.

En el derecho internacional se le exige al subordinado el deber de revisar las órdenes impartidas por el superior y no acatarlas en el caso de que se trate de actos ilícitos, en especial, si se trata de una violación a los derechos humanos. El deber de desobediencia es especialmente válido, en los casos de uso de la fuerza y las armas de fuego, por funcionarios de ejecución de la ley; en el caso de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; en los casos de tortura y otros tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes. En tales casos existe una prohibición absoluta de justificación.

De igual forma se reconoce la responsabilidad del superior jerárquico, de conocer si bajo su órbita de mando se cometen violaciones a los derechos humanos. La normativa internacional también hace responsable a quien debe supervisar el accionar legal y legítimo de sus subordinados a cargo.

Prohibición de la impunidad supone que, son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas.

Los Estados deben incorporar garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribu-



nales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

Los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados. El Estado debe adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en tales situaciones.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del código de conducta, tienen el deber de informar de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

No deben ser aplicadas sanciones administrativas ni de otro tipo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del mencionado Código.

En Alemania, la Ley Federal de Funcionarios Públicos (BBG) dispone que los funcionarios públicos deben hacer valer sus observaciones con respecto a la inconformidad a derecho de las órdenes de servicio, sin demora ante a la o el superior inmediato. Si la orden es mantenida y persisten las objeciones en su contra, deben acudir ante el funcionario próximo superior. Si se

confirma la orden, los funcionarios tendrán que ejecutarla y estarán exentos de responsabilidad. Esto no se aplica si el comportamiento aplicado infringe la dignidad humana o es delito penal o falta administrativa y la penalidad o la contravención es reconocible para la funcionaria o funcionario. La confirmación debe ser extendida por escrito, a petición.

En criterio de *Roxin*, esto demuestra que aún no se ha eliminado totalmente en el Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles. Sólo se produce una excepción en caso de "que la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico", y por tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.

En el conflicto entre el deber de obediencia y la prohibición de cometer acciones antijurídicas, tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar, si se trata de infracciones poco importantes; en cambio, en caso de infracciones más graves, tiene prioridad el interés en evitar el injusto.

Entre los elementos de ponderación debe tomarse en cuenta si se ponen en juego bienes jurídicos fundamentales del ciudadano, especialmente los protegidos por el Derecho penal (desde la libre disposición sobre la morada hasta la propiedad o la integridad física); la existencia de un sistema de responsabilidad del Estado, así como la posibilidad de justificación de la resistencia defensiva del afectado.

En Argentina ha sido desarrollado el tema de la autoría mediata, de quienes tenían facultades de mando como para poner en marcha la ejecución de un plan que controlaban como jefes de la estructura organizada y cuyos instrumentos -personal inferior- resultan altamente fungibles si se plantearan objeciones al cumplimiento de un acto individual. Son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical) y 2) la fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor.

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva hacia abajo con poder de mando autónomo.

De acuerdo a la teoría aplicable, cuanto más arriba está el hombre del escritorio y más lejos de la actuación personal en el delito, mayor será su responsabilidad porque se incrementa su dominio respecto de los hechos.

La regulación del deber de obediencia debe tomar en consideración por una parte el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que, la revisión permanente de cada detalle de la juridicidad de una orden, podría entorpecer de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos. Estos valores deben ser conciliados con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre.

En criterio de *Zaffaroni*, debemos determinar si existe o no el deber de revisar el contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, o si predomina el deber de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.

En la jurisprudencia, más allá de si quien recibe la orden tiene o no facultades de revisión del contenido de dicha orden, de impartirse una orden manifiestamente ilegal en su contenido, cesa el deber jurídico de cumplirla. Allí cuando se trate de órdenes cuya ilicitud se revela de manera manifiesta, la limitación del conocimiento del subordinado respecto del contenido de los mandatos recibidos, no obsta su posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta que se le ordena cometer.

En criterio de *Sancinetti*, aún en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implica-

ra, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera para el derecho vigente, la desobediencia misma.

En Chile se establece el principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar. El inferior puede suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior. Pero si éste insiste en su orden, la misma deberá cumplirse.

Para que el funcionario quede exento de pena, se requiere que la orden sea representada por escrito y no en forma verbal y que la reiteración se produzca igualmente por escrito. La falta de reiteración haría recaer la responsabilidad de la ejecución sobre el subordinado.

La eximente no sería aplicable en el caso de órdenes que no recaigan dentro de la órbita de sus deberes "relativos al servicio" o que no sea inherente a las funciones específicas del cargo; cuando la ejecución de la orden constituya un delito, en cuyo caso el funcionario debe abstenerse de actuar, o cuando no exista una relación de jerarquía funcionaria “dentro” de un servicio.

El Comité contra la Tortura ha recomendado al Estado chileno la eliminación del principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores, para adecuarlo al párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En Colombia, la doctrina de la Corte Constitucional ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio.

La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. Por lo general, se admite el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden.

En Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública regula el deber de obediencia, en el sentido que, el servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato; cuando la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y cuando el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

Cuando no se presente ninguna de las circunstancias indicadas el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo. El envío de las objeciones escritas salva la responsabilidad del inferior, pero éste queda sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva.

En Guatemala, el Código Penal regula el deber de obediencia debida, en el sentido que, la obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.<sup>126</sup>

En Honduras, el Código Penal dispone que, se halla exento de responsabilidad penal, quien ejecute un acto por obediencia legítima, siempre que: a) La orden emane de autoridad competente; b) El agente tenga la obligación de cumplirla; y, c) La acción u omisión ordenada no viole o restrinja el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Re-

<sup>126</sup> Decreto No. 17-73 de 05 de julio de 1973

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0136.pdf>

pública y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forme parte.

En Perú, el funcionario tiene la obligación de hacer cuanto esté a su alcance para impedir toda violación de la ley y oponerse rigurosamente a tal violación; asimismo, los que tengan motivos para creer que se ha producido o se producirá una violación informarán a sus superiores y, si fuera necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Por otro lado, no se impondrá ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de Conducta y de los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego, se nieguen a ejecutar una orden para emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios.

Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza o de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.

Finalmente, no podrá alegarse obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas. Estos últi-



mos tendrán responsabilidad además, cuando conozcan –debiendo haber conocido- el uso ilícito de la fuerza o armas de fuego por los policías a sus órdenes, sin adoptar las medidas necesarias para impedir, eliminar o denunciarlo.

## La protección de la propiedad y la responsabilidad por las mal llamadas expropiaciones que no son más que materiales expoliaciones

*Roberto Hung Cavalieri* \*

**Resumen:** Ante la función social del derecho de propiedad, especialmente de inmuebles constituidos por extensiones de terreno, el instituto de la expropiación tiene una vital importancia por su instrumentalidad a los fines de satisfacer el interés general, así como la utilidad pública o social que justifican su existencia; más sin embargo, ante la desnaturalización, desviación o perversión de sus elementos esenciales, muy lejos de presentarse como un instituto tutelado por el derecho, en ocasiones se presenta totalmente contrario al mismo; lo que no solo afecta la vigencia del Estado de derecho y el principio de seguridad jurídica en aquellos casos de desviaciones generalizadas como ocurre durante regímenes totalitarios, sino que también comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado que puede ser condenado al pago de indemnizaciones por las vulneración de la propiedad como derecho fundamental.

**Palabras Claves:** Propiedad Privada, expropiación, expoliación, confiscación, responsabilidad patrimonial del Estado. Derechos Humanos.

**Abstract:** Duo to the social function of the property rights, specially of estate property, the institution of expropriation has a mayor importance by its instrumentality in order to accomplish the general interest, public and social welfare that justify its own existence; moreover, its denaturalization, deviation or perversion of its essential elements, it doesn't show as a legally supported, but contrarily against its own purposes, affecting not only the preeminence of rule of law and the principle of prevision and legal certainty, specially due to generalized deviations as occurred under totalitarian re-

\* Maestría en Derecho Económico Europeo. *Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille*. 2001. Aix-en-Provence. Francia. Profesor de Posgrado Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteávila. [rhunge@gmail.com](mailto:rhunge@gmail.com)

gimes that compromise the patrimonial liability of the State, that could result condemned to pay compensations for the violations of property as a fundamental right

**Key Words:** Private property, expropriation, spoliation, seizure, confiscation, patrimonial liability of the State. Human Rights.

## SUMARIO

1.- A modo de proemio. El caso venezolano, la denominada revolución bolivariana y el socialismo del siglo XXI como contexto inicial para la disertación. 2.- El instituto de la “expropiación” y su transversal vinculación con el derecho administrativo, constitucional, civil, filosofía del derecho y con el derecho internacional de los Derechos Humanos. La propiedad y la expropiación a la luz de la técnica de interpretación constitucional. 3.- La relación entre la propiedad y la expropiación. ¿Es la expropiación una limitación o una garantía de la propiedad? Más allá de un asunto de *nomen iuris*. Cuando las llamadas expropiaciones son materiales expoliaciones. Consideraciones sobre las acciones civiles de recuperación de activos. El “decomiso civil” y la figura de la “extinción del dominio”. 4.- Las garantías de la expropiación. Sus elementos y requisitos esenciales. La propiedad como derecho humano y su protección. 5.- Antecedentes concretos sobre la vulneración del derecho a la propiedad y la responsabilidad internacional. De las expoliaciones por parte del Régimen Nacional Socialista. La protección de la propiedad en los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos. 6.- Reflexiones finales y conclusiones.

1.- A modo de proemio. El caso venezolano, la denominada revolución bolivariana y el socialismo del siglo XXI como contexto inicial para la disertación.

1.1.- Reflexiones preliminares sobre el caso venezolano.

A partir del 02 de febrero de 1999 se instauró en Venezuela un régimen político que quienes lo promovieron denominaron como “revolución bolivariana” y poco después como “socialismo del siglo XXI”; claro que inicialmente no se tuvo el atrevimiento de llamarlo directamente socialismo, si quiera como eufemismo al agregarle que era del nuevo siglo que iniciaba, sin embargo, transcurrido ya más de diecisiete años, quienes aún lo propugnan no tienen empacho alguno de abiertamente señalar que tal modelo no solo es socialista y en tal sentido lucha por lo que han denominado la “patria socialista”, sino que señalan otros atributos más como los de antiimperialista, anticapitalista, y hasta de “chavista”, aspecto éste de mucho interés en desarrollar pero que no son su estudio objeto de esta disertación.

Dicho régimen no solo propuso y logró que se adoptase un nuevo texto constitucional, así como de una nueva distribución de poderes públicos, de cuyos órganos que los conforman han sido ocupados por personeros afines a dicha ideología, lo que con el transcurso del tiempo ha devenido en lo que materialmente siempre ha ocurrido con el socialismo, especialmente el original del siglo XX, que no es otra cosa que en un Estado fallido incapaz de satisfacer los servicios públicos esenciales de cualquier sociedad y ofrecer a disposición de sus ciudadanos prestaciones mínimas, situación especial que se agrava aún más cuando observamos que desde el mismo momento en que dicho régimen asumiera el poder, desde abril de 1999, la generación de actos de contenido normativo, que más que leyes son órdenes escritas, se ha hecho por vía de decretos, primero sustentados en leyes autorizatorias, luego leyes habilitantes, y más recientemente en ejecución de decretos de estado de excepción y emergencia económica, situación excepcional que si bien atenta contra la propia vigencia del Estado de derecho, al contar quienes ejercen el poder con la connivencia no solo de la jurisdicción contencioso administrativa, sino de la justicia constitucional y de todo el sistema de administración de justicia, no podríamos menos que señalar que estamos ante

lo que el filósofo italiano Giorgio Agamben refiere como un “Estado Kenomático”, es decir un vacío de derecho, una interrupción del derecho<sup>1</sup>.

Ahora bien, la pérdida de vigencia del Estado de derecho, su desconstitucionalización, la falta de autonomía e independencia de los poderes públicos, así como las consideraciones sobre la constitucionalidad o no de la legislación delegada, son temas de gran importancia y vigencia, pero tampoco conforman el objeto principal del estudio; pero era menester hacer los señalamientos anteriores para contextualizar la situación general del Estado venezolano en el momento en que se prepara este ensayo, en el que desde este preciso momento entrará a desarrollar el tema principal como lo es el debido respeto a la propiedad privada y la garantía que de la misma han de ofrecer los Estados, tanto en cuanto a poner a disposición de sus ciudadanos medios para su protección, pero especialmente respecto de la potestad ablativa de la administración de limitarla o restringirla, al punto tal de afectarla y tomarla para sí mediante el muy importante instituto de la expropiación, al que se le dedican interesantes estudios.

Se someterá también a examen, otras situaciones materiales que conllevan a la desposesión y afectación de la propiedad que a pesar de ser denominadas por los poderes públicos como tales “expropiaciones”, que al no verificarse los elementos esenciales que la conforman, estaríamos ante materiales confiscaciones, las cuales comprometen la responsabilidad no solo el ente “expropiante” o aquí ya debiéramos denominarlo “expoliante”, sino también la responsabilidad del Estado, tanto nacional como internacionalmente, y la consecuente obligación tanto a la restitución de los bienes como a indemnización por daños causados.

Como es de evidente conclusión, si históricamente las experiencias nos han demostrado que los regímenes totalitarios, especialmente aquellos de corte socialista o comunista desprecian y desconocen la propiedad privada, aque-

<sup>1</sup> Giorgio Agamben. “Estado de Excepción” Homo Sacer II, I. Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires 2004. Pág. 95.

llas sociedades que a pesar de prever y consagrar en su ordenamiento jurídico el derecho de propiedad y su garantía, su material condición de negación, su vulneración generalizada, la ineficacia de las instituciones en su mantenimiento y protección, alejan a dicha sociedad de cualquier vocación democrática, siendo las peores situaciones aquellas que indebidamente afectan el derecho, vaciándolo de contenido, justificándolo en supuestas causas de utilidad pública o interés general, cuando ellas no son más que falacias en las que se escudan para la comisión de tropelías, y claro, “expropiación” de bienes de sus legítimos propietarios y poseedores, bien se conocen los efectos de las leyes de arianización que adoptase el Nacional Socialismo previas a la Segunda Guerra Mundial, antecedente que es de interés destacar para advertir la importancia de la defensa y protección del derecho de propiedad.

1.2.- Generalidades sobre el ordenamiento jurídico venezolano respecto del derecho de propiedad y el instituto de la expropiación.

Venezuela, la República Bolivariana de Venezuela, en su ordenamiento jurídico, empezando desde el propio texto constitucional consagra y garantiza el derecho propiedad, e inmediatamente, en el mismo artículo, como igual hacen casi todas las constituciones, manifiestan que la propiedad queda sometida a las contribuciones, las restricciones y obligaciones que se establezcan por ley con fines de utilidad pública o de interés general, y que únicamente podrá ser “expropiada” por causa de utilidad pública o interés social, ello mediante sentencia firme y pago oportuno de una justa indemnización, así lo dispone el artículo 115.

El enunciado siguiente, el artículo 116, prohíbe expresamente la confiscación, y solo por vía de excepción, mediante sentencia firme podrán ser objeto de confiscación, los bienes provenientes de hechos ilícitos como los de corrupción y del narcotráfico.

Lo anterior es el tratamiento del derecho de propiedad y prohibición de confiscación en el texto constitucional de 1999, pero dicho derecho en similar

contenido y alcance ha estado en todos nuestros textos constitucionales sin excepción, desde la Constitución de 1811, prolijamente desarrollado en sus artículos 152, 155, 156, 162 y 165, hasta la reformada de 1961 en sus artículos 99, 100, 101 y 102, así como igualmente en todas las constituciones, cuando se consagra el derecho de propiedad, se establece que la misma se encuentra limitada por razones de interés general, utilidad pública o social.

No es necesario aquí referir a textos constitucionales específicos de determinados Estados, menos aún proceder a su transcripción, pero bien cabe preguntarnos: ¿es que acaso en Venezuela la propiedad privada es diferente a como se concibe en otros Estados? ¿Es el alcance del derecho de propiedad en Venezuela menor que en el resto de los demás ordenamientos jurídicos? ¿Por qué entonces la propiedad privada resulta tan materialmente vulnerada y desconocida en Venezuela?, interrogantes que perfilan mejor el objeto de este trabajo.

Sobre el derecho de propiedad en Venezuela, así como de la expropiación por causa de utilidad pública y social, su base normativa, evolución, decisiones de interés del Tribunal Supremo de Justicia, y su desviación en casos concretos, la doctrina venezolana pone a nuestra disposición excelentes trabajos, habiéndose publicado recientemente obras que toman muy en cuenta el régimen jurídico actual del denominado régimen de la revolución bolivariana y socialismo del siglo XXI, sus textos de rango legal y sublegal, decisiones de las altas instancias, y muy importante, antecedentes de “expropiaciones” controversiales.

De los variados trabajos, tres en particular, más allá que por su reciente publicación, por considerar la realidad del foro venezolano y las múltiples “expropiaciones” ejecutadas en los últimos 17 años, su alcance, sus efectos materiales, las normas en que se sustentasen y las decisiones que sobre ellas se profiriesen, son de lectura obligatoria para entender, o tratar de entender de mejor manera la situación en Venezuela: (i) La Expropiación en el Dere-

cho Administrativo Venezolano de José Ignacio Hernández G.,<sup>2</sup> (ii) Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela de Rafael Badell Madrid,<sup>3</sup> y (iii) ¿Expropiaciones o Vías de Hecho? de Antonio Canova, Luis Alfonzo Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro.<sup>4</sup>

No se pretende en este ensayo, quitar, menos aún agregar nada a tales obras, más bien la intención es el abordar el tema de la propiedad y la expropiación desde una aproximación distinta, desde la responsabilidad internacional de los Estados por la ejecución de esas “expoliaciones” ya que no puede hablarse de legítimas “expropiaciones” debido a que muchas de tales prácticas solo se identifican en cuanto al nombre con que se les designan, presentándose como no más que ilegítimas confiscaciones y que generan responsabilidad que puede ser exigida judicialmente, tanto en el ordenamiento interno de los Estados, lo que se dificulta aún más en aquellos bajo regímenes dictatoriales, como internacional como lo serían ante los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

1.3.- Ya dejando un poco a un lado el caso venezolano.

Tampoco es intención del ensayo el circunscribirse exclusivamente al caso venezolano y sus particularidades, que como se mencionara al principio, nos sirve de contexto inicial de la disertación, por lo que el desarrollo del tema se hará con una mayor amplitud y generalidad, apuntando al derecho constitucional, a la filosofía del derecho y al derecho internacional de los derechos humanos, para que las reflexiones y conclusiones sirvan a su vez para estudiar y comprender otras acciones judiciales de restitución o indemnización interpuestas y decididas en otras jurisdicciones, tanto nacionales como internacionales; por lo que las referencias o menciones que en adelante se hagan del caso venezolano, a su legislación, fallos y casos de expropiacio-

<sup>2</sup> Hernández G. José Ignacio. La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2014.

<sup>3</sup> Badell Madrid, Rafael. Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela. Editorial Paredes. Caracas 2014.

<sup>4</sup> Canova, Antonio; Luis Alfonzo Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro. ¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual). Fundación Estudios de Derecho Administrativo y la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2009.



nes o expoliaciones, han de entenderse en relación a un todo mucho más extenso.

2.- El instituto de la “expropiación” y su transversal vinculación con el derecho administrativo, constitucional, civil, filosofía del derecho y con el derecho internacional de los Derechos Humanos. La propiedad y la expropiación a la luz de la técnica de interpretación constitucional.

2.1.- La transversalidad del derecho de propiedad.

Antes de ahondar en mayores aspectos y detalles sobre la expropiación, bien merece dedicarle algunas ideas sobre si dicho instituto se identifica plenamente con el derecho administrativo o con otras ramas del derecho. La importancia de este ejercicio, radica en que si bien, la gran mayoría de su estudio y los trabajos que encontramos sobre la expropiación se desarrolla desde el foro del derecho administrativo cuyos exponentes son docentes, académicos y profesionales con amplia experiencia en esa especialidad, afirmar sin reserva alguna que tal instituto es propio del derecho administrativo o que de manera exclusiva su tratamiento ha de hacerse desde tal rama del conocimiento del derecho, significaría una notable reducción de la importancia de la propiedad privada como derecho, que como se reflexionará y concluirá, más allá de ello, la propiedad, a la luz de la filosofía del derecho y filosofía política, bien podría considerarse más allá de un derecho, como un verdadero principio, incluso como un valor democrático tal como puede colegirse de la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al asimilar la propiedad a la libertad, a la seguridad y a la resistencia a la opresión como finalidad del Estado<sup>5</sup>, apreciación ésta que puede dar origen a mayores y más intensas discusiones que han de abordarse.

<sup>5</sup> Artículo II de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

La experiencia en las aulas en las que se ha planteado el asunto de la propiedad y la expropiación, indica que la aproximación inicial hacia el derecho a la propiedad, luego de las consideraciones sobre los artículos que la consagran en el texto constitucional, se hace desde el derecho privado, principalmente desde las normas de derecho civil contenidas en los propios Códigos Civiles de los Estados; mientras que hacia el instituto de la expropiación, tal aproximación se hace desde el derecho administrativo, ya que se enmarca dentro de las potestades ablatorias de la administración pública.

Es desde esta aproximación hacia la propiedad y la expropiación, del derecho público por un lado y privado del otro, del derecho de los particulares y potestad de la administración, fundamentada en el interés general y bien común, muchas veces resulta desviada la concepción general, la idea, que yo personalmente no comparto, que la relación entre propiedad y expropiación se circunscribe a que la segunda, la expropiación, no es más que una limitación de la primera, la propiedad; concepción que puede observarse ininidad de veces, no solo en la doctrina, sino también en fallos judiciales que se pronuncian sobre casos de expropiación, muchas veces con una simpleza tal que vacía de contenido el verdadero alcance y concepción de la propiedad así como del instituto de la expropiación.

Tampoco puede considerarse que el asunto de la propiedad y la expropiación se agotan en su estudio desde el derecho constitucional, civil o administrativo, sino que el mismo es transversal a todas las ramas del derecho, tanto de las señaladas, como también al derecho penal, tributario o mercantil, razón por la cual, el acercamiento para su comprensión mayor, se sugiere sea hecho desde una postura más abstracta y elevada, como las que nos ofrece la filosofía del derecho, la argumentación jurídica, o como le dedicaremos unas secciones especiales, desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Una sociedad en la que sus miembros, con independencia de su nivel de educación e instrucción, no tengan una clara concepción del contenido y alcance del derecho de propiedad, así como de las instituciones consagradas en su ordenamiento jurídico para su garantía y protección, está condenada a sufrir grandes males, gravemente afectada su seguridad jurídica, y ostensiblemente disminuida la calidad de vida de sus ciudadanos, quienes experimentarían un constante y estructural empobrecimiento, no solo material sino también moral; incluso en aquellas sociedades que cuenten con inmensos recursos naturales cuya adecuada explotación pudiera generar grandes riquezas. La historia nos ofrece infinidad de antecedentes, pasados y presentes, lejanos o muy cercanos.

## 2.2.- La propiedad y la expropiación a la luz de la técnica de interpretación constitucional.

Partiendo de la elemental premisa de que el derecho de propiedad se ubica dentro de la parte dogmática de la Constitución, mientras que el instituto de la expropiación, como resultado de la potestad ablatoria del poder público, se ubica en su parte orgánica, nos proporciona un mecanismo esencial para la interpretación, tanto de las normas que han dirigido el desarrollo y alcance del derecho, como de la actuación de la administración, así como las situaciones de hecho que se presenten en el foro.

En primer lugar, porque la propiedad privada es un derecho, y no así la expropiación, todo proceso de interpretación, habrá de hacerse a favor y en procura del mantenimiento, ejercicio y salvaguarda de la propiedad, y jamás en contra de ella. Mientras que, por el contrario, la actividad de administrativa, tanto en materia de expropiación, así como cualquier otra ablatoria que conlleve a la disminución, limitación o restricción de la propiedad o de cualquier derecho, debe estar estrictamente apegada al principio de legalidad, y en consecuencia, de interpretación restrictiva en cuanto a las facultades de la administración pública, en este caso para la expropiación.

Ciertamente que la expropiación tiene como fundamento el interés general o causas de utilidad pública, y que éstas a su vez pueden verse identificadas con los conocidos derechos prestacionales de contenido social, cultural o económico, pero debe evitarse incurrir en el error, muchas veces inducido, de considerar que los derechos individuales se encuentran en situación de natural contradicción con los sociales, o que de alguna manera los derechos particulares están sometidos a los colectivos, cuando en modo alguno ello es así, ya que los derechos sociales parten del reconocimiento de los individuales, fungiendo incluso como instrumento para su perfeccionamiento. El ejemplo más evidente de esto es el de un hospital público y la necesaria expropiación de una extensión de terreno colindante para su ampliación. Aquí puede observarse como se concibe el derecho a la salud como social en abstracto, pero como instrumento para la satisfacción del derecho a la salud y a la vida del individuo, del ciudadano específico que recibe la atención médica.

Hasta aquí, perfectamente podemos preliminarmente concluir que entre el ejercicio y protección de la propiedad como derecho de rango constitucional, así como de cualquier otro, individual o social, todos ellos conformando un sistema axiomático constitucional, han de ser preferidos e interpretados a favor de su ejercicio frente al de las funciones administrativas, actuaciones que deben ser motivadas, apegadas al principio de legalidad e interpretadas restrictivamente, más aún siendo de carácter ablativo.

Necesario es dejar claro que la casuística puede dar lugar a situaciones en las que se genere tensión entre el derecho individual a la propiedad y el derecho social en que se sustente una expropiación; pero aquí nuevamente, las técnicas de interpretación, específicamente de interpretación constitucional nos proporciona soluciones a los que se denominan “casos difíciles”, que son aquellos en los que entran en conflicto derechos, principios o valores constitucionales.

Para la resolución de estos casos difíciles, el profesor Román Duque Corredor<sup>6</sup>, propone que en los casos particulares, la decisión que haya de tomarse para resolver el conflicto, debe estar en capacidad de superar el denominado “test de proporcionalidad” y que versa sobre tres aspectos específicos a saber: (i) la idoneidad; (ii) la necesidad y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto, test de proporcionalidad que puede señalarse ha resultado del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español mediante diversos fallos<sup>7</sup>.

Del señalado test de proporcionalidad podemos destacar:

(i) La idoneidad. Significa que la decisión que se tome y la valoración axiológica que se haga de un principio sobre otro en el caso específico, debe ser idónea, en el sentido de atender a un efectivo derecho, principio y valor tutelado, que en el contexto será el de la propiedad por una parte y el del derecho en que se sustente la potestad expropiatoria del caso concreto.

(ii) La necesidad. Que no exista otra solución posible para la resolución del problema particular y de la valoración proporcional, ya que deberá resultar efectivamente necesaria esa valoración axiológica, si existirse otra solución menos gravosa, mal podrá considerarse superado el test; que en el caso de la propiedad y la expropiación, corresponde a que si existen otras formas para satisfacer el derecho en el que se sustente la potestad ablatoria, no habría necesidad de expropiar y afectar la propiedad; y

(iii) La Proporcionalidad en sentido estricto. Ello es que, tomándose tal decisión y la valoración axiológica, efectivamente represente un beneficio general de la resolución del asunto de esa manera, debiendo ser mucho más beneficioso en general, incluso para el propio afectado en su derecho de propiedad, ya que como se verá infra, la justa indemnización ha de estar

<sup>6</sup> Duque Corredor, Román. Técnica De Interpretación Constitucional. Notas de Especialización Derecho Procesal Constitucional. Universidad Monteávila. 2013.

<sup>7</sup> SSTC 66/195, de 8 de mayo, Fundamento 5; 55/1996, de 28 de marzo, Fundamentos 7 y 8; 270/1996, de 16 de diciembre, Fundamento 2.e; 37/1998, de 17 de febrero, Fundamento 8; 186/2000, de 10 de julio, Fundamento 6; y STC 14/2003, de 30 de enero, Fundamento 9

prevista y estimada para mantener el equilibrio patrimonial del expropiado, quien no debe soportar una merma patrimonial, pero tampoco un beneficio económico, mientras que sí social, ya que él, el expropiado, así como el resto de la comunidad se ven beneficiados al tener una obra de interés general o utilidad social que ha de mejorar sus materiales condiciones de vida. Recordemos el supuesto del hospital, el sujeto expropiado para la ampliación del hospital ve mejorada su calidad de vida al contar con un centro asistencial más adecuado.

Arribando a una conclusión mucho más elaborada en esta sección sobre cómo ha de interpretarse el derecho de propiedad frente a la expropiación, más allá de los requisitos necesarios de esta última, si la misma no es idónea para mantener la vigencia de los derechos en conflicto, estrictamente necesaria y proporcional, lo que se traduce en que el interés general o la utilidad pública pueda satisfacerse de otra manera y sin afectar el derecho de propiedad, no se podrá proceder con la expropiación, y si a pesar de ello, se procede con la desposesión del bien, no se estaría frente a una verdadera y legítima expropiación, sino ante una material expoliación, siendo responsable el agente de la misma, que como se verá, en el derecho internacional lo será el Estado; responsabilidad que incluso es exigible en aquellos casos en los que si bien la expropiación se fundamenta en verdaderas causas de utilidad pública o social, no se materializa la justa indemnización, la cual debería ser “previa”, pero es más que conocido que es en esta materia donde existe mayor distanciamiento, tanto entre el enunciado de la ley con su propio espíritu, así como respecto a la suficiencia y tempestividad del pago material.

3.- La relación entre la propiedad y la expropiación. ¿Es la expropiación una limitación o una garantía de la propiedad? Más allá de un asunto de nomen iuris. Cuando las llamadas expropiaciones son materiales expoliaciones. Consideraciones sobre las acciones civiles de recuperación de activos. El “decomiso civil” y la figura de la “extinción del dominio”.

### 3.1.- La propiedad ¿Derecho, principio o valor? La expropiación ¿Limitación o garantía?

Antes de atrevernos a navegar abiertamente en aguas en las que pudiera considerarse que se está yendo en contra de las corrientes ya establecidas, han de rescatarse algunas ideas y esbozadas con anterioridad de manera general, para elaborar en esta sección un criterio más directo sobre la relación entre propiedad y expropiación.

La primera, que en modo alguno pueden considerarse la propiedad, ni la expropiación, como derechos, institutos o potestades que puedan abordarse desde exclusivas ramas del derecho. No son, ni estricta ni exclusivamente de derecho público, tampoco del derecho privado, ni civil, ni constitucional, de derecho interno o internacional, pues pueden ser abordados desde todos ellos en mayor o menor grado y en cada caso particular podrá haber distinciones, por lo que no obstante, ante su función social, pueda en casos específicos ser sustraída de su legítimo propietario y poseedor, siempre con fines de interés general o utilidad social mediante expropiación, nos hace entender la transversalidad para su tratamiento y en la que hay que estar conscientes para poder estar en capacidad de proponer y recibir otras opciones y posiciones a los criterios ya arraigados en el foro.

La segunda de las ideas que rescatamos para poder presentar una visión mucho más abstracta, pero por ello no menos compleja, de la relación entre la propiedad y la expropiación, es, si a las luces de la filosofía del derecho, del derecho constitucional y su interpretación, la propiedad sólo debemos considerarla como un derecho, o vista su gran importancia y rango constitucional, también pueda considerársele o asimilársele como un principio, o incluso como un valor, lo que sin duda alguna influirá en que respecto de la propiedad, la expropiación la veamos más como una limitación o como una garantía; ya lo veremos.

El profesor y académico venezolano Rafael Badell, de los importantes trabajos que ha realizado sobre la propiedad, sus limitaciones, la expropiación y la legislación sobre la materia en Venezuela y que se encuentran disponibles en su página en Internet<sup>8</sup>, cuenta con tres específicos ensayos en que los desarrolla de manera prolija. Trabajos que como se señalase también supra, más que recomendados, son de obligatoria lectura para quien desee acometer asuntos de expropiación, estos son: (i) Limitaciones al Derecho de Propiedad<sup>9</sup>, (ii) Limitaciones al derecho de propiedad. La nueva Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social<sup>10</sup>, y (iii) Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad y la jurisprudencia sobre la materia en Venezuela<sup>11</sup>.

Del profesor Badell, además de destacar la precisa distinción que hace de la expropiación como potestad y modo de adquisición coactivo, la contrasta para su más clara definición con otras formas de afectación de la propiedad y en que la misma resulta extinta respecto de su titular como lo son la confiscación, de decomiso, la requisición y la nacionalización; señalando a modo de conclusión que la expropiación es: (i) una potestad, (ii) un modo de adquisición coactivo, (iii) una limitación del derecho de propiedad, (iv) una prestación obligatoria a favor de la administración, (v) un procedimiento, y (vi) una garantía constitucional, que refiere que es a favor de los ciudadanos, y a lo que debe agregarse, que principalmente del sujeto pasivo de la expropiación, el propietario que se verá despojado y al que se le deberá justamente indemnizar.

---

<sup>8</sup> [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

<sup>9</sup> Badell Madrid, Rafael. Limitaciones al Derecho de Propiedad.  
<http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>

<sup>10</sup> Badell Madrid, Rafael. Limitaciones al derecho de propiedad. La nueva Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.  
<http://www.badellgrau.com/?pag=51&ct=1026>

<sup>11</sup> Badell Madrid, Rafael. Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad y la jurisprudencia sobre la materia en Venezuela. Conferencia dictada en las XI Jornadas Jurisprudenciales en Derecho Administrativo. Universidad de Yacambú. Barquisimeto. 15 Noviembre 2014.  
<http://www.badellgrau.com/?pag=205&ct=1745>



Esta multiplicidad de manifestaciones de la expropiación solo es posible y comprensible ante la transversabilidad en todas las ramas del derecho, pero también juega un papel muy importante la concepción que tengamos sobre la propiedad, ya que como derecho, particularmente satisfecho y verificado en un supuesto de hecho específico, es que podremos entender la expropiación como una limitación, incluso más allá de la limitación la extinción de la misma respecto del sujeto expropiado - recordemos el caso expuesto de la necesidad de ampliar el hospital-.

Ahora bien, si nuestra aproximación y concepción de la propiedad va más allá de considerarla un derecho, un importante derecho de rango constitucional, entendiéndola como principio, incluso como valor, un valor constitucional pero también democrático, la expropiación, lejos de verla como una limitación de la propiedad, es más bien su garantía, pero en este estadio superior como principio o derecho, esto es, más allá de la afectación en un asunto particular y específico de algún propietario respecto del bien determinado extraído de su esfera patrimonial.

Lo antes afirmado pudiera para muchos parecer baladí, a otros un atrevimiento al contrariar líneas doctrinales y jurisprudenciales en las que se ha señalado que la propiedad está limitada por la expropiación, lo cual siquiera es limitación sino su absoluta extinción, como se ve en los casos específicos y de los bienes determinados, es decir como derecho perfeccionado respecto de un sujeto de derecho individualizable, y no de la propiedad en ese estadio más amplio, más abstracto, más elevado, como principio o valor democrático.

Como mencionara, el tema no es de sencilla acometida y solución, menos aún en un trabajo como el presente que en su extensión es muy limitado, pero debe seguramente darse la discusión, ya que restar importancia a la propiedad, que como la misma Declaración del Hombre y del Ciudadano refiriere, es asimilable a la libertad, a la seguridad y la resistencia a la opresión

como derechos naturales e imprescriptibles del hombre, por lo que constituye una gran tentación para los regímenes e ideologías totalitarias a las que le es ingénito más allá de la negación y desconocimiento de la propiedad, al igual que todos los derechos fundamentales, su ataque e intenciones de destrucción, lo que generalmente se hace mediante el uso de las potestades expropiatorias de la administración pública. También la historia nos tiene muchos ejemplos de ello; mucho más cerca de lo que creemos, o de lo que queremos creer.

3.2.- Más allá de un asunto de nomen iuris. Cuando las llamadas expropiaciones son materiales expoliaciones.

Característico de los regímenes dictatoriales, para secuestrar los poderes públicos e infestar instituciones propias de los sistemas democráticos y constitucionales, es el uso de la manipulación de las propias instituciones y sus postulados mediante ardidés retóricos y dialécticos al mejor estilo Orwelliano,<sup>12</sup> distorsionando sus verdaderos fundamentos y finalidades utilizando la versión corrompida falaz resultante a su favor<sup>13</sup>, expresiones que a la postre no son más que eufemismos y estratagemas con los que se esconde la ejecución de tropelías y violaciones, tratando de hacerlas ver como si tales actuaciones tuvieran fundamentos legítimos y en atención al interés general.

En el caso de la voz “expropiación”, hemos visto como en casos como el venezolano, no solo el poder ejecutivo, sino el resto de los poderes públicos ha sido indebidamente utilizada, no solo en cuanto a la denominación como tal, sino que de manera totalmente alejada y ajena a lo que el propio instituto es, bien como una limitación del derecho de propiedad si nos acogemos a los más clásicos criterios sobre su naturaleza, o bien como su garantía, en el

<sup>12</sup> De la novela de George Orwell de 1945 “La Rebelión en la Granja” y de 1949 “1984”. Enlace al video animado de 1953:

<https://www.youtube.com/watch?v=sw6BWwh2AmA>

<sup>13</sup> Ver “La Neolengua del Poder en Venezuela”. Dominación política y destrucción de la democracia. Caracas 2014. Sus autores Canova G., Antonio et al., desarrollan el tema de la malformación lingüística y su manipulación por regímenes totalitarios.

caso de entender tal propiedad de una manera más abstracta y elevada; en cualquier caso, los regímenes totalitarios procurarán la utilización del nomen “expropiación” como forma de obtener algún viso o apariencia de legitimidad de las materiales prácticas de expoliación de toda clase de propiedades, confundiéndolas con los diferentes figuras como las de comiso o confiscación<sup>14</sup>, así como cualquier otra forma que conlleve a la desposesión material de dicha propiedad y su reducción a la nada, en cuyo caso resultará en la responsabilidad de la administración que ejecute la ilegítima desposesión, y en última instancia la responsabilidad internacional del propio Estado como sujeto de derecho internacional en la obligación de restitución e indemnización según sea el caso.

Bien puede perfectamente resumirse a tres específicos principales supuestos en los que resulte lícita la extinción de la propiedad de un particular frente a las potestades ablatorias de la administración, la primera, la enajenación, libre de vicios del consentimiento y que es prácticamente igual a como ocurre entre particulares, que podrá ser entre otras, la compra venta, dación en pago, o cualquier otra en que libre y consensualmente adopten las partes en el negocio jurídico; la segunda, como pena o sanción; tales son los casos de los bienes provenientes de delitos o faltas en los que se haya previsto como penalidad la confiscación, en cuyos casos, procede la extinción de la propiedad en cabeza del responsable del delito sin que se deba indemnización alguna, claro está, mediante la ejecución de una sentencia condenatoria definitivamente firme dictada en un proceso judicial en el que se respeten todas las garantías procesales ; y por último, la expropiación, la cual para que sea considerada legítima y no comprometa la responsabilidad de la administración, deberá cumplir completamente y satisfacer todos sus requisitos esenciales, sin lo cual, y vale insistir y reiterar no se estará ante una legítima expropiación sino ante una expoliación con la grosera violación de la pro-

<sup>14</sup> Ver <https://www.youtube.com/watch?v=GMgV6Oy1NF8> y <https://www.youtube.com/watch?v=4pEV81dXSE&t=118s>

propiedad tanto como derecho, así como principio y valor constitucional y democrático.

3.3.- Consideraciones sobre las acciones civiles de recuperación de activos. El “decomiso civil” y la figura de la “extinción del dominio”.

En adición a las potestades ablatorias antes referidas y que podríamos señalar como de “clásicas”, merece referirnos a las acciones tendentes a la recuperación de activos provenientes de actividades ilícitas como la corrupción, narcotráfico y terrorismo, pero no en el marco del derecho penal sino en el marco del desarrollo del sistema universal de la lucha contra la corrupción y que tiene su sustento en la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción,<sup>15</sup> específicamente en sus artículos 53 y 54 relativos a las medidas para la recuperación directa de bienes y la cooperación internacional para la práctica de decomisos, establece el referido instrumento que los Estados partes deberán adoptar las medidas necesarias para que puedan intentarse “acciones civiles” con el objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de delitos de corrupción, así como la indemnización y resarcimiento de daños y perjuicios a otro Estado parte perjudicado, la práctica de decomiso y el reconocimiento del legítimo derecho de propiedad de otro Estado; igualmente de la asistencia judicial para la práctica de decomisos, incluso sin que medie condena penal.

Lo relevante de estas “acciones civiles”, así como la figura de la “confiscación civil y otras formas de confiscación sin condena” a que refiere la Convención, es que el objetivo esencial de las mismas no será el de la aplicación de las sanciones de tipo penal como las penas privativas de libertad o administrativo derivadas de la responsabilidad por actos de corrupción, menos aún que la recuperación de los activos sea una condena accesoria del proceso penal; por el contrario, su objeto es principalmente, con prescindencia de cualquier proceso en materia penal en el que las normas tienen su especial

<sup>15</sup> Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción  
[https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

manera de interpretación, la pretensión de “condena civil” mediante la cual los órganos de administración de justicia ordenen devolución de esos activos al patrimonio de los Estados “perjudicados por los delitos” de corrupción.<sup>16</sup>

La ventaja de las acciones civiles en sus distintos procedimientos es que, además de atender a la material y práctica recuperación patrimonial que necesitan los Estados para el rescate económico luego de gestiones corruptas, más evidente aún en los casos en que instituciones democráticas se encontrasen secuestradas por regímenes cleptocráticos; es que resulta más favorable la aplicación de las normas que rigen tales procedimientos civiles con relación a las dificultades propias de los procesos penales, que al enfrentar la lucha contra la corrupción desde una visión y aproximación distinta como lo es el derecho de los derechos humanos o de una propia interpretación conforme el derecho de lucha contra la corrupción, su lectura resultará destinada a satisfacer y reparar las violaciones de los derechos fundamentales afectados mediante una interpretación progresiva y extensiva de la norma.

Entre los distintos procedimientos civiles que pueden instaurarse, encontramos en un detallado trabajo desarrollado por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito<sup>17</sup>, los siguientes: (i) reclamaciones de propiedad, (ii) acciones ilícitas, (iii) acciones basadas en la invalidez o ruptura de contratos, (iv) acciones por enriquecimiento ilícito o injusto, procedimientos sobre los cuales el trabajo señala casos concretos de interés con referencia a sentencias y laudos.

En cuanto a la figura de la “confiscación civil” o “decomiso de activos sin condena -NCB (*Non-Conviction Based Asset Forfeiture*)” que tiene su fun-

<sup>16</sup> Artículo 53.b de la Convención de las Naciones Unidas.

<sup>17</sup> Brun, Jean-Pierre; Gray, Larissa; Scott, Clive; Stephenson, Kevin M. “Manual para la recuperación de activos. Una Guía Orientada a los profesionales”. Publicación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Disponible para descarga página de la asociación de Grupo del Banco Mundial, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito StAR Stolen Asset Recovery Initiative:

[http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/manual\\_para\\_la\\_recuperacion\\_de\\_activos\\_0.pdf](http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/manual_para_la_recuperacion_de_activos_0.pdf)

damento en el artículo 54.1.c de la Convención y su diferencia con el decomiso penal, señalan los autores del trabajo “Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena”<sup>18</sup> del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que mientras la penal es principalmente una acción *in personam* y como consecuencia de un juicio penal, en el “decomiso civil” o “decomiso objetivo” corresponde más bien a una acción *in rem*, contra la cosa, y puede verificarse antes, durante o después de una condenatoria o la orden de un decomiso penal, procede tanto en jurisdicciones de derecho común como de derecho civil.

En desarrollo de estas acciones civiles para la recuperación de activos, dirigidas más que a la persecución del agente de la corrupción sino a su objeto como lo son los activos provenientes de la misma, siendo la propiedad privada en efecto un derecho humano, la protección como tal, estará condicionada a que la misma sea lícita, es decir, que en definitiva la tutela es sobre la “propiedad lícita”, por lo que en aplicación del mismo criterio tuitivo, los activos que sean producto de actividades ilícitas, estarán fuera del ámbito de protección, ello independientemente de quienes los posean, situación que crea la figura de la “extinción del dominio” que resulta de mayor importancia en la interposición de las acciones civiles aquí referidas.

La más precisa definición de este particular instituto de “extinción del dominio”, puede encontrarse en la propuesta de Ley Modelo sobre Extinción de Dominio del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas –CICAD– que de manera expresa afirma:

---

<sup>18</sup> Greenberg, Theodore S.; Samuel, Linda M.; Grant, Wingate; Gray, Larissa. “Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena”. Publicación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. ISBN 978-958-8307-67-1 Washington 2009. Págs. 9 a la 23.

Disponible para su descarga desde la página de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.  
[https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR\\_Publication\\_-\\_Non-conviction-based\\_Asset\\_Forefeiture\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forefeiture_S.pdf)

*“La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países. Por su naturaleza y alcance, se constituye en un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal.”<sup>19</sup>*

Resulta menester observar y advertir, que siendo el instituto de la extinción del dominio tan poderosa herramienta, muchas son las posibilidades de que se incurra en el abuso en su aplicabilidad por parte de las autoridades, lo que en ocasiones lejos de atender la finalidad de prevención y lucha contra la corrupción, puedan incentivarla e incrementarla, lo que observamos no solo en Estados que son generalmente considerados corruptos, sino que ello se destaca ocurre de igual modo en países de sistema de derecho común como los Estados Unidos,<sup>20</sup> situación que desalentaría la adopción de legislaciones similares, ya que podría incitar a las autoridades a hacer uso de la misma para mayores actos de corrupción sustentando su indebida actuación en un instrumento capaz de dar un velo de legitimidad a su corrupto proceder.

Otra dificultad que enfrenta la aplicación del instituto del decomiso civil y las acciones civiles de recuperación de activos en general, es que si bien son institutos no exclusivos del proceso y derecho penal, la interpretación de las normas no ha de ser la propia del mismo en cuanto resultar restrictiva, pero tampoco su interpretación podrá entenderse de manera tal que pueda vulnerar derechos fundamentales como el debido proceso, derecho a la defensa, a la prueba, irretroactividad de la ley, acceso a la justicia y la propiedad privada, todos ellos que deberán ser garantizados en los procesos e instancias a las personas en posesión de los activos sujetos a recuperación y que en un

<sup>19</sup> Disponible de la página de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)

<sup>20</sup> Williams, Marian R.; Holcomb Jefferson E.; Kovandzic, Tomislav V. y Bullock Scott. “El abuso del decomiso civil” – *The abuse of Civil Asset Forfeiture*- del Institute for Justice, Marzo de 2010. [https://www.ij.org/images/pdf\\_folder/other\\_pubs/assetforfeituretoemail.pdf](https://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf)

contradictorio se demuestre si los mismos son provenientes de las actividades ilícitas o por el contrario son legítimas de sus poseedores propietarios.

En materia probatoria, en perfecta sintonía con lo desarrollado en cuanto a la interpretación progresiva del derecho y lo antes dicho que una propiedad de origen ilícito no puede verse protegida ante tal condición de ilicitud, adquiere especial importancia el principio de “*Ex nihilo nihil fit*” –Nada surge de la nada–, en virtud del cual las personas que son señaladas de cometer actos de corrupción o poseedoras de activos provenientes de ellos u otros hechos ilícitos, no puedan justificar con sus ingresos regulares, o que los activos excedan la fuente conocida de sus ingresos, como en el caso del Sani Abacha, ex presidente de Nigeria, que se estimó que tenía activos hasta por 3.000 millones de dólares mientras que su salario anual era de USD 19.999,00.<sup>21</sup>

Constituyen entonces estas acciones de “confiscación civil” o “decomiso de activos sin condena -NCB (*Non-Conviction Based Asset Forfeiture*)”, conjuntamente con la figura de “extinción del dominio”, instrumentos no sólo de lucha contra la el narcotráfico, sino contra la corrupción, razón lo la cual debe promoverse en los distintos Estados signatarios del instrumento internacional y en los que las prácticas corruptas suelen ser usuales, entre las que bien pudieran considerarse aquellas prácticas que mal llamadas expropiaciones que no son más que materiales expoliaciones.

4.- Las garantías de la expropiación. Sus elementos y requisitos esenciales. La propiedad como derecho humano y su protección.

En la obra *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?*, sus autores, Antonio Canova, Luis Alfonzo Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro<sup>22</sup>, desarrollan un

<sup>21</sup> Daniel, Tim y Maton, James. “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”. En la “Recuperación de activos de la corrupción”. Guillermo Jorge et. al. Buenos Aires 2008. ISBN 978-987-1397-19-8. Pág. 138

<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35543852>

<sup>22</sup> Canova, Antonio; Luis Alfonzo Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro. *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*. Fundación Estudios de



especial capítulo denominado “Garantías expropiatorias esenciales e imprescindibles del derecho fundamental a la propiedad” en la que distinguen seis garantías, sometiendo cada una de ella a minucioso escrutinio, tales garantías son:

- 1.- Garantía de la declaratoria mediante ley formal de un fin de utilidad pública o interés social.
- 2.- Garantía de la determinación formal por el ente expropiante de los bienes concreto a ser expropiados.
- 3.- Garantía de la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la declaración legal de uso público y del acto del ente expropiante de los bienes afectados.
- 4.- Garantía del cumplimiento del procedimiento contradictorio previsto legalmente, con participación de los tribunales.
- 5.- Garantía de la fijación objetiva de una compensación monetaria justa e integral.
- 6.- Garantía del pago oportuno del precio justo; procedencia del pago a la toma de posesión del bien afectado.

La expropiación, tal como se entiende conforme las garantías y requisitos esenciales antes referidos, no permite la ocupación del bien sin que dicho proceso finalice, bien mediante acuerdo amistoso, o por sentencia que recaiga en el juicio expropiatorio, y en todo caso, luego de pagada la justa indemnización, pero como las situaciones fácticas muchas veces pueden diferir con el contenido de la norma y su espíritu, lo que además en el caso venezolano adquiere una dimensión mucho mayor en su distanciamiento con el deber ser de la norma, no solamente ocurre la desposesión material de la

propiedad por parte de su titular sin que haya recibido indemnización alguna y sin finalizarse el procedimiento expropiatorio, sino que puede darse la situación material de que el ente expropiante no impulse dicho procedimiento mientras que persiste la afectación del bien, que es lo que se conoce como “afectaciones eternas”.

El autor venezolano Carlos García Soto en un específico trabajo sobre el tema, ha señalado que “*el perverso fenómeno de las afectaciones eternas en la expropiación*” resulta agravado con decisiones del Tribunal Supremo de Justicia como lo es el caso de la decisión de la Sala Político Administrativa en el asunto conocido como Constructora Alvo, C.A., que al realizar “*una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes*”, “*prácticamente cancela cualquier posibilidad de controlar los supuestos de afectaciones eternas*”, lo que constituye un retroceso en materia de expropiación, desdibujando la institución y generando una nueva anomalía.<sup>23</sup>

Como puede concluirse; más que garantías, tales condiciones constituyen los elementos o requisitos esenciales *sine qua non* podría considerarse que se está ante una legítima expropiación, ya que ante el incumplimiento o falencia en la satisfacción de alguno de esos elementos esenciales, contrariamente de demostrar legitimidad en el ejercicio de la función pública ablatoria, hace patente su irregular funcionamiento e ilegítima la desposesión si la misma llegase a verificarse, que como los autores refieren, ello se reduciría a simples vías de hecho, resultando en su responsabilidad, la cual podrá ser exigida tanto en la jurisdicción contencioso administrativa del Estado, así como en casos de vulneración de derechos humanos, ante los sistemas in-

---

<sup>23</sup> García Soto, Carlos. “Una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes. Notas sobre las afectaciones eternas en la expropiación (a propósito de la sentencia de la sala político administrativa del tribunal supremo de justicia de 7 de mayo de 2014, caso Constructora Alvo, C.A. y Otras”. Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. N° 1, 2016. Disponible en: [http://w2.ucab.edu.ve/tl\\_files/Derecho/Derecho%20admis/005%20-%20Una%20nueva%20interpretacion...%20CGS%20BEDA.1%20V2.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/Derecho/Derecho%20admis/005%20-%20Una%20nueva%20interpretacion...%20CGS%20BEDA.1%20V2.pdf)

ternacionales de protección de no lograrse una reparación en el ordenamiento interno.

La propiedad como derecho constitucional, así como principio y valor democrático, además de consagrarse en los textos fundamentales, también de manera expresa se encuentra reconocida en múltiples instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la consagra en su artículo 21, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXIII, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 17, así como en el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por su parte, la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos, es en su artículo 14 que consagra y garantiza el derecho de propiedad.

De todos los instrumentos internacionales, como igual ocurre en las diversos textos constitucionales de los Estados, a esa consagración del derecho de propiedad, le corresponde su natural sujeción al interés general que como suficientemente como hemos destacado, se materializa mediante la expropiación, que más que una limitación, constituye su esencial garantía.

Ahora bien, con esta categoría especial de instrumentos internacionales, de dicha naturaleza como lo es la de los derechos humanos, se le confiere a la propiedad como derecho humano que es, un grado más elevado de protección, ya que ante su vulneración y falta de reparación en los ordenamientos internos de los Estados, las víctimas de las violaciones podrán presentar las peticiones o acciones en los sistemas a los que pertenezcan; sistemas cuyos órganos jurisdiccionales en modo alguno son, ni pretenden ser alzada de las máximas instancias judiciales de los Estados, por lo que no pueden revocar ni cambiar sus fallos definitivos, pero si pueden pronunciarse sobre la vul-

neración de algún derecho humano, y en caso de verificarse, ordenar las reparaciones que considere procedentes, que en el caso de la violación de la propiedad pueden corresponder a la restitución o la indemnización.

Otra de las consecuencias de que la propiedad más allá de su reconociendo en textos de rango legal y constitucional se entienda como un derecho humano, es que adicionalmente a las acciones que puedan interponerse ante los órganos de los sistemas de justicia transnacional, pudieran también presentarse en jurisdicciones internas de los Estados que prevean conforme a sus normas atributivas de competencia el conocer tales acciones fundamentadas en violación de instrumentos internacionales. Claro es que pudiera surgir un gran número de consideraciones y reflexiones sobre tal jurisdicción y competencia, así como de las formas de ejecutar un eventual fallo condenatorio, lo que igual ocurre con los fallos de los tribunales internacionales, será la casuística en cada asunto particular los que irán encuadrando las actuaciones de los sujetos procesales, pero lo que resulta totalmente indiscutible es que la calificación de derecho humano a la propiedad, amplía los mecanismos de su protección más allá que los ofrecidos dentro de los propios Estados.

Sobre el alcance del derecho a la propiedad como derecho fundamental, son inequívocas las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en cuanto a que tal derecho, más allá de su apreciación material, debe entenderse en un contenido amplio, del cual dimana el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21, y que tal como expone la autora Alejandra sobre el derecho de propiedad<sup>24</sup>, la Corte Interamericana desde su primera decisión definió la propiedad como “*todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona*”, señalando que también la Corte afirmó que el concepto de bienes a los fines de la norma en comento comprende: i) to-

<sup>24</sup> Gonza, Alejandra. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Fundación Konrad Adenauer. Editorial Temis. 2014. Pág. 508

dos los muebles e inmuebles, ii) los elementos corporales e incorporeales y iii) cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

En cuanto a la indubitable función social de la propiedad, ha de agregarse que ante su importancia como valor ideal que trasciende al material, únicamente es posible su limitación y extinción de manera excepcional por razones de utilidad pública o interés social, y siempre según las formas establecidas por la ley, por lo que descuidar el necesario celo y su enérgica guarda, puede generar que el mismo sea desconocido y vulnerado sistemáticamente, generándose un empobrecimiento generalizado de la sociedad.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente mediante las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han dictado importantes fallos de de manera progresiva han desarrollado una protección cada vez más adecuada de los derechos contenidos en los Instrumentos que conforman el corpus iuris del sistema, especialmente la Convención Americana y en el contexto que hoy estudiamos el artículo 21 que consagra el derecho de propiedad. Contamos así con los precedentes de: (i) el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,<sup>25</sup> (ii) el caso Chapparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador,<sup>26</sup> y (iii) el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador<sup>27</sup>, casos sobre los que haremos especial referencia posteriormente.

5.- Antecedentes concretos sobre la vulneración del derecho a la propiedad y la responsabilidad internacional. De las expoliaciones por parte del Régimen Nacional Socialista. La protección de la propiedad en los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos.

<sup>25</sup> CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. (24/11/2006). Serie C No 158.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

<sup>26</sup> CIDH. Caso Chapparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. (21/11/2007). Serie C No 170.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>27</sup> CIDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. (06/05/2008). Serie C No 179.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_179\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf)

5.1- De las expoliaciones por parte del Régimen Nacional Socialista. Las acciones de restitución e indemnización.

En la historia de la humanidad, desde tiempos inmemorables, no sólo el botín de guerra consistente en el expolio de los bienes y riquezas de los perdedores del conflicto, era considerado consecuencia elemental del desenlace de estos tipos de conflicto; es más, desde nuestros actuales criterios, esta clase de desposesión sería la menos gravosa de las consecuencias de la conclusión del evento bélico.

En tiempos pasados, los vencidos que no hubiesen perecido en batalla podían quedar reducidos a la esclavitud, así como tomadas sus mujeres, quienes quedaban a merced de los conquistadores vencedores, por lo que actualmente pudiéramos considerar que tales prácticas abominables son cosa del pasado y afortunadamente no ocurren; pero la historia nuevamente nos ha demostrado que no estamos totalmente en lo cierto, ya que si bien no se dan de la misma manera, las violaciones en cuanto a la vulneración del núcleo duro de los derechos siguen ocurriendo, todo lo cual se agrava al ser los agentes de violación a los propios Estados, a los que teleológicamente les corresponde la protección y garantía de tales derechos -recordemos el contenido del artículo 2 de la Declaración de 1789, esto es, la seguridad, la libertad y la propiedad.

Como si lo referido no fuese suficientemente dañoso, puede agravarse aún más, como cuando las transgresiones efectuadas por los Estados se hacen con supuesto sustento en un marco normativo y ordenamiento jurídico con el que se pretende legitimar sus tropelías.

Uno de los momentos más aciagos de la humanidad sin duda alguna fue la Segunda Guerra Mundial y todo su contexto histórico, social y político, por lo que no puede simplemente circunscribirse su análisis y estudio a la confrontación bélica *per se* desde 1938 entre las distintas naciones involucradas, sino que resulta totalmente necesario un análisis mucho más amplio de

las múltiples causas y circunstancias que luego devinieran en la guerra propiamente dicha, los que nos obliga a dirigir nuestra atención a la instauración del Régimen Nacional Socialista, su fundamento jurídico y las perversiones que desde el mismo se verificaron.

Si bien pudieran ser objeto de artículos más afines con filosofía política<sup>28</sup> y realizarse estudios más profundos, para entender mejor el tema de la exposición nazi, baste señalar que el régimen Nacional Socialista logra instaurarse sustentándose formalmente cumpliéndose con las formas constitucionalmente previstas como el artículo 48 de la Constitución de Weimar<sup>29</sup>, enunciado que permitía el decreto de estado de emergencia; luego el “Decreto del Presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado” - *Reichstagsbrandverordnung*- de fecha 28 de febrero de 1933<sup>30</sup>, también como se conoce, el “Decreto del incendio del Reichstag”, mediante el cual se suspendieron el derecho a la libertad personal, de expresión y de prensa, de asociación y reunión, privacidad de la correspondencia y comunicaciones telegráficas y telefónicas, inviolabilidad de hogar y derecho a la propiedad privada, y para concluir el marco “jurídico” esencial que permitió la instalación del régimen nazi, en fecha 23 de marzo de 1933, la promulgación de la llamada Ley Habilitante de 1933, conocida como “Ley para Solucionar las Urgencias del Pueblo y la Nación”<sup>31</sup> -*Ermächtigungsgesetz*,-, en la que en solo cinco artículos pone fin a la República del Weimar al disponer que el Gobierno del Reich puede dictar actos normativos, incluso la aprobación del presupuesto anual y la obtención de créditos y recursos sin la aprobación del legislativo (art. 1); que los actos del gobierno pueden diferir de la Constitución, si no contradicen al Legislativo y Judicial –los cuales eran sumisos al

<sup>28</sup> Hung, Roberto. “Hablando sobre decretos de emergencia” NIL NISI OPTIMUM. <http://www.chinohung.com.ve/2016/09/hablando-sobre-decretos-de-emergencia.html>

<sup>29</sup> Texto de la Constitución de Weimar de 1919, disponible en la página de estudios constitucionales de la Universidad de Navarra: <http://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales>

<sup>30</sup> Texto del “Decreto del Presidente del Reich para la Protección del pueblo y del Estado”, disponible en: [http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub\\_document.cfm?document\\_id=2325](http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2325)

<sup>31</sup> Texto de la ley habilitante de 1933 para solucionar las urgencias del Pueblo y la Nación, disponible en: <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English5.pdf> y discurso de Adolfo Hitler ante el Reichstag Alemán del 23 de marzo de 1933. Disponible en: <http://worldfuturefund.org/Reports2013/hitlerenablingact.htm>

régimen- (art. 2); que las leyes serían promulgadas por el canciller –Hitler–, publicadas en el diario oficial y entrar en vigencia al día siguiente.

Expresamente señalaba esa ley de excepción, que no le es aplicado al gobierno el procedimiento constitucional de formación de leyes (art. 3); que los tratados internacionales no estarían sometidos a control o aprobación del legislativo (art. 4), y la ley habilitante entraría en vigencia al día siguiente de su publicación hasta el 1 de abril de 1937 o si el gobierno del Reich es sustituido por otro (art. 5).

Como se observa, en tales “normas” sustentadas en la posibilidad de decretar estados excepcionales, generó y creó el contexto, ese piso “jurídico” en que se basó el régimen nacional socialista alemán, no solo para acometer muchos de los hechos que dieron origen a la segunda guerra mundial, sino para dictar “leyes” en contra de sus enemigos, muchas de ellas para “legalmente” hacerse de sus propiedades.

Fue entonces ante ese “marco normativo” arriba referido, que el régimen nacional socialista se hace del poder y dicta otra serie de “normas”, más bien “ordenes” que resultan en las llamadas “leyes de arianización”<sup>32</sup>, cuyo propósito no era más que el de la confiscación de bienes quienes no fuesen alemanes “arios”, a los considerados enemigos del régimen o “patria” –*vaderlad*–, principalmente entonces de judíos, todo ello a través de medidas sistemáticas que consistían desde la previa obligación de declarar y registrar sus bienes en sistemas y bases de datos especialmente diseñados para tal fin, hasta luego su material ilegítima desposesión, medidas entre la que pueden destacarse la promulgación de leyes de confiscación de bienes de enemigos,

<sup>32</sup> Ver en: <http://1933-1945.allianz.com/en/allianz-during-the-nazi-era/>  
<http://1933-1945.allianz.com/en/allianz-during-the-nazi-era/allianz-1933-1945/aryanization/the-aryanization-of-jewish-property/>  
<http://1933-1945.allianz.com/en/allianz-during-the-nazi-era/allianz-1933-1945/aryanization/the-aryanization-of-a-commercial-property-in-munichs-kaufingerstrasse>  
<http://1933-1945.allianz.com/en/allianz-during-the-nazi-era/allianz-1933-1945/aryanization/the-last-stage-the-nazi-state-legalizes-wide-scale-plundering>  
<http://1933-1945.allianz.com/en/allianz-during-the-nazi-era/life-insurance-policies/expropriation/the-confiscation-of-life-insurance-policies/>  
También: [http://www.edwardvictor.com/Holocaust/expropriation\\_main.htm](http://www.edwardvictor.com/Holocaust/expropriation_main.htm)  
<http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/index.cfm>



las “*Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens*”, de las que resultaron las sistemáticas expoliaciones de toda clase de bienes.

Bastantes conocidos son los casos de la masiva y sistemática expoliación de obras de arte, en las que incluso múltiples películas se han inspirado y en las que muestras además de la magnitud de las confiscaciones, los casos de recuperación de importantes piezas.<sup>33</sup>

#### 5,1.2.- El caso Wertheim

Es evidente que ante la gran cantidad de confiscaciones ilegítimas por parte del régimen nazi, sustentadas en el andamiaje legal construido para darle un viso de legalidad formal a sus arbitrariedades, lo que permitiera su ejecución de forma sistemática, muchos son los casos que permanecen desconocidos, más aún, si las desposesiones recayeron no sobre bienes únicos y determinables o de conocidos personajes, sino sobre bienes de personas comunes, lo que dificulta la interposición de las acciones que por restituciones e indemnizaciones por los causahabientes de las víctimas de las desposesiones pueden intentar, tanto en jurisdicciones nacionales como internacionales.

No obstante tal dificultad, el transcurso del tiempo y la posibilidad de extravío de los elementos de prueba que demuestren los abusos de los regímenes autoritarios y los expolios ejecutados, resultan totalmente interesantes los casos y acciones que han logrado restituciones e indemnizaciones, lo que ha de alentar a las víctimas de abusos de gobiernos dictatoriales a más que documentar las violaciones que han sufrido, el interponer las acciones que la legislación nacional de sus Estados, no obstante puedan ser declaradas improcedentes, o ante jurisdicciones internacionales que puedan resultar

<sup>33</sup> Tal es el caso de la película “La Dama de Oro” –Woman in Gold-, inspirada en el proceso judicial de recuperación de la pintura de Gustav Klimt “Retrato de Adele Boch-Bauer I” que fue sustraído durante la guerra a los antecesores de la Sra. María Altmann. <http://www.stealingklimt.com/>  
También se hizo visible la sistematización y magnitud de la expoliación de obras de arte por parte del régimen nazi en la película denominada “Monuments Men” <http://www.sonypictures.com/movies/themonumentsmen/>

competentes, así como los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Entre esos interesantes casos de expolio imputable al régimen nazi y que comprometieron la responsabilidad del Estado alemán, se encuentra el caso Werthein, que sin entrar en sus específicos detalles, podemos relatar que consistió en la acción judicial que por indemnización interpusieron herederos de la Familia Werthein en contra la tienda por departamentos alemana “KarstadtQuelle AG”, pero que afectara los intereses y responsabilidad del Estado alemán.

Los hechos se originan cuando el régimen nazi, ilegítimamente confiscara los derechos de propiedad sobre la empresa Werthein mediante la apropiación de las acciones de la sociedad cuyos accionistas eran judíos; Abraham e Isa Werthein quienes en 1875 iniciaron una pequeña tienda, en 1930 “Werthein”, estaba regentada por la segunda generación de los Werthein en el negocio, Georg, Franz y Wilhelm, era una gran tienda por departamento propietaria de grandes extensiones de terreno urbano en ciudades de Alemania, principalmente Berlín.

Siendo los Werthein judíos, ante las leyes de arianización, fueron obligados a transferir las acciones de la compañía a accionistas “arios”. Uno de los hijos de Franz, Guenther Werthein pudo escapar del régimen Nazi y viajando a los Estados Unidos. Luego de la transferencia de las acciones, la dirección de la compañía, desde los años 30 a 50, la tuvo Arthur Lidgens, casado con la viuda de Georg Werthein, que era aria conforme a la ley.

Finalizada la guerra, y dividida la ciudad de Berlín al igual que Alemania, en oriental y occidental, una extensión de terreno que era propiedad de Werthein ubicada en Berlín oriental fue confiscada. Por otra parte, Lidgens, acordó con los sucesores un pago irrisorio por sus acciones, aduciendo que ellas nada valían, mientras que a la vez celebraba una fusión con “Hertie

Vereinigte”, sociedad que luego resultase una importante tienda por departamento en Alemania occidental, la “KarstadtQuelle AG”.

Luego de la caída del muro de Berlín, Hertie, como adquirente de las acciones de Wertheim, solicitó la restitución de la extensión de terreno de la compañía en Berlín oriental expoliada por Rusia, mientras que la Conferencia Judía de Reclamaciones Materiales contra Alemania “*Jewish Claims Conference*”<sup>34</sup>, también interpuso solicitud de las propiedades no reclamadas de judíos accionistas de Wertheim víctimas de las persecuciones; procedimientos judiciales en Alemania en los que no resultaron determinantes decisiones de mérito. En 1993, Hertie Vereinigte fue adquirida por KarstadtQuelle AG.

No fue sino hasta que en 2001, Barbara Principe y Martin Wotham, sucesores de Guenther Wertheim, acudiendo a los servicios de la firma OSEN LLC<sup>35</sup>, interponen acción judicial por daños y perjuicios contra KarstadtQuelle AG por daños derivados por la transferencia fraudulenta de las acciones, generándose así un complejo litigio que involucra diferentes jurisdicciones, y es cuando empiezan a dictarse decisiones tanto en sede administrativa como judicial en Alemania, relativas a la legitimidad o no de KarstadtQuelle AG, como sucesora de Hertie Vereinigte y Wertheim; así como que el Estado Alemán jamás tuvo directa relación con la confiscación de la propiedad; que ante la importancia y simbolismo del asunto, en especial que las extensiones de terreno en litigio se encuentran en una especial ubicación de Berlín, y ante los antecedentes que rodearon la expoliación, convertían al caso en una de las más importantes causas de restitución en la historia del derecho alemán.

Finalmente, las partes en conflicto arribaron a una transacción en marzo de 2007 en la que la sociedad KarstadtQuelle AG, se comprometió al pago de

<sup>34</sup> Jewish Claims Conference: <http://www.claimscon.org/>

<sup>35</sup> Osen LLC Attorneys at Law. <http://www.osenlaw.com/>

Información del caso tomada de la página de la firma: <http://www.osenlaw.com/case/wertheim-case>

ochenta y ocho millones de Euros (EUR 88.000.000,00) como indemnización por la extensión de terreno de aproximadamente 1,5 hectáreas en la zona más moderna de la ciudad de Berlín y en a que existen grandes desarrollos inmobiliarios con edificios de oficinas, apartamentos y hoteles.<sup>36</sup>

5.2.- La propiedad como derecho humano y su tratamiento en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Supra señalamos que en instrumentos internacionales, la propiedad es reconocida como derecho fundamental, lo que se observaba desde la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo II, pero también, más recientemente en nuestros tiempos se encuentra en instrumentos internacionales que consagran sistema de protección de derechos humanos como lo son el Sistema Interamericano y el Europeo.<sup>37</sup>

5.2.1.- La propiedad en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. El caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España.

El 04 de noviembre de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una muy interesante decisión en el denominado caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España,<sup>38</sup> que consistió en una demanda interpuesta por la referida sociedad mercantil contra el Reino de España por la violación del

<sup>36</sup> <http://www.nytimes.com/2007/03/30/world/europe/30iht-settle.4.5090836.html>  
<http://www.bloomberg.com/news/articles/2006-09-18/final-act-looms-in-nazi-restitution-case>  
 Videos: [https://www.youtube.com/watch?v=Cxd\\_s-IwARw](https://www.youtube.com/watch?v=Cxd_s-IwARw)  
<https://www.youtube.com/watch?v=fC7-LhYpK1A>  
<https://www.youtube.com/watch?v=XrbHjthdN1E>  
<https://www.youtube.com/watch?v=hc-DIibuCpA>  
<https://www.youtube.com/watch?v=x02bbtpgI5Y>

<sup>37</sup> Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. XXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el Art. 1 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

<sup>38</sup> Ejemplar de la sentencia caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España en castellano de la página del Ministerio de Justicia del Reino de España Disponible en: [http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427555974?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia\\_S.A.\\_UCIEZA\\_c\\_Espa%C3%B1a\\_trad\\_0.pdf&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427555974?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_S.A._UCIEZA_c_Espa%C3%B1a_trad_0.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH)  
 De la página del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-147673> (Revisado el 19/11/2016)

derecho del derecho a la propiedad, a la no discriminación y acceso a la justicia.

Los hechos a que se contrae la causa es que la sociedad manifestó ser propietaria desde 1978 de una extensión de terreno en la que se encontraban y formaban parte del negocio jurídico de adquisición, unas edificaciones "una Iglesia, una casa, unas norias, un corral y un molino", acompañó a su demanda la escritura inscrita en el registro de la propiedad en el año 1979.

Se lee de la decisión que resultó demostrado, tanto ante la jurisdicción interna del Estado como en la internacional de protección de derechos humanos, que tal extensión de terreno y las edificaciones fueron en una oportunidad propiedad del entonces monasterio de Santa Cruz de la Zarza, que a su vez formaba parte del Priorato de Santa Cruz fundado en el siglo XII.

Señaló la demandante sobre la adquisición y titularidad de los bienes, que al suprimirse la Orden y liquidado su patrimonio, lo que ocurrió entre 1835 y 1841, se inicia el tracto de sucesivas enajenaciones hasta que la sociedad los adquiriese en 1978 y en 1979 inscribiese el acto jurídico en el registro de la propiedad y de allí su eficacia erga omnes.

En 1994, el Obispado de Palencia inscribió a su nombre, en el mismo registro de la propiedad, una extensión de "terreno urbano con una iglesia de estilo cisterciense de principios del siglo XIII, una sacristía y una sala capitular que antaño formaron parte del antiguo monasterio prematritense de Santa Cruz de la Zarza", esto es, la misma extensión de terreno y edificaciones que la sociedad mercantil alega ser la única propietaria, y es en razón de tal inscripción del obispado de Palencia que la sociedad demanda en la jurisdicción interna la reivindicación y la consecuente nulidad del asiento registral, acción judicial que en definitiva en la jurisdicción española fue declarada improcedente, así como inadmisibles el recurso de casación contra la sentencia de alzada, por lo que agotada la jurisdicción interna, interpone la acción ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El órgano jurisdiccional europeo de protección, en su sentencia de fondo del 04 de noviembre de 2014 declaró que efectivamente el Reino de España vulneró el derecho de propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, esto es, el derecho de propiedad, ello al desconocerse en el proceso judicial interno los derechos reales que derivan del título de propiedad de la extensión de terreno y las edificaciones inscrito en el registro de la propiedad.

El fallo en su motivación y fundamento, específicamente entre los párrafos 70 al 102, cuando se refiere a dicha violación al derecho de propiedad, afirma entre otras cosas que los Estados *“en el derecho al respeto de los bienes, -deben- procurar una «justa ponderación» entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos del individuo”*, debiendo existir *“una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar, en toda medida que prive a una persona de su propiedad, o se reglamente el uso de ésta”*<sup>39</sup>

Especialmente señala la decisión que para *“determinar si la medida litigiosa respeta la deseada justa ponderación y, especialmente, si no hace recaer sobre el demandante una carga desproporcionada, hay que tomar en consideración las modalidades de indemnización previstas por la legislación”*<sup>40</sup>.

Sobre la inscripción en el registro de la propiedad de un título, en el caso específico de la demandante ante el sistema europeo de protección de derechos humanos y en virtud del cual intentase la acción reivindicatoria y nulidad de la inscripción posterior, es criterio del propio Tribunal, que tal inscripción y registro de la propiedad *“otorga importantes ventajas de orden sustanciales y procedimentales a su propietario, presentándose como un instrumento de publicidad de la propiedad inmobiliaria destinado a garan-*

<sup>39</sup> Párrafo 73

<sup>40</sup> Párrafo 75

tizar la propiedad de los bienes, así como el tráfico mercantil de dichos bienes”, por lo que al resultar desconocido por el ordenamiento jurídico interno y en el proceso judicial no valorado debidamente, quedaría dicho registro y título “*reducido a la nada por las jurisdicciones internas*”<sup>41</sup>, lo que “*equivale a privar de todo efecto útil un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad...*”<sup>42</sup>, resultando en tal sentido dichos derechos “*amputados de cualquier efecto útil*”<sup>43</sup>, viéndose también afectando el principio de seguridad jurídica.<sup>44</sup>

5.2.2.- La protección de la propiedad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en cuanto a la protección del derecho de propiedad que se encuentra consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, y que como bien lo refiriera Alejandra Gonza<sup>45</sup>, al estudiar las precisiones de la Corte Interamericana sobre el mismo, es extensible a “*todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona*”, y que en tal sentido comprende, tanto bienes muebles e inmuebles, elementos corporales e incorporeales, así como cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

A la fecha, los fallos más destacados del órgano jurisdiccional internacional de protección de derechos humanos en la región que han perfilado el entendimiento y extensión del derecho de propiedad son tres: el primero, el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,<sup>46</sup> en el que se pronunció sobre la violación por parte del Estado peruano de los artículos 8 y 25, relacionados con los artículos 1.1 y 2, así como de artículo 26, (protección judicial, garantías judiciales, obligación de respetar los derechos y deber de adoptar

<sup>41</sup> Párrafos 79 y 80

<sup>42</sup> Párrafo 96

<sup>43</sup> Párrafo 98.

<sup>44</sup> Párrafo 99.

<sup>45</sup> Gonza, Alejandra. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Fundación Konrad Adenauer. Editorial Temis. 2014. Pág. 508

<sup>46</sup> CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. (24/11/2006). Serie C No 158.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

disposiciones de derecho interno y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales). Contención en la sede internacional que se interpuso ante el indebido despido de 257 trabajadores del Congreso Nacional en el año 1992, medida adoptada por el régimen dictatorial de Alberto Fujimori en ejecución de lo que denominase el “Gobierno de Emergencia y Reconstitución Nacional”, específicamente en cuanto al “Proceso de Racionalización del Personal del Congreso de la República”

A pesar de no haberse alegado la violación, ni se pronunció la sentencia expresamente sobre el artículo 21, se condenó al Estado peruano adicionalmente a la responsabilidad de reparación en cuanto al establecimiento de un mecanismo específico que brinde a las víctimas asesoría legal competente de forma gratuita para garantizar el goce de sus derechos o libertades conculcados, determinando y fijando las consecuencias jurídicas, entre ellas las debidas compensaciones ante la pérdida de ingresos laborales y otros; se condenó a pagar a cada una de las víctimas, en atención del principio de plena restitución y por concepto de indemnización compensatoria por el daño inmaterial sufrido, la suma de US\$ 15.000,00.

El otro importante antecedente es el conocido como caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador,<sup>47</sup> en el que el señor Chaparro, propietario de una fábrica de hieleras llamada Plumavit y el señor Lapo, gerente de la empresa, fueron privados de libertad por más de un año por su supuesta participación en operaciones de narcotráfico en las que eran utilizadas hieleras similares a las fabricadas por Plumavit. Además de la privación de la libertad de Chaparro y Lapo, la operación de la empresa y la posesión de sus bienes fue tomada por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), así como un vehículo propiedad de Lapo.

<sup>47</sup> CIDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. (21/11/2007). Serie C No 170.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)



Concluidos los procesos penales que resultaron en la absolución de los mencionados ciudadanos, al no tener vinculación alguna con las operaciones de narcotráfico, fueron puestos en libertad, mientras que la devolución de la empresa ocurrió luego de transcurridos 5 años desde que fuese incautada y operada por el CONSEP, y ello previo el pago de depósito judicial exigido por el mismo CONSEP.

Al retomar el Sr. Chaparro la posesión de las instalaciones de la fábrica de la que era accionista, pudo determinarse y verificarse que los bienes propiedad de la empresa habían sufrido daños por falta de mantenimiento e indebida operación, así como que muchos de los activos habían desaparecido; y el vehículo propiedad de Lapo que fue confiscado jamás fue devuelto. La sociedad cuyo capital accionario es propiedad de Chaparro, vio mermada su capacidad operativa, su rendimiento comercial y económico, vulneraciones todas éstas, además de las sufridas por la irregular tramitación del proceso penal que hicieran que los señores Chaparro y Lapo, iniciaran el procedimiento previsto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tendente a la determinación de los hechos y la determinación de la responsabilidad del Estado.

En el proceso llevado ante el sistema interamericano y en tal sentido se pronuncia la Corte Interamericana en su sentencia, sobre la responsabilidad del Estado ecuatoriano incurrió en violación de los artículos 5, 7, 8, 25, 1.1, 2 y el 21 de la Convención, esos son, sobre los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, garantías judiciales, protección judicial, obligación de respetar los derechos, deber de adoptar disposiciones de derecho interno y por supuesto, sobre el derecho a la propiedad privada, vulneración de este derecho por el perjuicio económico que sufrieron ante las pérdidas materiales.

La decisión de la Corte en su dispositivo sobre la violación al derecho a la propiedad privada y las reparaciones condenó al Estado ecuatoriano al pago

de US\$ 150.000,00 a favor del Sr. Chaparro por la afectación de la operatividad de la fábrica, ello no obstante señala ha de llevarse a cabo un procedimiento arbitral para la más precisa determinación de tal afectación, y al Sr. Lapo US\$ 1.150,09 por el valor estimado de su vehículo que jamás le fuera devuelto.

Por concepto de sueldos no recibidos se condenó al pago de US\$ 66.796,70 para el Sr. Chaparro y US\$ 15.026,68 al Sr. Lapo, calculado conforme la información de las planillas de aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, igualmente se condenó al pago de US\$ 40.000,00 para el Sr. Chaparro y US\$ 20.000,00 al Sr. Lapo, por la pérdida de inmuebles de su propiedad ante la ejecución de hipotecas que sobre ellos recaían por el impago ocurrido mientras estuvieron privados de libertad. También se ordenó el reembolso de la cantidad pagada al CONSEP por depósito judicial la suma de US\$ 16.143,77 más los intereses correspondientes, ordenó el pago de US\$ 50.000,00 para cada uno de las víctimas por concepto de daño inmaterial.

Y finalmente, en el caso Salvador Chiriboga también contra Ecuador<sup>48</sup>, el cual se originó por la “expropiación y ocupación urgente” en 1991 por parte de la municipalidad de Quito de una extensión de terreno de 60 hectáreas propiedad de María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga, quienes los recibieran en herencia de su padre Guillermo Salvador Tobar; expropiación efectuada para erigir allí el Parque Metropolitano de la Ciudad de Quito, proceso expropiatorio en el que los propietarios expropiados interpusieron diversas acciones judiciales, tanto contencioso administrativa de nulidad de la declaratoria de utilidad pública, así como de procura de su justa indemnización. Por su parte, el Estado ecuatoriano sostuvo durante todo el proceso transnacional de protección de derechos humanos, que dicha expropiación se efectuó cumpliendo las normas constitucionales de ese Estado y conforme la Convención, esto es, de manera “*compatible con el de-*

<sup>48</sup> CIDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. (06/05/2008). Serie C No 179.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_179\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf)

*recho a la propiedad privada, pues se fundó en razones de utilidad pública y de interés social y se sujetó al pago de una justa indemnización”.*<sup>49</sup>

Ante los términos en que se planteó la controversia, debió la Corte Interamericana estudiar, determinar y decidir el asunto “a la luz de los hechos del presente caso, si la limitación al derecho de propiedad de la señora Salvador Chiriboga se llevó a cabo de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana, así como si el Estado brindó las garantías y protección judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.”<sup>50</sup>

El fallo se pronuncia sobre la responsabilidad del Estado ante la denunciada violación de la Convención Americana en sus artículos 8, 25, 2, 1.1 y claro está el artículo 21, artículos relativos al derecho a las garantías judiciales, protección judicial, deber de adoptar disposiciones de derecho interno, obligación de respetar los derechos, y el derecho que protagoniza el presente estudio, la propiedad como derecho humano.

En el caso particular no existe contención sobre la potestad expropiatoria del Estado, todas las partes y la Corte reconocen que la administración la posee, pero la misma debe ser ante verdaderas situaciones de causa de utilidad pública y con una justa indemnización, indemnización ausente en el caso de marras, todo ello en el marco de procedimientos que se sustancien y decidan en un plazo razonable.

En el párrafo 55 de la decisión, la Corte manifiesta que “ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de

<sup>49</sup> Párrafo 10 de la decisión

<sup>50</sup> Párrafo 48 de la decisión

valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas.”, derecho de propiedad que debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos, deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales y que la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, que si bien la propiedad no es un derecho absoluto, para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social y sujetarse al pago de una justa indemnización.<sup>51</sup>

En el caso concreto, la sentencia de la Corte estableció que “*las razones de utilidad pública o interés social son válidas a la luz de la Convención Americana*”<sup>52</sup>, pero sobre el requisito de la justa indemnización señaló que el mismo no se cumplió y en consecuencia resultó vulnerado el artículo 21.2 de la Convención Americana, ello no obstante la administración al presentar la demanda de expropiación consignó el valor que unilateralmente fijó por la extensión de terreno, expresando el Estado que la razón de que la presunta víctima no hubiese recibido la justa indemnización se debió a los recursos interpuestos, que indican, tenían como objetivo obstruir la facultad expropiatoria de la autoridad.<sup>53</sup>

Concluye la Corte que en efecto hubo una violación del artículo 21.2 de la Convención al no verificarse una justa indemnización, la cual afirma que constituye un principio de derecho internacional, que además de estar previsto en el artículo 21, igual como ocurre en el sistema europeo con el artículo 1º del Protocolo No. 1 interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos, e incluso así se ha manifestado la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 1803 y reafirma-

<sup>51</sup> Párrafos 60 y 61 de la sentencia.

<sup>52</sup> Párrafo 90.

<sup>53</sup> Párrafos 92 y 94

do por la jurisprudencia internacional<sup>54</sup>. Concluye la decisión dicha sección estimando que en casos de expropiación, la indemnización ha de calcularse en base al valor comercial y el equilibrio entre el interés general y particular.<sup>55</sup>

Sobre las reparaciones y costas, la Corte Interamericana dictó sentencia en fecha 03 de marzo de 2011<sup>56</sup>, luego de ordenada la práctica de un peritaje internacional que no se ejecutó, pero con atención a las probanzas que constaban en el expediente, documentales y peritaje, condenó al Estado ecuatoriano al pago de US\$ 18,705,000.00 por concepto de justa indemnización en sede internacional, la cual incluye el valor del inmueble expropiado y sus accesorios<sup>57</sup>; la suma de US\$ 9,435.757,80 por concepto de intereses<sup>58</sup>, suma total que ordena sean entregadas mediante cinco pagos en el períodos de cinco años<sup>59</sup>. Por último, la sentencia condenó el pago de US\$ 10,000.00 por concepto de daño inmaterial y US\$ 50,000.00 por concepto de costas.

Como se observa del caso Salvador Chiriboga, el Sistema Interamericano de manera gradual avanza a una mayor protección del derecho a la propiedad, derecho éste que generalmente es sistemáticamente desconocido y vulnerado por Estados sometidos a regímenes cuyo proceder democrático está en entredicho y sus prácticas se identifican más con aquellos de corte totalitario, en los que el desprecio por la propiedad privada es abierto.

## 6.- Reflexiones finales y conclusiones.

---

<sup>54</sup> Párrafos 95 al 97.

<sup>55</sup> Párrafo 98.

<sup>56</sup> CIDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. (03/03/2011). Serie C No 222.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_222\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf)

<sup>57</sup> Párrafo 84.

<sup>58</sup> Párrafo 101.

<sup>59</sup> En el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador consta de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fechas 24/10/2012, 22/08/2013, 20/11/2014, 23/06/2015 y 03/05/2016, el total cumplimiento de las obligaciones de pago condenadas al Estado. De las 3 primeras consta haberse efectuado el pago de USD. 16.920.947,80, las 2 restantes no indican las sumas pagadas.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga\\_24\\_10\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga_24_10_12.pdf)

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga\\_22\\_08\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga_22_08_13.pdf)

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga\\_20\\_11\\_14.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga_20_11_14.pdf)

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga\\_23\\_06\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga_23_06_15.pdf)

[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga\\_03\\_05\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chiriboga_03_05_16.pdf)

Como puede observarse y meridianamente concluirse de los antecedentes de los casos analizados, tanto en las jurisdicciones ordinarias de los Estados, así como de las jurisdicciones internacionales como lo son aquellas de protección de derechos humanos, ante la vulneración del derecho de propiedad como derecho fundamental, bien pueden los afectados interponer las acciones judiciales tendientes a la restitución e indemnización, reparaciones éstas que no sólo pueden exigirse al Estado cuando es el agente de la violación mediante la actuación de los diferentes órganos de la administración pública, lo que es más que evidente en los casos de las llamadas “expropiaciones” sin que se cumplan con los requisitos que le son esenciales, lo que las hace ilícitas desposesiones, vulgares expoliaciones, de las que resulta la responsabilidad del Estado su reparación integral, tanto de daños materiales como inmateriales.

Además de la responsabilidad de reparación del Estado cuando el mismo es agente directo de la violación, declarada en la jurisdicción interna, o internacional de no haberse logrado las reparaciones por la efectiva violaciones de derechos humanos, incurre también en responsabilidad cuando sin ser agente directo del daño, le es imputable por la incorrecta o deficiente prestación de servicios públicos, por las funciones tanto ejecutivas, legislativas y judiciales, ya que todos ellos han de garantizar y proteger el pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el caso de la propiedad privada, deben los Estados prestar garantías suficientes de su protección, no solo en su materialización particular, sino la propiedad en un nivel más elevado, como principio, incluso como valor, que como vimos, conjuntamente con la seguridad, la libertad y la resistencia a la opresión constituye una finalidad del Estado que justifica su propia existencia.

Un Estado en el que su ordenamiento jurídico, sus instituciones y sus órganos no se proteja ni se garantice formal y materialmente la propiedad priva-

da, incurre en responsabilidad internacional cuando se verifican esas violaciones al derecho a la propiedad. Un Estado en el que el poder judicial no garantice la protección de la propiedad mediante procesos a los que puedan acudir quienes vean transgredido su derecho, con un acceso real y material a la justicia y la obtención de una tutela judicial efectiva, sean acciones contra órganos del poder público o contra particulares, como los casos de reivindicación de propiedad o protección de su posesión ilegítimamente arrebatada, además de incurrir en violación del derecho a la propiedad, el Estado ha de responder internacionalmente por violación al derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, responsabilidad en la que igual incurre cuando las decisiones dictadas por sus tribunales lo hacen en abierta violación al debido proceso al no valorarse debidamente las pruebas aportadas por las partes y que demuestren la propiedad como derecho fundamental, incluso cuando dichos procesos son entre particulares, procesos que no sirven más que de instrumentos de expoliaciones privadas en las que el Estado resulta cómplice.

Los regímenes totalitarios desde siempre, y no es muy distinto en los del Siglo XXI, que bien pudiéramos denominar neo-totalitarios, nada tienen de nuevo en cuanto a la sistemática y abierta violación de los derechos humanos, y no escapa de dichas transgresiones la propiedad privada, lo cual se hace como se ha señalado tanto directamente como agente o como cómplice, al fungir sus instituciones, procesos, sentencias judiciales en meros mecanismos para su ejecución.

En un Estado, cualquiera que sea, en el que un propietario de una extensión de terreno, sin importar su tamaño, sea víctima de ilegítimos despojos, sea por parte de órganos o entes gubernamentales, o por parte de particulares, y que no pueda lograr remedios judiciales de protección de su propiedad y posesión, todo lo cual se agrava aún más ante la corrupción, falta de autonomía, independencia e idoneidad de sus tribunales y hagan que sus sentencias no sean más que simples mercaderías a disposición de los expoliadores, sea

esta pública o privada, es un Estado violador de derechos humanos y debe exigírsele responsabilidad.

Pudimos observar como mediante la debida interposición de las acciones correspondientes la justicia internacional ha dictado importantes decisiones en defensa de la propiedad privada como derecho humano, como se ha exigido y declarado la responsabilidad internacional de Estados transgresores condenándolos al pago de indemnizaciones.

Otra de las características propias y connaturales de los regímenes dictatoriales, además de la violación de derechos humanos, es la negación y rechazo de toda responsabilidad derivada de dichas violaciones, así como criminalización de la disidencia y la desmoralización de sus ciudadanos, ello en el sentido que perciban que toda acción o denuncia, que todo proceso judicial o administrativo que puedan interponer pareciesen inútiles para ver satisfechas sus legítimas reclamaciones, pero son esos casos en jurisdicciones internacionales que refiriéramos, más que simples ejemplos y referencias para el presente trabajo, han de inspirar a las víctimas de violaciones para interponer las acciones necesarias por los daños sufridos, tanto aquellas previstas en el ordenamiento interno, a pesar de resultar infructuosas ante el secuestro de instancias judiciales, y luego ante las instancias internacionales, no hacer eso es, apoyándonos en las ideas de Vitorio Alfieri<sup>60</sup>, aceptar vivir en esclavitud, la esclavitud del siglo XXI, y sometidos a lo que pudiéramos llamar una neo tiranía, tiranía también del siglo XXI, la que utiliza los propios nombres de la democracia, la libertad y los derechos humanos para anularlos y vaciarlos de contenido.

## Referencias

<sup>60</sup> “Se debe dar indistintamente el nombre de tiranía a toda clase de Gobierno en el cual la persona encargada de la ejecución de las leyes puede hacerlas, destruirlas, violarlas, interpretarlas, entorpecerlas, suspenderlas o, simplemente, eludirlas con la certeza de la impunidad. Que este violador de las leyes sea hereditario o electivo, usurpador o legítimo, bueno o malo, uno o muchos; cualquiera, en fin, con una fuerza efectiva capaz de darle este poder, es tirano; toda la sociedad que lo admite está bajo la tiranía; todo pueblo que lo sufre, es esclavo”. Alfieri, Víctor. *De la Tiranía*. Colección clásicos Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2006.



Agamben, Giorgio. “Estado de Excepción” Homo Sacer II,I. Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires 2004

Alfieri, Víctor. De la Tiranía. Colección clásicos Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2006.

Badell Madrid, Rafael. Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela. Editorial Paredes. Caracas 2014.

Badell Madrid, Rafael. Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad y la jurisprudencia sobre la materia en Venezuela. Conferencia dictada en las XI Jornadas Jurisprudenciales en Derecho Administrativo. Universidad de Yacambú. Barquisimeto. 15 Noviembre 2014. <http://www.badellgrau.com/?pag=205&ct=1745>

Badell Madrid, Rafael. Limitaciones al Derecho de Propiedad. <http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>

Badell Madrid, Rafael. Limitaciones al derecho de propiedad. La nueva Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. <http://www.badellgrau.com/?pag=51&ct=1026>

Brun, Jean-Pierre; Gray, Larissa; Scott, Clive; Stephenson, Kevin M. “Manual para la recuperación de activos. Una Guía Orientada a los profesionales”. Publicación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Canova, Antonio; Luis Alfonzo Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro. ¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual). Fundación Estudios de Derecho Administrativo y la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2009.

Daniel, Tim y Maton, James. “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”. En la “Recuperación de activos de la corrupción”. Guillermo Jorge et. al. Buenos Aires 2008.

Duque Corredor, Román. Técnica De Interpretación Constitucional. Notas de Especialización Derecho Procesal Constitucional. Universidad Monteávila. 2013.

García Soto, Carlos. “Una nueva interpretación de la tradicional afectación de bienes. Notas sobre las afectaciones eternas en la expropiación (a propósito de la sentencia de la sala político administrativa del tribunal supremo de justicia de 7 de mayo de 2014, caso Constructora Alvo, C.A. y Otras”. Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. N° 1, 2016.

Gonza, Alejandra. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Fundación Konrad Adenauer. Editorial Temis. 2014.

Greenberg, Theodore S.; Samuel, Linda M.; Grant, Wingate; Gray, Larissa. “Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena”. Publicación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo del Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. ISBN 978-958-8307-67-1 Washington 2009.

Hernández G. José Ignacio. La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2014.

Williams, Marian R.; Holcomb Jefferson E.; Kovandzic, Tomislav V. y Bullock Scott. “El abuso del decomiso civil” – The abuse of Civil Asset Forfeiture- del Institute for Justice, Marzo de 2010.

