



Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

**LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ VENEZOLANO
DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

**Los nuevos paradigmas de Legitimidad del Juez
a partir de la Constitución de 1999**

Trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista en
Derecho Procesal Constitucional

Autora: María Auxiliadora Gutiérrez Carrero
Tutor: Prof. Luis Melo

Caracas, 15 marzo 2014

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	II
CARTA APROBACIÓN DEL TUTOR	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
RESUMEN Y PALABRAS CLAVES	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	5
EL PROBLEMA	5
1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
2 OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN :.....	6
2.1 <i>Objetivo General</i>	6
2.2 <i>Objetivos Específicos</i>	6
2.3 <i>Justificación</i>	7
CAPITULO II	8
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	8
1 MARCO METODOLÓGICO.....	8
1.1 <i>Tipo de estudio</i>	8
1.2 <i>Métodos y técnicas a utilizar</i>	9
CAPITULO III	11
MARCO TEORICO	11
1 LA LEGITIMIDAD DEMOCRATICA DEL JUEZ.....	11
1.1 <i>Derroteros de la Legitimidad del Juez hasta el Constitucionalismo</i> <i>Moderno</i>	11
1.1.1 <i>Entre el legalismo formal y el decisionismo autoritario</i>	12
1.1.2 <i>Del estado de derecho al estado Constitucional de derecho</i>	15
1.2 <i>La legitimidad en la transformación de las democracias</i>	19
1.2.1 <i>En las democracias mayoritarias o plebiscitarias</i>	20
1.2.2 <i>En las democracias constitucionales hacia el Estado Social de Derecho</i> 21	
1.3 <i>La democracia como un derecho de los pueblos</i>	26
2 LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ VENEZOLANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	29
2.1 <i>El Estado Social de Derecho de nuestra Constitución</i>	29
2.2 <i>Presupuestos de legitimidad del Juez Venezolano</i>	41

2.2.1	Efectiva concreción del sistema axiológico constitucional.....	41
2.2.2	Simbiosis entre la Sociedad y el Juez	44
2.2.3	El Imperativo de Sensibilidad Social	46
2.2.4	Imperativo de Razonabilidad y Justificación de las Decisiones	50
2.2.5	La efectiva garantía y protección de los derechos fundamentales	54
2.2.6	Protección del bien común y del orden publico en el contexto de las sociedades democráticas	66
2.2.7	La adecuada operatividad de los derechos sociales	72
3	EL DESAFIO METODOLOGICO DEL JUEZ	80
3.1	<i>Una nueva forma de razonar y de interpretar. Carga de la argumentación</i> 82	
3.2	<i>Una nueva técnica o método de interpretación</i>	88
3.2.1	Reglas para la nueva interpretación	91
4	EL PERFIL DEL JUEZ LEGÍTIMO	104
4.1	<i>El Juez Profesional de los Derechos Humanos</i>	105
4.2	<i>El Juez Servidor Público</i>	110
4.3	<i>Condiciones Especiales Del Nuevo Juez</i>	115
	CAPITULO IV	118
	CONCLUSIONES	118
	CAPITULO V	122
	REFERENCIAS	122

CARTA APROBACIÓN DEL TUTOR

Señores

Comité Académico del Programa de Postgrado

Especialización de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila

Presente.-

En mi carácter de Tutor del Trabajo Especial de Grado denominado “**LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ VENEZOLANO DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO**” *Los nuevos paradigmas de Legitimidad del Juez a partir de la Constitución de 1999*, presentado por la ciudadana **MARIA AUXILIADORA GUTIÉRREZ CARRERO**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero que dicho Trabajo Especial de Grado, reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación privada y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los quince (15) días del mes de marzo del año dos mil catorce (2014).

Prof. LUIS MELO.

C.I. V-

DEDICATORIA

A los Jueces
garantes de una justicia constitucional,
constructores de una nueva sociedad.

AGRADECIMIENTO

A mi familia,
a mi esposo,
a la Universidad,
al Poder Judicial,
por haber formado mi mente y esculpido mi corazón
para la justicia.

**LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ VENEZOLANO
DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO
Los nuevos paradigmas de Legitimidad del Juez
a partir de la Constitución de 1999**

Autora: María A. Gutiérrez C.

Tutor: Prof. Luis Melo

Fecha: 15 marzo 2014

RESUMEN

El propósito de este trabajo fue descubrir los nuevos parámetros que el Estado Social de Derecho y de Justicia de la Constitución Venezolana de 1999 le imponen al juez, dirigidos a crear una nueva legitimidad judicial y la mejor forma en que pueden hacerse efectivos dentro del contexto de las democracias constitucionales. Para ello se procuró identificar los nuevos paradigmas de legitimidad que permitan al juez materializar la justicia a la que aspira el texto constitucional y descubrir cual es el desafío metodológico que se le impone frente a sus amplias facultades de interpretación axiológica. La metodología empleada fue de carácter descriptivo ya que través de esta investigación se procuró descubrir las bases de una nueva legitimidad procurando el diseño de un perfil judicial apropiado a la defensa y garantía de los derechos fundamentales. El nivel de análisis del estudio fue concebido dentro de la modalidad de investigación documental con la finalidad de producir un conocimiento nuevo sobre el tema de estudio. Producto de esa investigación, a) Se determinaron cuáles son los presupuestos que le otorgan al juez una nueva legitimidad en el Estado Social de Derecho y de Justicia. b) Se describe la ponderación, como método científico apropiado para hacer realidad los objetivos constitucionales c) se delinearón las bases de un nuevo perfil del Juez, basado en la importancia de su profesionalización en derechos humanos y en el ejercicio de sus funciones desde una perspectiva de Servicio más que de Poder.

Descriptores: DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA, JUEZ.

INTRODUCCIÓN

Adentrarse en el conocimiento del constitucionalismo moderno implica adaptar nuestra particular visión sobre el derecho y la justicia y la manera de hacerla efectiva, y si se quiere, implica romper con gran parte de nuestros paradigmas en su aplicación. En efecto, las constituciones modernas imponen una profunda transformación entre las relaciones del Estado con la sociedad y de ésta con la naturaleza y alcance de la ley, que va a influir definitivamente en la forma como se ejerce el poder. Especialmente, las constituciones que definen el Estado como Estados Sociales, le otorgan al ciudadano un nuevo protagonismo y le imponen al juez un rol que lo saca de esquemas otrora preconcebidos desde una estructura de Poder y lo impulsa a una función eminentemente garantista de los valores del Sistema, dirigidos fundamentalmente a hacer realidad los postulados de una justicia constitucional. Para hacer efectiva esa justicia, ese sistema le confiere al juez una participación decisiva y protagónica, lo que también implica, que el juez se vea enfrentado a sus concepciones ya formadas sobre la aplicación de la ley como expresión de la soberanía popular, viéndose incorporado cada vez, y con más fuerza en un sustrato normativo de mayores dimensiones axiológicas en las que se decide el derecho, ya que el *súmmum* de sus decisiones no es sólo la ley rígida y abstracta sino principios de un orden mayor que requieren acatamiento.

El papel del juez en este nuevo sistema se renueva con incidencia en los más pequeños aspectos de su quehacer diario, e incluso procura su transformación a partir de una nueva forma de concebir la justicia del caso, mucho mas apegada a las necesidades del ciudadano y a la realidad social que vive. Por mandato constitucional esa incursión del juez en la vida de los individuos debe estar dirigido a propiciar una mejor calidad de vida, procurar su progreso y felicidad social mucho mas allá de los

limites establecidos por la ley, de manera tal, que el juez se ve incorporado a un nuevo esquema de valores de cuya concreción depende su legitimidad y la legitimidad democrática propia del Estado.

El presente trabajo está dirigido a escudriñar cuales son los nuevos paradigmas del sistema que están dirigidos a crear esa nueva legitimidad judicial y el porqué de su calificación democrática; cuáles son las nuevas exigencias que debe tomar en cuenta el juez en el proceso de elaboración de la sentencia que le permitan hacer realidad los valores constitucionales, y de qué manera se articulan las exigencias de sensibilidad social que impone una nueva justicia con los principales principios que sustentan el estado de derecho. Se propone así mismo, determinar cual es el papel de los derechos humanos y su garantía como elemento determinante y calificador de la legitimidad del juez. En consecuencia, la legitimidad que analiza la investigación es la legitimidad de ejercicio, ya que la legitimidad de origen implicaría un trabajo de mayores dimensiones que tampoco resulta de nuestro interés, pues, el tema base se perfila más hacia la labor propiamente jurisdiccional, incluso, los tradicionales esquemas de legitimidad relacionados con la responsabilidad, la independencia y la imparcialidad del juez se dan por entendidos en el presente trabajo. Tampoco se pretende con el presente trabajo, salvo en muy pocas ocasiones, hacer un análisis critico exhaustivo de la jurisprudencia constitucional nuestra, debido a que lo que se persigue es identificar parámetros de un deber ser, más que contraponer a ese deber ser las eventuales fallas que en tal sentido podamos encontrar.

El tema parte de la base de la constitucionalización del derecho en general, y en particular del derecho procesal, y resulta de interés filosófico, especialmente por la importancia de las teorías del Estado que nos va a permitir reconocer el proceso histórico que le permitió a los Estados modernos asumir una nueva visión sobre el poder que se ejerce frente a la sociedad desde los distintos órganos del Estado, especialmente dirigido a reconocer las bases de esa nueva legitimidad del juez. Por eso, en el primer capítulo del marco teórico descubriremos los derroteros históricos de la Legitimidad del Juez, pasando del absolutismo al liberalismo formal y de éste

al constitucionalismo moderno, por lo que serán objeto de reseña las distintas teorías que sustentaron esos estados, siendo relevantes las teorías de Thomas Hobbes, Locke, Rousseau, Weber, Kelsen y Carl Schmitt, así como, en una segunda fase, las de Habermas, con especial cita del pensamiento de Luigi Ferrajoli, el cual nos sirve de base para analizar la transición entre el estado de derecho y el estado constitucional de derecho, así como la esfera de lo *decidible* y lo *indecidible* que sustenta su teoría sobre las democracias constitucionales que le otorgan esa nueva legitimidad al juez sustentada en valores democráticos, de transcendencia transnacional. Así mismo, se tomará en cuenta la clausula democrática, como consecuencia de ese nuevo constitucionalismo, dentro del contexto del derecho de los pueblos a una democracia, y los lineamientos que impone al ejercicio del poder.

En una segunda fase, o segundo capítulo, el trabajo analizará los presupuestos del Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna nuestra actual carta magna, y se hará un especial abordaje de la sentencia no. 85, de fecha 24 de enero de 2002, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que contribuye a definir una nueva visión de la justicia y de la actuación de sus órganos. Por considerarlo relevante se incluirá en este capítulo el rol de la sociedad en ese proceso de legitimación del juez venezolano para que se considere que la misma proviene de la soberanía del pueblo, y se tomará el valor normativo de la constitución y la prevalencia de su sistema axiológico como criterios de validez o de legitimidad del ejercicio del poder y del ordenamiento jurídico. Sin mayores pretensiones, pero desde una perspectiva garantista de todos los derechos, se analizan los conceptos de bien común y del orden público constitucional, instituciones, muchas veces usadas para limitar ciertos derechos individuales, dentro de cuyo contexto se aborda la adecuada operatividad de los derechos sociales.

El tercer capítulo está dirigido a ubicarnos más en la búsqueda de un método científico que delimite apropiadamente la función del juez dentro de los borrosos contornos sobre los que debe discurrir su función jurisdiccional, escudriñando un poco sobre la mejor forma de hacer realidad los objetivos constitucionales desde una perspectiva suficientemente objetiva que los haga viables, idóneos y pertinentes

dentro del contexto democrático. Se resalta el surgimiento de una nueva forma de interpretación y la importancia de la argumentación, habiendo sido relevantes para su estudio, el último libro de Manuel de Atienza, así como, los trabajos sobre argumentación e Interpretación Jurídica de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de Colombia, siendo guía importante en todo su análisis la constante consulta de las notas de trabajo aportadas en clases por el Profesor Duque Corredor al respecto. En la búsqueda del método de interpretación, a nuestra consideración, más adecuado a las nuevas exigencias constitucionales se utilizó la tesis de Alexy sobre los Derechos Fundamentales, inserta en la corriente del ‘Neo Constitucionalismo’ construida fundamentalmente por Dworkin, Alexy, Zagrebelsky.

Finalmente, en el Capítulo V del trabajo se delinean las bases de un nuevo perfil del Juez, basado en la importancia de su profesionalización en derechos humanos y en el ejercicio de sus funciones desde una perspectiva de Servicio más que de Poder, resaltándose ciertas condiciones personales que aseguren su adecuada legitimidad. En este capítulo surge relevante el material de trabajo y conocimientos adquiridos en los Diplomados de Acceso a la Justicia y Educación en Derechos humanos cursados en la Universidad Católica Andrés Bello.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1 Planteamiento del Problema

El presente trabajo enfrenta dos concepciones de la naturaleza misma de la función jurisdiccional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, lo que a su vez enfrenta dos problemas dentro de nuestro mundo judicial, uno, que percibe al juez como un funcionario todavía burocratizado, sin mayor ingenio ni creatividad que la letra misma de la ley, desprovisto en la mayoría de los casos de las más elementales herramientas en su rol protagónico para la transición entre el Estado formal al Estado material de derecho, y el otro, el de un juez sin límites, con amplias facultades de interpretación y de creación del derecho, que somete al estado de derecho a los vaivenes propios de la incertidumbre y la inseguridad jurídica propia de los estados que usan la jurisdicción para imponer sus regímenes de control político. Ambas visiones inciden no sólo sobre el concepto que la sociedad tiene de sus jueces, sino que además influye sobre la consistencia democrática del Estado del que forma parte al enfrentar su actividad a la actividad propia del legislador. Determinar cual es el punto que une ambas visiones y cual el fino hilo que las separa, para luego descubrir cual es la metodología más apropiada para que el juez sea el artífice de su propia legitimidad, es el principal problema a resolver con el presente trabajo. Frente a ese problema surgen los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los postulados constitucionales que le imponen una nueva forma de legitimidad al juez venezolano?, y ¿cuál es la mejor forma de hacerlos efectivos dentro del contexto de las democracias constitucionales?

2 Objetivos y Justificación :

2.1 Objetivo General

Descubrir cuáles son los nuevos parámetros que el Estado Social de Derecho y de Justicia de la Constitución Venezolana de 1999 le imponen al juez, dirigidos a crear una nueva legitimidad judicial, y cuál es la mejor forma en que pueden hacerse efectivos.

2.2 Objetivos Específicos

- a. Identificar las principales exigencias que el Estado Social de Derecho y de Justicia le imponen al juez en la búsqueda de su legitimidad democrática.
- b. Determinar cuales son los parámetros de la justicia material a la que aspira el texto constitucional.
- c. Descubrir cuál es el desafío metodológico del juez que le permita hacer realidad los objetivos constitucionales desde una perspectiva suficientemente objetiva que los haga viables, idóneos y pertinentes dentro del contexto democrático.
- d. Desarrollar un perfil apropiado a la defensa y garantía de los derechos fundamentales.

2.3 Justificación

El nuevo constitucionalismo le atribuye al juez poderes cuyos contornos no están definidos claramente, y que muchas veces afectan la consideración democrática de sus ejecutorias al incidir sobre los valores cardinales del Estado de Derecho, los que sufren serias distorsiones que requieren ser examinadas la luz de los nuevos paradigmas que impone el sistema. Por eso, el presente trabajo resulta relevante porque permite escudriñar cuales son los parámetros de los jueces frente a ese poder tan amplio de interpretación axiológica, y cual es la técnica precisa para hacer realidad los objetivos constitucionales desde una perspectiva suficientemente objetiva que los haga viables, idóneos y pertinentes dentro del contexto democrático. En ese sentido, la investigación nos conducirá a determinar cuales son los nuevos paradigmas del sistema que están dirigidos a crear una nueva legitimidad judicial y el porqué de su calificación democrática, así como, precisar cuál es el método que a nuestra consideración pueda contribuir a su adecuada consolidación.

CAPITULO II

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1 Marco Metodológico

1.1 Tipo de estudio

La modalidad de esta investigación, de acuerdo con su naturaleza y propiedades, así como, el grado de profundidad con que se pretende abordar la misma para delinear el nivel de investigación, se ubica dentro de la *investigación descriptiva*¹, ya que está dirigida a escudriñar sobre las nuevas aristas que le imponen al juez una nueva legitimidad en el Estado Social de Derecho y de Justicia, analizando y estableciendo su estructura y comportamiento. A través de esta investigación se intenta descubrir las bases de esa legitimidad, sistematizar su comportamiento y definir la estructura interpretativa que le de consistencia democrática a la misma, procurando el diseño de un perfil judicial apropiado a la defensa y garantía de los derechos fundamentales, todo ello a partir de la base del derecho comparado y del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de nuestro país.

La investigación además es correlacional, ya que su el propósito principal es determinar, entre las distintas visiones que se tienen del juez, cuál de ellas es la más

¹ Best (1982), considera, que la Investigación descriptiva refiere minuciosamente a interpretar *lo que es*, dice, que está relacionada a conexiones o relaciones existentes; prácticas que prevalecen, opiniones, puntos de vista o actitudes que se mantienen; procesos en marcha; efecto que se sienten o tendencias que se desarrollan . Afirma, que la investigación descriptiva concierne a cómo *lo que es o lo que existe* se relaciona con un hecho precedente, que haya influido o afectado una condición o hecho precedente (p. 91).

apropiada a la adecuada construcción del Estado Social de Derecho que postula nuestra actual carta magna.

El carácter descriptivo de la investigación nos conducirá al análisis riguroso de los datos disponibles que existen en forma impresa, audiovisual o electrónica, y tendrá un *carácter histórico*, pues obra sobre la base de teorías jurídicas ya formuladas en el devenir histórico de las instituciones jurídicas involucradas.

1.2 Métodos y técnicas a utilizar

La estrategia del estudio se concibe dentro de la modalidad de *investigación documental*. Abarca la búsqueda, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios vertidos en fuentes jurídicas, tales como, la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, leyes y Códigos, textos contentivos de doctrina nacional y extranjera, así como, jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo de Justicia de nuestro país, especialmente de su Sala Constitucional, de las Cortes o Salas Constitucionales de otros países, y de Cortes y Tribunales Internacionales, esto, con la finalidad de determinar cuales son las bases de la nueva legitimidad que impone el texto constitucional y discriminar el mejor camino metodológico para hacerla efectiva. En efecto, la investigación en la fuente ha sido un proceso lógico y organizativo, pero, que no se quedó allí, ya que como afirma Best (1982), “la mera reorganización o reestructuración de lo que es, en cierto modo, ya conocido, y ha sido escrito, no es investigación, y aunque pueda ser valiosa no añade nada a lo que ya se conoce” (p. 92). De allí, que de la pesquisa bibliográfica o de otras fuentes usadas en esta investigación, se ha seguido un proceso de interpretación sistemática, abonado, además, por años de carrera judicial y por conocimientos adquiridos en otros estudios académicos, cursos, talleres, congresos y jornadas vinculadas con la materia.

La consulta de las fuentes fue desarrollada a través de la *consulta exploratoria* dirigida a ubicar y seleccionar el material susceptible de ser utilizado en el estudio y

hacer su registro mediante fichas; éste fue el punto de partida de las referencias bibliográficas de la investigación; y la *consulta evaluativa* que me permitió recopilar o extraer los datos útiles a la investigación. Esta es una labor compleja que como precisa Ilis (1988), implicó “la organización de los datos por categorías de acuerdo con las ideas principales explicadas en el esquema de trabajo y que luego se van subdividiendo en ideas secundarias según avanza el trabajo de investigación” (p. 37).

La cita de la fuente se ha hecho a través del sistema APA, (American Psychological Association) siguiendo los lineamientos o directrices aplicados en el Seminario de Tesis impartido en el presente Postgrado por la Profesora Beatriz Martínez, e indicados en el Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado de la UMA. La investigación se encuentra documentada través del texto, identificando autor(a) y fecha de los recursos investigados. Este método de citar por autor(a)-fecha (apellido y fecha de publicación), le permitirá al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo.

CAPITULO III

MARCO TEORICO

1 LA LEGITIMIDAD DEMOCRATICA DEL JUEZ

1.1 Derroteros de la Legitimidad del Juez hasta el Constitucionalismo Moderno

El constitucionalismo moderno implica una profunda transformación entre las relaciones del Estado con la sociedad y de ésta con la naturaleza y alcance de la ley, que va a influir definitivamente en la forma como se ejerce el poder. Esto impone un nuevo modelo de legitimidad de interés procesal y constitucional a la par que de interés filosófico, este último aspecto sobre el cual ascenderemos de manera muy tangencial a los fines de reconocer el proceso histórico que le permitió a los Estados modernos asumir una nueva visión sobre el poder que se ejerce frente a la sociedad desde los distintos órganos del Estado, especialmente dirigido a reconocer las bases de la nueva legitimidad del juez.

La legitimidad es un atributo del poder político por el cual éste justifica la posesión y ejercicio de la autoridad. Se explica desde dos puntos de vista, “como reconocimiento internacional de un Estado de su poder político supremo e independiente, y como reconocimiento por parte de la población de que los gobernantes de su Estado son los verdaderos titulares del poder y los que tienen derecho a ejercerlo” (López, 2009, p. 155).

El poder así entendido, como dominación, es el principal elemento del Estado. Por eso, a él se refiere la principal propiedad del Estado, que es la soberanía. La soberanía es un poder supremo e independiente, es decir, un poder interno sobre la población y un poder externo frente a los demás Estados. Bodino definía la soberanía como “la potencia absoluta y perpetua de una república” (Bodino c.p en López, 2009, p. 156).

De allí, que soberanía y legitimidad son los dos conceptos clave de la teoría del Estado. “La soberanía del Estado depende de su legitimidad, y la legitimidad fundamenta su soberanía”. Más aún, “el problema de la legitimidad es el lado interno del problema de la soberanía” (Kriele c.p. en López 2009, p. 156).

1.1.1 Entre el legalismo formal y el decisionismo autoritario

Para definir la legitimidad, Thomas Hobbes, (c.p. en López, 2009) parte de la teoría del pacto social que se erigió como base e instrumento de la creación del Estado; esa teoría se construye sobre la gran dicotomía *estado de naturaleza* y *estado civil*² que luego alcanza su formulación expresa y clara en Locke y más tarde en Rousseau.³ En su obra, según nos explica Salazar (2006), el autor del Leviatán encuentra tres ideas claves para el posterior desarrollo del constitucionalismo y la democracia: a) “la concepción individualista que supone una transformación radical

² Según Hobbes, citado por Salazar Ugarte (2006, p. 62), “El punto de partida del análisis del origen y del fundamento del Estado es el “*estado de naturaleza*” (que es un estado no político, o apolítico) que se contrapone al estado civil o político. El paso de uno a otro tienen lugar a través de pactos o contratos o convenciones. En el “estado de naturaleza los individuos se dejan llevar por sus pasiones y terminan por enfrentarse violentamente unos con los otros: cuando no existe un poder común nos dice Hobbes, los hombres se encuentran en un estado de guerra permanente. Precisamente por ello y con la finalidad de conservar la vida, deben salir del “estado de naturaleza” y fundar el “estado civil”.

³ Massum (2004, p. 215), nos explica, que “probablemente lo único que una al pensamiento de Rousseau con el de Hobbes sea la idea común del contrato social, pero a diferencia de Rousseau que creía en la bondad originaria del hombre, Hobbes cree que los hombres tienen la tendencia a odiarse y dañarse mutuamente, en sus palabras, las leyes de naturaleza son por sí mismas, cuando no existe el temor a un determinado poder que motive su observancia, contraria a nuestras pasiones naturales, las cuales nos inducen a la parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes”.

en la forma de observar las relaciones políticas (ya no a partir de los gobernantes sino a partir de los individuos; b) la idea de que los individuos son titulares de derechos que se fundan en la igualdad y libertad naturales, y c) la tesis que el fundamento de la legitimidad del poder político es el consenso de los individuos” (p. 62).

Por su parte, para Locke, (c.p en López 2009, p. 156), el contenido del pacto original constitutivo del Estado (“*compact*”, o sea, “*pacto común*”) establece los dos tipos de legitimidad y sus requisitos. La legitimidad de origen del titular del poder radica en la entrega de todo el poder por los individuos asociados a la mayoría de la comunidad. Por tanto, el titular del poder del Estado es el pueblo, que lo entrega a la mayoría de la sociedad, y de esa mayoría sale el gobierno representativo. Por otro lado, la legitimidad de ejercicio del poder radica en que esa mayoría y el gobierno salido de ella sólo pueden usar el poder para cumplir los fines del pacto original, los cuales identifica posteriormente con los que establece la ley natural: preservar y proteger la vida, salud, libertad y posesiones de todos los miembros de la comunidad política”.

En Rousseau, el concepto de legitimidad del Estado se construye por medio del contrato social, que es el que va a permitir la distribución del poder entre los individuos con la finalidad de abandonar la sociedad civil (desigual e inicua) y fundar la República a través de dos ejes, la justicia y la libertad. Siguiendo a Salazar Ugarte (2006), la libertad según el autor del Contrato Social se alcanza cuando el hombre obedece las leyes que ha contribuido a crear. Por lo tanto, en la teoría de Rousseau,

no es necesario limitar el poder para proteger los derechos individuales: dado que los individuos son los creadores de las leyes a los que se verán sometidos, estas tienen un valor absoluto e ilimitado. La autoridad absoluta del todo es la garantía de la libertad de todos porque el poder absoluto está en las manos de su legítimo titular que, por principio no puede abusar de él: el pueblo. (p. 115, 116)

Por lo tanto, en la concepción rousseauiana de la democracia, la Constitución es simplemente inútil. El poder se ejerce *per leges* pero no es un poder *sub lege*: “no hay ni puede haber especie alguna de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social” (Rousseau, c.p. Salazar 2006, p. 116). Por tanto, en Rousseau la legitimidad de origen es el fundamento de la legitimidad de ejercicio. Si el Estado está bien constituido sobre la base de la soberanía popular y puesto que la voluntad general nunca se equivoca, las leyes emanadas de ella son el criterio a seguir por el gobierno y demás magistraturas del Estado. Así pues, la legitimidad se convierte en legalidad. (Rousseau, c.p. López 2009, p. 156)

Este concepto de legitimidad basado en la legalidad sustentó el concepto de Estado de Derecho liberal de los estados modernos, atribuido luego a Weber,⁴ a Kelsen y a los positivistas en general. En él, el derecho es la ley y la ley es una regla estatal realizada por la representación popular. Este Estado tiene tres características: poder para crear derecho (leyes), supremacía de la ley frente a otros órdenes del Estado y monopolio de la ley para intervenir en los derechos fundamentales y de la libertad garantizados por la Constitución.

Frente a este tipo de Estado, Carl Schmitt (c.p. López, 2009, p. 159) consideró, que el sistema de legalidad termina siendo un puro formalismo y funcionalismo sin ningún contenido; que, la Constitución de los estados legislativos parlamentarios,⁵ al no establecer valores, sino sólo procedimientos de creación de leyes, deja los valores a los partidos que consiguen la mayoría (el 51 por ciento) y ocupan el Estado, así ocurre que utilizan el sistema de legitimidad y legalidad como una herramienta táctica para hacer política y llegar al poder, sin embargo, el rechazo frontal del sistema de legalidad llevó a Schmitt a adoptar una posición de defensa de la autoridad basada en el decisionismo, teoría que, según Krockow, (c.p. en López, A. 2002)

⁴ La legitimidad de Weber aparece asociada al concepto de dominación.

⁵ El máximo exponente del estado legislativo parlamentario fue la Constitución de la República de Weimar.

intenta afirmar la posibilidad humana de la toma de decisiones como el factor decisivo para superar cualquier crisis, sea esta individual, cultural o política. La decisión consiste, para ellos, en la capacidad humana de liberarse de las determinaciones históricas, teológicas normativistas. La tarea consiste en enfrentar resueltamente la contingencia de las acciones humanas, la temporalidad que determina cualquier práctica. El decisionismo de estos pensadores es el resultado de la época de desorientación y crisis alemanas. (p. 315)

Según Krockow, (López, A. 2002, p. 317) en una época en la que la técnica moderna era acusada de instrumentalizar al hombre, el término posibilidad de decisión señaló y evocó todo un contenido polémico, ya que, esa Teoría ponía las preguntas sobre las posibilidades de la libertad humana y sobre la posibilidad de firmar una existencia auténtica, fuera de un mecanismo teleológico inmanente a la historia. Esta teoría condujo a Schmitt a defender abiertamente el Estado totalitario de Hitler en ascenso y a mantener estrechos vínculos con el estado Nacional socialista .

1.1.2 Del estado de derecho al estado Constitucional de derecho

Luego de ese debate frontal entre el legalismo formal y el decisionismo autoritario, surge una nueva etapa en cuyo núcleo la legitimidad se centra en el derecho natural positivado, y se basa en elementos tanto formales como sustanciales, cuya máxima expresión la encontramos en Habermas, para él,

legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. (c.p Esteves, 1988. p.161)

Habermas, (c.p. Esteves 1988, p. 161) concluye que sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. En este núcleo moral hay contenidos materiales de justicia, como los derechos humanos, pero también procedimientos formales de funcionamiento democrático del Estado. Partiendo de los procedimientos jurídicos institucionalizados, si éstos permiten adoptar decisiones con contenido moral, entonces ya tenemos una legalidad formal que es al mismo tiempo material y legítima. Por tanto, en la formalidad de los procedimientos jurídicos hay que introducir argumentaciones de moral racional para obtener ese tipo de legitimidad. Este procedimiento no sólo es formalmente correcto, sino que a través de él, el grupo social acuerda los contenidos materiales de la justicia que considera convenientes.

En efecto, en el paso del absolutismo al liberalismo fue la ley, como máxima expresión del derecho positivo, la que logró imponer límites al ejercicio del poder político en general, así que, cuando se afirmaba que el juez era la boca de la ley, lo que se pretendía era despojar de la arbitrariedad de la que anteriormente eran titulares los jueces y ceñir sus decisiones a estrictos marcos normativos, pues como lo expone el constitucionalista Otto Bachof (1985) “el liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían una gran fe en la ley, no desconfiaban del legislador sino del juez” (p. 45), es así, como el sometimiento del poder del monarca y de los jueces a la ley constituyó un avance liberal frente a un poder que hasta entonces se ejercía sin limitación alguna, pero, como vimos, esa concepción de la ley produjo grandes distorsiones que la vaciaron de su papel garantizador, surgiendo así, el estado Constitucional, en los que la Constitución como norma suprema regula la estructura democrática del estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus garantías.

Surge entonces la necesidad que la Constitución se convierta en un dique de contención para el Estado, pero más allá de unos límites formales; la finalidad fundamental del constitucionalismo derivó en una serie de límites al poder del estado para proteger los derechos fundamentales. Se instituye así, un modelo constitucional o garantista de tal manera que todo el sistema de legalidad queda circunscrito y

regido por un sistema axiológico cuya égida son los derechos fundamentales ya no limitados a las libertades individuales, sino a la satisfacción de derechos de orden social, económico y cultural, que también imponen acatamiento y realización. A partir de allí, el proceso normativo se debate entre normas de orden procedimental o formal y aquellas normas con un alto contenido material sobre las que pende la legitimidad de otras normas.

Dice Ferrajoli (2008), que en este nuevo constitucionalismo cambia la estructura de la legalidad, ya que el procedimiento a través del cual se crean las normas del sistema no solo se encuentra regulado por normas positivas, sino que también existen normas positivas que regulan el contenido material de las normas futuras, de lo cual se deriva una innovación de la estructura misma de la legalidad: la regulación jurídica del mismo derecho positivo, no solo por lo que hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos al vincularlos con valores y principios consagrados en los textos constitucionales bajo la forma de derechos fundamentales. De esta manera, la ley no solo es condicionante sino condicionada por vínculos sustanciales establecidos en la Constitución. (p. 25 y 135)

Vemos entonces, que la legitimidad se refiere a la titularidad del poder y la legalidad a su ejercicio, pero, es evidente que en el contexto del constitucionalismo que hemos venido tratando ambos conceptos se confunden. En términos de Weber, el principio de legalidad “es el principio por el cual se considera legítimo, y en cuanto tal es obedecido, solo aquel poder que se ejerce en conformidad con la ley” (Weber, c.p. Salazar 2006, p. 86), es decir, que el mismo principio de legitimidad es el mismo de legalidad, pero, con la especial connotación que la legalidad esta referida a un concepto mucho más amplio que involucra los límites impuestos al Estado por los derechos fundamentales “cuyos titulares son los individuos y no las instituciones de la sociedad civil” (Bobbio, c.p. Salazar 2006, p. 85).

En este contexto, Ferrajoli (2008) dice, que la legalidad cambia de naturaleza, que ya no es solo condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente un producto del legislador, sino que también es proyección

jurídica del derecho mismo y por ende limite y vinculo para el legislador. De ahí que el derecho resulta positivizado no solo en su “ser” es decir en su existencia, sino en también, en su “deber ser”, es decir, en sus condiciones de “validez”; ya no solo el “quién” y el “cómo” de las decisiones, sino también el “qué”: que no debe decidirse –es decir- la lesión de los derechos de libertad -, y por el contrario, qué debe decidirse –es decir, la satisfacción de los derechos sociales (p. 30).

Esa nueva legitimidad que como dique de contención se alza frente a todos los poderes del Estado planteando exigencias concretas en la vida de los individuos, conforma un cordón constitucional que procura la salvaguarda de los derechos fundamentales desde todos los niveles y actuaciones del Estado. Saavedra explica ese cambio en la visión de la nueva jurisdicción a partir de la compaginación que debe haber entre:

la ley y los principios y valores jurídicos fundamentales con los ideales de justicia a los que debe responder toda practica jurídica, para que el juez oriente su inevitable y ahora ya generalmente reconocido protagonismo jurisdiccional de acuerdo con ellos . Exige abandonar, no las leyes, sino el legalismo, que es una practica jurídica basada en un concepción muy estrecha de la ley. Exige en fin, leer el ordenamiento jurídico de acuerdo con la mejor versión que pueda darse de él. (Saavedra, 1993).

Los nuevos paradigmas del estado constitucional permitieron el surgimiento de nuevos fenómenos evolutivos en la ciencia del derecho (Saavedra, 1993), que nos permitimos citar:

- a) Cambio del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho, entendido este como estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias. Se caracterizan por ser constituciones que sustraen el procedimiento de reforma constitucional de manos del legislador ordinario y establecen procedimientos especiales y

agravados para la reforma, y adicionalmente ponen a la mayor parte de la producción normativa bajo tutela de la jurisdicción constitucional .

- b) Constituciones con fuerza normativa vinculante, que se entiende como una concepción opuesta a la noción de constitución como manifiesto político. Esto implica que el texto constitucional es considerado en el mismo plano de las demás fuentes escritas, sin que las respectivas partes del texto constitucional puedan ser ocluidas, en su función normativa, por el alegato de necesidad de complemento de la ley o de otro acto creador de textos normativos. Esto es, la noción de fuerza vinculante se identifica con el de aplicación directa .
- c) Consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional. Se produce la conexión entre derecho y moral y la necesidad de un método para enfrentar esos principios morales en la aplicación del derecho.
- d) Introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores)

1.2 La legitimidad en la transformación de las democracias

El nuevo constitucionalismo ha implicado también, y en esencia, una transformación de las democracias como sistema convenido por los distintos regímenes del mundo como el sistema mas apropiado e idóneo para la toma de decisiones. Según la concepción doctrinaria dominante, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones colectivas, y se define como el conjunto

de las reglas que le atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder -directo o a través de sus representantes- de asumir decisiones. Sin embargo, es evidente que esa concepción de la democracia esta disociada de vínculos sustanciales, de contenido, y responde más a un concepto formal o procedimental que no es suficiente para identificar el concepto mas integral sobre el que se construyen las democracias constitucionales.

Conforme esa concepción limitada de la democracia, la legitimación de las decisiones esta fundada sobre la voluntad popular, de allí que, “la legitimidad democrática de cada decisión se funda directa o indirectamente, en procedimientos idóneos para garantizar su conformidad con la voluntad de la mayoría de los ciudadanos” (Ferrajoli, 2008, p. 80) de lo que se colige que, esa voluntad asociada al poder de las mayorías siempre tendrá la posibilidad de suprimir el sistema o cualquiera de sus reglas, como ocurrió en la Alemania nazi o en la Italia Fascista. Es por eso que, las condiciones de validez de las decisiones deben depender no solo del respeto de normas procedimentales sobre su formación sino de normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la Constitución, por manera que esas mayorías no tengan disponibilidad sobre aquellos aspectos que los pactos sociales vertidos en la constitución consideren esenciales a la dignidad humana, interdictando toda posibilidad que esas mayorías los puedan suprimir .

1.2.1 En las democracias mayoritarias o plebiscitarias

Durante los siglos XVIII, XIX y gran parte del siglo XX, predominó el concepto de democracia procedimental, heredera directa del liberalismo que aportó a la misma las libertades fundamentales del individuo (libertad personal, libertad de pensamiento, libertad de reunión y libertad de asociación) como limitantes al poder del Estado. Al definir la democracia desde este punto de vista formal o

procedimental, Bobbio le da la connotación de *definición mínima*, y la conceptualiza como el conjunto de reglas que permiten al mayor número de personas de un país participar en la toma de decisiones colectivas vinculantes.

Ese conjunto de reglas perfectamente dispuestas por Bobbio están dirigidas a determinar la legitimidad formal de los órganos del Estado, a determinar quién decide y cómo se decide en los regímenes democráticos, pero, como bien señala Ferrajoli (2008, p. 26) estas reglas enunciadas por Bobbio en varios de sus trabajos, nos permiten determinar *quien decide y como se decide* en los regímenes democráticos pero no, *que es* lo que debe decidirse, y es que para Ferrajoli, las democracias liberales⁶ representaban una involución al “*gobierno de los hombres*” por la posibilidad que las mayorías delegaran en un jefe la soberanía popular (presidencialismo), motivo por el cual calificaba esas democracias de *democracias mayoritarias o plebiscitarias*, ya que a su consideración en ellas se impone la omnipotencia de las mayorías o de la soberanía popular, de lo que dice, surge como corolario que el consenso de la mayoría legitime cualquier abuso, descalifique las reglas y limites al poder ejecutivo, así como, los controles a los demás poderes del estado.

En resumen, Ferrajoli (2008) considera que, las democracias liberales implican un “rechazo del sistema de mediciones, de limites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar “*democracia constitucional*” (p. 25).

1.2.2 En las democracias constitucionales hacia el Estado Social de Derecho

⁶ Según Ferrajoli, “las democracias constitucionales del liberalismo designan un sistema democrático informado por la tutela de las libertades individuales, por el respeto del disenso y de las minorías, por la defensa del estado derecho y de la división de poderes , así como, por la rígida separación entre la esfera publica del estado y la esfera privada del mercado” (Ferrajoli 2008, p. 50).

Para el filósofo italiano, Democracia y Liberalismo son incompatibles entre sí y con la idea misma de Constitución, ya que “designan en realidad dos absolutismos convergentes: el de los poderes políticos de la mayoría y el de los poderes económicos del mercado” (Ferrajoli, 2008). Por el contrario, para él, la esencia de la democracia constitucional reside,

en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías a los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación a la seguridad social y a la subsistencia –que toda mayoría está obligada a satisfacer”(p. 27).

De esta manera, afirma que la democracia adquiere una *dimensión sustancial* que se agrega a la tradicional dimensión política meramente formal o procedimental que se refiere a *qué* es lo que no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos en ella (Ferrajoli, 2008, p. 25). Dice que como consecuencia, el derecho pierde su subordinación a la política como instrumento, siendo la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales: vínculos negativos, tales como los generados por los derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, tales como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos. Para él, política y mercado quedan configurados de tal manera como *la esfera de lo decidible*, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales, los cuales, justamente por estar garantizados a todos y sustraídos de la disponibilidad del mercado y de la política determinan la esfera de

lo que debe o no debe ser decidido, sin que ninguna mayoría –ni siquiera la unanimidad– pueda decidir legítimamente violarlos o no satisfacerlos.

En el avance sobre esta legitimidad llena de contenido, las teorías modernas encontraron el fundamento de la legitimidad democrática, por un lado, el consenso democrático para la formación de la voluntad general en la toma de decisiones, y por otro, en el núcleo inalienable de los derechos del hombre como límites al poder del Estado (López, 2002, 163). Esta legitimidad se sustenta en tres aspectos: a) procedimiento legal para nombrar la autoridad; b) procedimiento legal para hacer y aplicar las leyes, y c) contenidos mínimos para la toma de decisiones, es decir, para hacer leyes y aplicarlas; estos contenidos mínimos son ciertos valores básicos que se resumen en el valor de la justicia (Saavedra, 1993).

Es evidente, que para los jueces como *guardianes en última instancia de los derechos fundamentales*, este nuevo paradigma que trastoca la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley,

ya no consiste como en el viejo paradigma iuspositivista, en sujeción a letra de la ley sin importar cual fuera su significado, sino antes que nada en sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de la reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad (Saavedra, 1993).

Su legitimidad se encuentra entonces, en palabras de Ferrajoli (2008), en normas de orden constitucional que reflejan *lo indecible para cualquier mayoría* (p.31).

Es así, como el Constitucionalismo moderno, acuña un nuevo concepto de democracia que le da una nueva connotación a las democracias constitucionales la cual queda referida “ a la amalgama o la síntesis de dos elementos, una forma de estado y una forma de gobierno: justamente el estado constitucional y la forma de gobierno democrática”. Este nuevo concepto surge fundamentalmente del conflicto entre los derechos fundamentales y el poder de la mayorías políticas, ya que éstas no pueden decidir todo tipo de asuntos colectivos, sino que le están vedadas ciertas

materias, a decir de Ferrajoli, la esfera de lo *indecidible*, ante la que debe detenerse la fuerza de la mayoría.

Los derechos fundamentales son una de las materias a las que no es legítimo aplicar la regla de las mayorías, por el contrario, son derechos *contra las mayorías* (Ferrajoli, c.p. Salazar 2006, p.135). Es por eso, que las democracias constitucionales se incorporan a la esa esfera de lo *indecidible* los derechos sociales, económicos, culturales, los que junto con las libertades fundamentales y los derechos políticos van a integrar el bloque de derechos fundamentales de las democracias constitucionales.

De esta forma, las reivindicaciones sociales adquirieron el mismo valor jurídico que los ideales liberales y democráticos: se transformaron en derechos fundamentales y, con ello, adquirieron los atributos de universalidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Además al ser normas constitucionales se convirtieron en criterio de legitimidad (o validez jurídica) de las decisiones o normas de rango inferior. Fue así como, utilizando la terminología de Elías Díaz, el Estado democrático de derecho se convirtió en el Estado Social y democrático de derecho (Salazar, 2006, p. 151).

Así vemos, como, la democracia encuentra estrecha relación con los derechos humanos ya que las funciones estatales debidamente concebidas y actuadas conforman el espacio de legitimación democrática necesaria para garantizar esos derechos, en el entendido que, “la razón de ser del estado es la garantía de las libertades básicas, las cuales marcan las fronteras del ejercicio lícito del gobierno”(Casal, 2010, p. 50).

En ese sentido, la soberanía que el pueblo ejerce a través de sus órganos legislativos determina entre las infinitas posibilidades, aquellos espacios de actuación de los derechos fundamentales que son queridos por el, concretándose de esa manera su voluntad política sobre sus contenidos, delimitaciones y límites, pero siempre en el entendido, como lo apuntáramos antes, coherente con los principios de justicia establecidos en la Constitución, por manera que esas mayorías no tengan disponibilidad sobre aquellos aspectos que los pactos sociales vertidos en la

constitución consideren esenciales a la dignidad humana interdictando toda posibilidad que esas mayorías los puedan suprimir. De esta manera, el poder que se ejerce en esos términos aparece “como una construcción en la cual el pueblo se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino solo su instrumento (Enterría, 1981, p.45).

Por su parte, a los jueces les corresponde velar por la esfera de lo indecible, se encuentran compelidos a darle concreción a esa nueva democracia de contenido material en la que la protección y garantía de los derechos fundamentales se convierte en égida de su actuación y especial referencia de legitimidad democrática del Estado. El juez se convierte en juez garantía, porque “las garantías propias del estado constitucional corresponde a los órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el edificio diseñado por las constituciones de nuestros días” (Garapon, 1997, p.20). En el nuevo Estado, el juez tiene una orden expresa de actuar con eficacia para hacer palpable y viable la vigencia de los derechos humanos en su consideración más amplia, es por eso, que siguiendo a Pelayo (1991), “el Estado social va asociado a un principio de legitimidad constituido por la performance, la funcionalidad o la eficacia de la gestión”, y aunque esa legitimidad del juez no parte de la representación otorgado por el pueblo a través del sufragio, pues, sus órganos actuantes no son elegidos por elección popular “el Juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado” (Bachof, 1963, p. 35). Ello se explica porque la regla de las mayorías que se expresa a través del sufragio, no es la única regla que sustenta las democracias ni es exclusiva de ellas, ya que lo que sustenta una democracia es su sujeción al estado de derecho, lo que significa,

que las decisiones de la mayoría: (i) No están sobre el Derecho, sino bajo el Derecho (...) (ii) La mayoría no dispone de un poder ilimitado ni sobre el Estado, ni en el seno del Estado, sino que a) ha de actuar dentro de los límites del área que la Constitución asigna al Estado o, dicho de otro modo, dentro de la “competencia fundamental”,

delimitada principalmente por los derechos y libertades públicas, que acotan el área de autonomía dejada a los individuos y a la sociedad, y b), aun dentro del área de acción del Estado, sólo puede actuar adaptándose al orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes, sustentado en último término en la división de poderes(García P, 1985, p. 103)

Es por esto que, la concepción del ejercicio de la democracia y su trasunto a la legitimidad del juez no resulta fácil de comprender y estructurar, ya que “el ejercicio del poder judicial no es absolutamente homologable, de manera indiscutible, con el resto de los poderes estatales”(Saavedra, 2004, p. 199).

1.3 La democracia como un derecho de los pueblos

En palabras de Cunill (c.p Núñez, 2007) la modernización y democratización del Estado “abre un espacio privilegiado al estímulo de la participación ciudadana”. Es un medio de fortalecimiento de la sociedad civil y a la vez medio de socialización de la política para que el protagonismo fundamental lo tengan los ciudadanos y no el Estado. La ampliación de la participación popular marca la clave en el cambio de patrón de las relaciones entre el Estado y la sociedad, convirtiendo en una necesidad la intervención del Estado en lo social como medio para superar la crisis económica, política y social, así como al aumento de la influencia de las organizaciones destinadas a la defensa de intereses sectoriales en la formación de la voluntad del Estado (por ejemplo: asociaciones políticas, organizaciones no gubernamentales, asambleas comunitarias, consejos comunales, etc.).

Esto guarda estrecha relación con el concepto de democracia que se ha venido impulsando a través de múltiples mecanismos e instrumentos en el orden internacional. Así tenemos que, la Carta Democrática Interamericana concibe la democracia como “un derecho de los pueblos de América” más que como un régimen político, por lo que le corresponde a los gobiernos “la obligación de

promoverla y defenderla”. En la referida Carta, la democracia se entiende como una democracia representativa, pero inserta dentro de un amplia espectro de participación ciudadana que le da sustento y eficacia⁷. Así lo dispone el artículo 6, cuando preceptúa que,

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.⁸

La nueva legitimidad del juez, entonces, no la podemos ver desprovista de ese derecho de los pueblos a una verdadera democracia, y es por ello que la misma carta democrática fija los lineamientos sobre los cuales se sustentan la actuaciones (legitimidad de Ejercicio) de los distintos órganos del estado, deslastrando la democracia de la simple consideración formal que se apegaba exclusivamente al concepto de legitimidad de origen, para dirigirla a la efectividad propia de un ejercicio sustentado en valores democrático.

Así tenemos, que el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana señala los elementos fundamentales sobre los que se fundamenta la legitimidad democrática de los órganos actuantes del poder:

- El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;

⁷ En su voto salvado a la opinión consultiva OC-7/86, el Juez Héctor Gros Espiell, consideró que: “ La democracia a la que la Convención Interamericana de Derechos Humanos se refiere, es a la democracia pluralista y representativa, que supone un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos del Hombre ” .

⁸ Asdrúbal Aguiar, precisa al respecto que, “ el carácter de la democracia como experiencia que viaja en línea contraria al tumulto, hacia la despersonalización que es propia de los sistemas políticos colectivistas y totalitarios, es bueno advertirlo, (...) la democracia como vivencia cotidiana , adquiere sentido pleno en la alteridad, es decir en la relación de los unos con los otros, sin que los unos y los otros pierdan sus identidades propias como individuos, como experiencias humanas unas y únicas e irrepetibles” (Aguiar, 2004).

- El acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho;
- La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo;
- El régimen plural de partidos y organizaciones políticas;
- La separación e independencia de los poderes públicos.

Como corolario, el artículo 4 del mismo instrumento, señala como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia:

- La transparencia de las actividades gubernamentales,
- La probidad,
- La responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública,
- El respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.
- La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

El artículo 7 cierra ese marco con el que se delimitaron en forma expresa las bases de la legitimidad, considerando la democracia como “indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.”

Como lo señala acertadamente el juez Diego García-Sayán en su voto concurrente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama vs. Nicaragua⁹, “el ajuste al estado de derecho no sólo debe observarse

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama v. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005.

en el acceso al poder sino también y fundamentalmente en su ejercicio. De este modo se agrega a la «legitimidad de origen» la «legitimidad de ejercicio» como principio interamericano”¹⁰.

2 LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ VENEZOLANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

2.1 El Estado Social de Derecho de nuestra Constitución

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹ se identifica plenamente con esos nuevos conceptos de constitución normativa a que hemos hecho referencia en el capítulo anterior e identifica la organización jurídico política que adopta la Nación como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Dentro de esa noción de Estado, la Constitución identifica sus fines a partir de la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del

¹⁰ En el mismo sentido, el mismo juez, en otro escenario, indicó “leída la Convención Americana a la luz de estas evoluciones conceptuales, que el consenso interamericano ha expresado en la Carta Democrática, resulta, pues, que la libre expresión de la voluntad de los electores se vería afectada si autoridades elegidas conforme al Estado de Derecho (legitimidad de origen) ejercen sus funciones en contravención al Estado de Derecho”.

¹¹ En adelante CRBV

cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.¹²

En la exposición de motivos, la Asamblea Nacional Constituyente consideró, que de acuerdo con esa nueva concepción y fines, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad; que los principios de solidaridad social y bien común que signan el nuevo Estado lo hacen trascender de la simple connotación de un Estado Derecho y lo proyectan hacia la configuración de un Estado Social sometido al imperio de la Constitución y de la ley, pero, que se nutre de la voluntad de los ciudadanos para hacerlo Democrático, y de Justicia por su compromiso con el desarrollo humano y la calidad de vida de los venezolanos.

El nuevo concepto ha sido ampliamente estudiado por numerosos autores entre los cuales debemos citar a Manuel García Pelayo (1985), el cual comparte la concepción prestacional que se le da al mismo en la sentencia no. 85 emanada de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la que posteriormente haremos referencia. Según el destacado jurista español, la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho es una totalidad compuesta por tres momentos o componentes inseparables en interacción recíproca, a saber: a) el objetivo social, b) la concepción ascendente o democrática del poder, y c) la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho. Explica, que dentro de esa concepción del Estado,

el concepto de Estado de Derecho se despliega en ciertos preceptos o conjuntos de preceptos que establecen la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa, etc.); donde se establece y garantiza un sistema de derechos fundamentales y

¹² Artículo 3 CRBV.

libertades públicas que constituyen, simultáneamente a unos derechos públicos subjetivos, la línea que delimita la Grundkompetenz del Estado frente a la libre esfera de acción de la sociedad, de los grupos y de los individuos, es decir, la línea que delimita el ámbito del poder del Estado y, con ello, determina los confines dentro de los cuales puede actuar la organización y atribución de competencias específicas en el seno del Estado, bien entendido que tanto la enumeración de los derechos fundamentales como la delimitación de la competencia básica del Estado son componentes necesarios del Estado de Derecho. (García, P. 1985, p. 2)

Respecto al postulado democrático, García Pelayo (1985, p. 3) considera relevantes, dentro de ese concepto, el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos así como de las organizaciones sindicales y empresariales, a lo que agrega, que el postulado democrático se expresa también en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales cuanto a intereses sectoriales o particularizados.

Al Estado Social lo caracteriza a través de varias notas: i) por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; iii) por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales, y, consecuentemente, iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa, con lo cual la *Grundkompetenz*, cuyos límites han sido establecidos por los primeros, recibe unos objetivos definidos por los segundos y, finalmente, v) por una política orientada hacia la configuración de la

sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales.(p. 3)

Delgado Ocando (1989), por su parte, destaca el concepto de Estado Social a partir de su nota definitoria, lo social. Dice que, es un Estado que “se propone obtener la procura existencial (Daseinvorsorge) a través de la llamada ‘administración Prestacional’, sus objetivos son el bien común y la participación justa en la riqueza social”.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia no. 85, de fecha 24 de enero de 2002, advierte que, el concepto del nuevo Estado Social, surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta Fundamental (artículo 21), por eso, el Estado Social, dice la Sala, debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar de las ataduras que le impone el principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

Enfatizó, que para lograr ese equilibrio, el Estado Social interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas; y va mucho mas allá, explica que el estado social no se limita a los derechos sociales sino que lo vincula con los derechos económicos, culturales y ambientales.

La sentencia adecúa el contenido económico de la Constitución desde una perspectiva esencialmente social, y plantea el reforzamiento desde el Estado de la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, ordenando su protección y la tutela de sus intereses amparados por la Constitución sobre todo a través de los Tribunales, declarando como interés social ese objetivo cuyas materias serán determinadas por la Constitución y las Leyes de manera de ir formando un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el estado

social, ya que a su consideración, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.

En este concepto, la ley o la interpretación de la misma pueden limitar la autonomía de la voluntad en los particulares ya que ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas por desproporcionadas para una de las partes del contrato en materias de interés social. Esta nueva concepción del estado,

parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autor reguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas: «Estado social - dice H. P. Ipsen 15- significa la disposición y la responsabilidad, la atribución y la competencia del Estado para la estructuración del orden social (García, P. 1991, p. 7 y 8).

De esta manera vemos, que a pesar que el nuevo estado acoge los valores jurídicos políticos clásicos, lo hace a partir del sentido que han ido tomando a través del curso de la historia y con las demandas y condiciones de la sociedad actual, atemperando el rigorismo de los principios que sustentaron el estado liberal de derecho, incorporando nuevos valores, todos dirigidos a disminuir las desigualdades sociales a través del valor supremo de la justicia, y plantea nuevos estadios de efectividad en el logro de ese objetivo.

La integralidad del nuevo concepto del Estado y su vocación social lo inserta en una dinámica mucho más amplia del acontecer de los ciudadanos y lo traslada

hacia la efectiva consecución de objetivos concretos dirigidos a la procura de una mejor calidad de vida, desarrollo de la persona, paz y equilibrio social, ampliando y diversificando los derechos que exigen protección del Estado e imponiendo a los distintos órganos a través de los cuales actúa un mandato de efectividad. En este nuevo modelo de Estado, la vigencia del Estado de Derecho ya no es meramente formal, sino que hace referencia “ a un estado de derecho material, fundado en los derechos humanos como derechos públicos subjetivos, que requieren ser salvaguardados a través del estado de derecho formal”(Peraza, 2005, p. 695).

Ello implica la coexistencia, desde la constitución de una serie de principios axiológicos de los que depende la propia existencia del Estado pues, éste se erige en *motor de la transformación social*. La sentencia de la Sala Constitucional que tan claramente delinea el concepto y refiere los conflictos de jurisdicción que comprometieron al inicio su concreción como sistema político, parafrasea a Ernst Forstthoff (c.p. sentencia de la Sala Constitucional no. 85 del 24 de enero de 2002) el cual considera que el Estado Social a diferencia del Estado autoritario y del Estado Liberal de Derecho, por ser un Estado que garantiza la subsistencia, *es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza*¹³, con lo cual el Estado se compromete

¹³ “concepto formulado originariamente por Forstthoff y que puede resumirse del siguiente modo. El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forstthoff designa como espacio vital, Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así, por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o de telecomunicación, la ordenación urbanística, etc., pertenecen al espacio vital efectivo. La civilización tecnológica ha acrecido constantemente el espacio vital efectivo, al tiempo que ha disminuido no menos constantemente el espacio vital dominado o, dicho de otro modo, el individuo ha perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa produce la «menesterosidad social», es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo tarea que, según Forstthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de

con la consecución, ya no sólo de los clásicos derechos individuales (la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio) sino de los derechos sociales, económicos y culturales, procurando la efectividad de todos ellos, llenándolos de contenido material. El Estado Social parte,

del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real; mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad. La propiedad individual tiene como límite los intereses generales de la comunidad ciudadana y los sectoriales de los que participan en hacerla productiva, es decir, de los obreros y los empleados. La seguridad formal tiene que ir acompañada de la seguridad material frente a la necesidad económica permanente o contingente a través de instituciones como el salario mínimo, la seguridad de empleo, la de atención médica, etc. La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley han de ser complementadas con la seguridad de unas condiciones vitales mínimas y con una corrección de las desigualdades económico-sociales. Y, en fin, la participación en la formación de la voluntad estatal debe ser perfeccionada con una participación en el producto nacional a través de un sistema de prestaciones sociales y con una participación en la democracia interna de las organizaciones y de las empresas a través de métodos como el control obrero, la cogestión o la autogestión. Como antes se ha dicho, la procura existencial no se agota en las medidas a favor de las clases económicamente débiles, sino que se extiende a la generalidad de los

servicio público como de la política social sensu stricto. Para terminar con este tema, es interesante mencionar la tesis de Huber 19 según la cual la política estatal para la existencia (Vorsorge für Dasein) debe consistir en garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad de nuestro tiempo y no en anularla mediante un sistema perfecto de protección estatal. La procura para la existencia rectamente entendida significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre: una mera actividad de ayuda económica que tuviera como resultado el enervamiento o la obstaculización del despliegue de la personalidad, que la alienara a una procura extraña, que hiciera depender la seguridad de una voluntad ajena, sería una degeneración de la procura existencial. (García, P. 1991, p.11).

ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por sí mismos sus condiciones de existencia, es decir, la menesterosidad social en el sentido amplio del concepto” (García, P. 1991, p. 10)

Ese nuevo Estado democrático, es estado de Derecho, porque acepta los principios tradicionales de división de poderes y de las libertades como límites del poder, así como, la consagración de los mecanismos de controles sociales, políticos y jurídicos de la legitimidad; y es social porque además se reconocen otros derechos económicos y sociales.

La concreción del nuevo Estado en tal forma concebido plantea importantes exigencias, especialmente a sus órganos actuantes, de esta manera vemos cómo se habilita “al legislador para que se interese en los asuntos sociales, para que adopte como juez un orden social justo” (Benda, c.p sentencia de la Sala Constitucional no. 85 del 24 de enero de 2002), pero, como dice García Pelayo (1991, p. 19) la función capital del Estado no es sólo legislar, sino, ante todo, actuar y, por consiguiente, el locus de la decisión se traslada a las instancias que por su estructura están en capacidad de actuar y, concretamente, del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas, por lo que la mayoría de la legislación material toma forma de decretos, ordenanzas o de especificaciones de leyes cuadro o de especies análogas aprobadas por el Parlamento.

Sin embargo, el Estado Social va más allá, tal como lo reconoció la Sala Constitucional en fallo del 22 de agosto de 2001, no hay que esperar que el poder legislativo cumpla el mandato para que el Estado Social de Derecho tenga vigencia, “ello se logra igualmente por la interpretación de las normas constitucionales que haga la jurisdicción constitucional”(Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, No. 1571, 22 de agosto de 2001), lo cual impone un mandato a todos los jueces de la República en el cumplimiento de ese objetivo, dado el control constitucional que ejercen los jueces a través del control concentrado y difuso de la constitucionalidad.

Tenemos entonces, que el nuevo Estado, en esencia, es un Estado Garantista, de orden prestacional, que se erige en gestor del bienestar social, y que a diferencia

del Estado tradicional, *protege a la sociedad por la acción del Estado* (García, P. 1991, p.19) en lugar de proteger a la sociedad del Estado. De esta manera, todas las actuaciones de los órganos del Estado deben estar dirigidas no sólo a la protección del individuo sino a la búsqueda de su felicidad social y efectiva concreción de sus derechos, de allí que la justicia que propugna el nuevo Estado no responda a sistematizaciones conceptuales y abstractas sino a una justicia que resuelve problemas prácticos, que ofrece resultados concretos y coherentes con las necesidades de la gente dentro del contexto social en el que se desenvuelve.

De perogrullo, surge entonces, la necesidad de una nueva visión de la justicia y de la actuación de sus órganos, que sea,

“... contemplada desde el perfil de su efectividad, de su accesibilidad, de su adecuación a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en valores proyectados hacia la construcción de un orden social mas justo. Así pasan a un primer plano, para convertirse en objeto de análisis y propuestas, temas antes largamente descuidados por la dogmática tradicional, como, la eficiencia de la “maquina de la justicia”, la duración y costo del proceso, la accesibilidad de la justicia a todos, la correspondencia del derecho procesal a valores de libertad individual y de justicia social, a las exigencias y tendencias evolutivas que se expresan en las nuevas “ideologías” sociales, constitucionales, supranacionales y comunitarias del mundo contemporáneo. (Berizonse, R. 1999, p. 9)

La Constitución pasa de ser una abstracción a contar con mayores niveles de aplicación práctica imponiéndole a la jurisdicción un deber de atender con eficacia los asuntos sometidos a su conocimiento, ampliando los márgenes de acceso a la justicia como órgano al servicio de la población, es decir, como servicio publico. Es así como el Estado y el derecho comienzan a ser vistos como instrumentos al servicio de los ciudadanos y sus necesidades y no a la inversa (Berizonce 1999), y eso plantea para el juez nuevos retos frente su actividad. Quedan atrás las palabras de Montesquieu, *el juez es la boca de la ley*, por el contrario, el juez tiene el deber de comprobar su la conformidad de la ley con un derecho superior contenido en

principios normativos de naturaleza constitucional y supranacional. La ruptura con la concepción de la ley como expresión de la soberanía popular implica una emancipación del juez frente a la ley que garantizaba para adentrarse en un sustrato normativo de mayores dimensiones axiológicas en las que se decide el derecho, ya que el *súmmum* de sus decisiones no es sólo la ley rígida y abstracta, sino principios de un orden mayor que requieren acatamiento.

Ello responde también a la imposibilidad práctica que el legislador adecúe oportunamente las estructuras jurídicas de una sociedad tan cambiante como la que nos ha correspondido vivir, cada día mas globalizada y veloz. Por eso, la mayor parte de los principios que impone la nueva concepción del Estado están más dirigidos al *juez garantía* que al legislador común. Desde un punto de vista más extremo, pero no menos realista, Antoine Garapon, considera la *caducidad de la ley en el Estado Social*, su agotamiento según el planteamiento clásico, y le da al juez la consideración de un colegislador, “el juez receptor y el constituyente emisor forman una especie de tándem de pares indisociables, cuya colaboración se requiere para la eclosión de la soberanía constituyente” (Garapon, 1997, p. 34).

Aunque esta postura ha tenido sus detractores, los que ven la judicialización y el gobierno de los jueces como un riesgo, ese crecimiento del poder de la justicia no se debe entender como “un deslizamiento de la soberanía del pueblo hacia el juez, sino como una transformación del sentido de la justicia, como una transformación de la misma democracia” (Garapon, 1997, p.39) que a su vez permite hacerla una realidad palpable, en el entendido que esa nueva concepción de la justicia no implica ni puede implicar rupturas con los principios cardinales del estado de derecho, la separación de poderes y el principio de legalidad.¹⁴

La Constitución coloca al pueblo como protagonista del desarrollo del Estado que obedece a valores y principios que han de ser desarrollados e interpretados por el órgano que garantiza un estado-realidad, que proporciona al soberano los

¹⁴ Para ampliar al respecto, ver en, Briceño, L. (2012), Pérez C., M. (2005), García P. (1991b) , y en Lares M., E (1988).

instrumentos de convivencia social con paz y dignidad, por eso, ubica al Poder judicial como,

garante de los valores y principios constitucionales y como factor fundamental para que el estado democrático y social de derecho y de justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no sea un simple monólogo entre los diseñadores del sistema sino que sea un factor de perfectibilidad en una justa sociedad libre. (sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 00659, 24 de marzo de 2000).

Dentro de esta nueva estructura, “el juez adquiere un rol protagónico que lo ubica en el centro de un sistema de legalidad constitucionalizado, con un amplio margen de discrecionalidad interpretativa y de administración del proceso que lo obliga a un raciocinio realista”¹⁵de marcada valoración axiológica, siempre vinculada a una conciencia social del deber ser del derecho. De esa vinculación del juez con lo social, más que con lo jurídico-formal, la Constitución hace depender su legitimidad como órgano actuante y su necesaria expansión a la legitimidad del Poder que representa. La fuerza de nuevos valores éticos, las expectativas de su efectividad social y de un nuevo solidarismo que concrete una nueva relación entre justicia, equidad y derechos se levantan bajo la bandera del desarrollo humano.

Existe un nuevo paradigma en cuanto a los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan sólo una transformación orgánica del sistema judicial (artículo 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio por la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener con el fin de lograr que la justicia más que un bálsamo frente a las heridas de la sociedad, en los términos de CALAMANDREI, sea ese cuerpo vivo que late y palpita según lo expresa GÓMEZ ROBLEDA (“Meditaciones sobre la Justicia”. Fondo de Cultura Económica, Pág.

¹⁵ Al respecto ver en Haba, E. (2001, p.128).

17).” (Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia no. 00659 del 24 de marzo de 2000)

El mismo ponente de esa decisión, en un curso de derecho vacacional celebrado en Mérida exponía:

El concepto prevalente de justicia debe ser la forma esencial que caracterice la actuación de un juez, cualquiera que éste fuera, que el juez debe meter las manos y escudriñar la verdad, que el juez tiene una responsabilidad inexorable de ir mas allá de lo que la simple norma jurídica le da y que, si es necesario crear, tiene que crear y que si era necesario inventar tiene que inventar. (Escarra, 2001)

Vemos entonces, cómo se generan nuevos paradigmas en este proceso de acoplamiento: a) La primacía normativa de la Constitución se impone a la ley, se deja de lado al juez como simple aplicador de la norma y se propugna la creación de la ley por el juez como parte de una realidad concreta determinada por la fuerza de valores democráticos que se imponen desde la misma constitución y a partir de una realidad social que no le puede ser ajena. b) Se asiste también a un quiebre de la legalidad permitiendo al juez sustraerse de los principios de certeza y estricta legalidad a la que confiaba sus ejecutorias para imponerle en esencia y fundamentalmente su condición de intérprete de la Constitución y sus designios que lo enfrenta a sus esquemas propios de coherencia y de independencia ya formados. c) Por otra parte, nuevos sistemas de gestión judicial surgidos en la búsqueda de un efectivo acceso de los justiciables y como mecanismo de descongestión judicial introducen en la cotidianeidad del juez conceptos de gerencia moderna involucrándolo con nociones hasta ahora desconocidas en la conducción de un tribunal que se hace colectivo, obligándolo a dejar los viejos roles que cumplía frente al usuario y a los propios funcionarios. La justicia desde la perspectiva de un servicio judicial le impone también nuevos valores que lo desplazan del centro del sistema para hacerlo girar alrededor del ciudadano, que se erige en el objetivo central del servicio.

En fin, los valores constitucionales de la nueva concepción del Estado le imponen al juez una nueva manera de ser y de actuar que requiere mucha fortaleza y equilibrio, tanto institucional como personal. Decidir en base a un camino ya trazado y seguir las riendas del tren es una cosa, otra es, *inventar* en derecho sin que el derecho y todo su andamiaje se caigan. Pasar de un estado formal a un Estado Social de Derecho, y construir un verdadero estado judicialista requiere mucho, mucha formación, y si bien es cierto, que como decía, Gastos Lecherar, (c.p. Escarra, 2001) “a través de la técnica del error se construye la verdad”, una judicatura fuerte y capaz, con una verdadera conciencia de la nueva juridicidad que se impone, exige ensayar menos y acertar más.

2.2 Presupuestos de legitimidad del Juez Venezolano.

2.2.1 Efectiva concreción del sistema axiológico constitucional

Hemos visto, que por exigencia constitucional la interpretación del juez en la elaboración del derecho debe estar revestida y signada por la concreción de los valores que el constituyente consideró necesarios en la construcción del nuevo Estado. Ello implica que, en virtud del valor normativo que tiene nuestra Constitución, todos los valores consagrados en ella son de aplicación inmediata y los derechos que prescribe deben ser inmediatamente protegibles por todos los tribunales¹⁶. Esos valores están referidos, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y, en general, la ética, el pluralismo, y la prevalencia de los derechos humanos, la separación equilibrada de los poderes, la democracia electiva y representativa, el sistema de partidos, el

¹⁶ Ver artículo 19 Constitucional

principio de la legalidad, la idea de lo social en lo económico y en lo político, la seguridad jurídica. Ahora bien, todos esos valores están dirigidos a la efectiva la garantía y protección de los derechos fundamentales, “la mayoría de ellos tienen una doble función o doble carácter, como derecho subjetivo y como elemento objetivo del orden democrático” (Ortiz, 2002, p. 592). Esta tutela privilegiada de los derechos fundamentales se encuentra prescrita en los artículos 2, 7 y 19 de nuestra Constitución, los cuales imponen al juez una interpretación que mejor convenga al desarrollo y progresividad de los mismos, y “constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, que obliga a los tribunales ordinarios a dispensar una rápida y eficaz protección”(Ortiz, 2002). El Tribunal Constitucional Español (c.p Duque 2013) en sentencias, 22/1984 de 17.02; 53/1985 de 11.04., TCE SS 21/1981 de 15.06; 62/1982 de 15.10; 78/1982 de 20.12; y 97/1984 de 19.10. TCE SS 27/1981 de 20.07 y 37/1981 de 16.11.17, ha dicho que, los derechos fundamentales son la traducción de un sistema de valores de alcance universal que son asumidos por la Constitución y son consagración como expresión jurídica de los valores superiores asumidos por la Constitución para darle un sentido al ordenamiento jurídico en su totalidad; que constituyen también manifestación del orden general del sistema de valores básicos asumidos por la Constitución, que determinan también un orden general en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

La prevalencia del sistema axiológico de la constitución implica entonces, que los valores y principios consagrados en ella van a servir de parámetro para medir la constitucionalidad de todo el orden jurídico, “orientándolo, exigiendo una interpretación conforme esos valores; y una sujeción de todos los poderes públicos a esos mismos valores (TCE SS 18/1984 de 07.02; 23/1984 de 20.02; 62; 62/1983 de 11.07; 63/1983 de 20.07; y 75/1984 de 03.08)(Duque 20013, p. 50). Al respecto Duque (2013), nos dice, que

Las reglas de hermenéutica del Código Civil, contenidas en su artículo 4º, sufren una modificación: la ley cede su puesto a la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y los principios generales del derecho, se subsumen en los valores, principios y derechos constitucionales; y la integración de las normas y la analogía, para suplir los vacíos y las lagunas legales, ahora han de hacerse conforme la Constitución. Los valores constitucionales operan como: A) Criterios de interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. B) Criterios de interpretación y de adaptación de los principios constitucionales. C) Marco de referencia para el enjuiciamiento de la constitucionalidad, cuando no existe una regulación material, o cuando se deja en libertad al legislador para que desarrolle la Constitución. D) Mandatos positivos especialmente para el legislador y para el resto de los poderes públicos, respecto de la organización de las garantías materiales de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Y, E) Criterios condicionantes de la legalidad y de legitimidad democráticas de las actuaciones de los poderes públicos (p. 50) .

El insigne maestro explica, que los valores constitucionales exigen concreción en la resolución de los casos, especialmente en la resolución de las discrepancias sobre la constitucionalidad de disposiciones legales, o de la conformidad de las interpretaciones de esas disposiciones con esos valores, para determinar, en ambos casos, si se afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Por eso,

Como sistema axiológico los valores constitucionales pasan a ser el criterio de validez o de legitimidad del ejercicio del poder y del ordenamiento jurídico. Porque el poder y el ordenamiento no valen si no propugnan esos valores mediante el cumplimiento de las reglas y procedimientos establecidos. La interpretación constitucional le da legitimidad a la actuación de los poderes públicos, si nacen o son formulados ajustados a esos requisitos (legitimidad de origen). Además, a través de la interpretación constitucional se enjuicia valorativamente la actuación de los poderes públicos y la aplicación del ordenamiento jurídico. Es decir, se miden por esos valores superiores. El Estado actúa constitucionalmente cuando realiza esos valores. Por ejemplo, la democracia y el respeto de los derechos fundamentales se convierten en estándares de la conducta legítima y de la naturaleza democrática del ejercicio del poder público (legitimidad de ejercicio) (Duque 2013, p. 50) .

2.2.2 Simbiosis entre la Sociedad y el Juez

El estado de derecho en tal forma concebido en nuestra constitución exige entonces, una verdadera simbiosis entre el Estado que se expresa a través de sus órganos y la sociedad (pueblo) como depositaria de la soberanía del Estado. Es por eso, que el artículo 253 de la Constitución le atribuye a los ciudadanos y ciudadanas la potestad de administrar justicia, siendo de ellos de quienes emana ese poder delegado a los jueces para que la impartan en nombre de la República y por autoridad de la ley. Esa disposición se enraíza perfectamente con el derecho-deber de todos los ciudadanos y ciudadanas de participar libremente en todos los asuntos públicos¹⁸, lo cual se expresa de forma inescindible en la intervención ciudadana que procura garantizar el artículo 255 de la Constitución, a través el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas¹⁹ y en la designación de los magistrados o magistradas .

Ahora bien, la legitimidad democrática que hemos analizado no se conforma con la implementación de mecanismos que garanticen la adecuada legitimación de origen de sus órganos, ni la participación de la sociedad puede quedar circunscrita a los órganos de designación, control y fiscalización de los jueces, o a la esfera de la participación de los jurados y escabinos en la jurisdicción penal, sino que está dirigida a participar de una verdadera inserción del juez dentro de una estructura que lo saque de sus despachos y de sus concepciones eminentemente jurídicas sobre el razonamiento judicial y lo lleve a participar en una comunicación de carácter bidireccional donde no solamente el juez habla. Es decir, la participación a la que aspira el texto constitucional no puede ser un monólogo formal frente a un juez circunscrito a aspectos de eminente orden profesional y técnico, sino que de esa participación debe surgir un verdadero involucramiento del juez en aquella visión que la sociedad tiene sobre los asuntos que deben ser resueltos, e implica un

¹⁸ Artículo 61 de la CRBV.

¹⁹ Artículo 255 de la CRBV.

acercamiento de esa visión a la ley que debe aplicar. El imperio de la sociedad, como trata el concepto Saavedra (2004),

exige que la proclamación que la justicia emana del pueblo no se quede reducida a una declaración formal cuya verificación se produce indirectamente a través de la procedencia popular de las leyes. Exige que la libertad de enjuiciamiento de los jueces quede constreñida de alguna forma por vínculos sociales (p.6) .

Esta postura frente al nuevo rol de la sociedad en el proceso de decisión del juez le impone una nueva estructura argumentativa que vamos a tratar más adelante, pero que permite ese diálogo con la sociedad al que aspira la Constitución para que la legitimidad del juez se encuentre verdaderamente encarnada en la soberanía del pueblo. De allí que , “el crecimiento del poder de la justicia no se debe entender como un deslizamiento de la soberanía del pueblo hacia el juez, sino como una transformación del sentido de la justicia” (Garapon 1997, p. 39). Esa nueva soberanía implica el protagonismo del pueblo en términos de la nueva lectura que hay que darle a su participación, la cual, frente al juez se convierte en empatía y necesaria referencia para su actuación jurisdiccional. En este sentido la Sala Constitucional ha precisado que,

el Juez, a quien se le reclama y exige justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado. Así, es el Juez quien debe amparar – en nombre de la República y como expresión soberana del pueblo- a quien pide restablecimiento de la situación jurídica, es él quien tutela y armoniza los derechos e intereses con los fines del estado (artículos 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y esta obligación la identifica la Constitución con el Juez cuando lo obliga a asegurar la integridad de la Constitución, y por ende, le da la potestad de desaplicar las normas que colidan con el texto constitucional (Artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Entonces, el Poder Judicial en una distribución tripartita del Poder

Público no es el tercer poder, así como en una distribución penta partita el Poder Judicial no es el quinto poder; el Poder Judicial representa el poder integrado y estabilizador del Estado, ya que es el único que tiene competencia para controlar y aún disolver al resto de los Poderes Públicos. Eso nos hace un Estado Judicialista.(Sentencia no. 00659 del 24 de marzo de 2000, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia)

Concluye la Sala afirmando, que es por ello que el Poder Judicial como sistema debe tener como valor fundamental a la justicia y por ende la construcción de una sociedad justa que a su vez sea la resultante del ejercicio democrático de la voluntad popular.

El origen de la legitimidad del juez encarna entonces, en una democracia cada vez más perfectible, en absoluto movimiento, y deriva en una doble vertiente, ambas de un amplio sustrato de participación de la cual se hace depender la necesaria simbiosis entre juez y sociedad, entre designación y ejercicio. Esa simbiosis es la que le da verdadera consistencia a la legitimidad del nuevo juez; en efecto, de qué valdría la verificación de los requisitos para la selección y designación de los jueces si a través de ellos no se devela un verdadero sujeto de empatía social, un verdadero líder para la transformación social que luego pueda hacer realidad los postulados constitucionales?.

Los latinos decían que nada de lo humano podía serles ajeno. Parafraseando el dicho romano, se puede afirmar que nada de lo jurídico (y, con ello, de lo social en su más amplia acepción) puede sernos ajeno o lejano. Es el deber, la responsabilidad o, en expresión célebre de Ortega y Gasset, el tema de nuestro tiempo: buscar el modo de imbricar o incardinar el derecho en la nueva sociedad, en el nuevo orden mundial que ha surgido ante nosotros (Martínez F. 2009, p. 418).

2.2.3 El Imperativo de Sensibilidad Social

Ahora bien, en la construcción del nuevo Estado existen valores que implican la instauración de una nueva cultura para la solidaridad y la paz que le imponen al ciudadano y en especial al juez una alta sensibilidad social, como lo hemos venido observando.

Ello implica que la conexión del juez con las necesidades sociales²⁰ se haga desde una postura humanista y holística donde participen las razones de orden intelectual y racional, pero, también las surgidas del corazón, que se traducen en esa necesaria sensibilidad por el dolor ajeno del que habla Paulo Freire²¹ cuando nos

²⁰ Ya Alexis de Tocqueville, reseñaba la importancia de ese imperativo cuando decía que, “Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista ; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del mas humilde de ellos. Por débil que se le suponga a este puede siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los mas pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por si mismos están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero es sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los interés particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan” . Alexis de Tocqueville, c.p García de E., E. p.162 y 163)

²¹ “Tal vez Paulo Freire sea más conocido por haber creado un método de alfabetización de jóvenes y adultos, de gran multiplicación en muchos países. Pero la vida y la obra de Paulo Freire fueron mucho más allá de la creación de un método de alfabetización. Paulo fue un filósofo de la educación que consiguió construir un cuerpo teórico y una pedagogía volcada a la práctica, volcada a la acción transformadora. Decía Paulo: "la mejor manera de pensar, es pensar en la práctica". Su preocupación de reafirmar su oposición a la ética del mercado que anula al individuo, y propone la homogeneización de todo. Y a esa ética opone la necesaria revalorización de los valores éticos del ser humano universal. De ahí con mucho destaque aparece la idea de solidaridad, la idea de la autonomía, la idea de la diversidad. Paulo insistía mucho en que una construcción democrática, una práctica educativa democrática, tenía que respetar profundamente la diversidad cultural, la existencia del otro, el respeto a la diferencia; y enfatizaba sobre una actitud en la construcción de esa ética del ser humano: la HUMILDAD. El decía: "cuando hablo de humildad, no estoy hablando de humillación, estoy hablando de una actitud fundamental de reconocer que en el otro hay siempre una parte de verdad, mismo en el otro contra el cual nosotros estamos luchando".

Hablaba, como consecuencia de esa actitud, de una necesaria tolerancia, que no es resignación. Una tolerancia que significa diálogo, que significa una actitud fundamental que estaba presente en toda la práctica cotidiana de Paulo Freire: "la actitud de escuchar, que está más allá de oír. Todo este proceso de construcción utópica, de construcción democrática, exige una profunda perseverancia para transformar las dificultades en un campo de posibilidades. Paulo decía: "la perseverancia hay que colocarla antes de una actitud, en la paciente impaciencia de transformar el mundo". (La Rel Internacional) Sobre pedagogía de los DDHH, ver también en Cussianovich, Alejandro. “Apuntes Para Una Pedagogía De La Ternura”. p 9. Materiales Del IPEDEHP. Lima, 1990; Freire, Paulo. “Pedagogía Del Oprimido” IPEDEHP. Aprendiendo A Educar En Derechos Humanos y En

explica la *pedagogía de la ternura* como herramienta para enseñar los derechos humanos. Entonces, esa sensibilidad que se incrusta en la subjetividad del juez no puede implicar otra cosa que no sea la de servir de medio útil a un proceso interpretativo que le permita al juez adecuar toda su estructura argumentativa a los nuevos postulados axiológicos que han sido internalizados por el juez a partir de un proceso formativo integral²², que plasmados en su sentencia, implica que han sido traducidos a un lenguaje jurídico que le da la necesaria consistencia para ser considerados imparciales y válidos para la resolución del caso .

Creemos entonces, que las creencias del juez, sus opiniones sobre la realidad histórica, social y cultural del medio donde se desenvuelve, su manera de ver la realidad desde esa sensibilidad que impone la Constitución, deben responder a un análisis jurídico que le permita traducir esa subjetividad en conceptos jurídicos válidos, ya que si bien es cierto que el juez esta llamado a crear derecho, no cualquier decisión puede salir de la estructura argumentativa que le permita esa creación. Si bien es cierto que el juez esta llamado a proteger al débil jurídico, la sola sensibilidad sobre su especial condición no garantiza la protección de sus derechos.

La defensa a ultranza de postulados de orden social sin que ello se enmarque dentro de una interpretación integral surgida del consenso social vertido en la Constitución y la ley, resquebraja toda estructura argumentativa válida y lesiona intereses de orden público dirigidos a la salvaguarda del bien común y la paz social. A modo de ejemplo, es preciso destacar, la especial sensibilidad que surgió en el país a raíz de los problemas de orden habitacional que ocasionaron lluvias acaecidas en el país en el año 2000, aunado al alto déficit habitacional que incluso se reporta desde los mismos medios oficiales.

Democracia. Lima, 1996; IPEDEHP. Algunas Pautas Metodológicas Para La Educación En Derechos Humanos. Lima, 1987; Magendzo, Abraham. Bases De Una Concepción Pedagógica Para Educar En Y Para Los Derechos Humanos; Magendzo, Abraham. Educación En Derechos Humanos, Apuntes Para Una Nueva Práctica PIIE, Chile 1994; MUJICA, Rosa María. El Reto De Educar En Derechos Humanos: Una Experiencia De Trabajo, en Nueva América 1994; Pérez Aguirre, Luis “Los Valores Democráticos En La Educación y La Transformación Social” EN: IIDH 1999 Red Peruana de Educación en Derechos Humanos y la Paz. “Educar En Derechos Humanos. Reflexiones A Partir De La Experiencia”. Lima 1991.

22 En este punto, es de precisar, siguiendo a Emilio Betti que, “los principios no son el producto de sucesivas abstracciones efectuadas a posteriori sino el contenido esencial, a priori del ordenamiento jurídico”, con lo cual la tarea interpretativa del derecho consiste en la visualización de los valores, con validez a priori, que todo el ordenamiento comporta respecto del cual puede predicarse la existencia de un orden axiológico implícito o explícito. (Betti, E. c.p Rafael Ortiz-Ortiz. 2002. p. 562)

Esos problemas propiciaron una serie de medidas, la mayoría de ellas desde las esferas del poder ejecutivo tendientes a paliar esa situación (refugios en edificaciones donde funcionan organismos del Estado, expropiaciones, e incluso decretos leyes en beneficio de los damnificados). El Poder Judicial, no se quedó atrás, la Comisión Judicial del TSJ, en su sesión de fecha 14 de enero de 2011, en vista del Decreto Presidencial de Declaratoria de Emergencia Nacional, debido a las calamidades y desastres naturales ocasionados por las lluvias, “instruyó” a los jueces sobre “la limitación temporal de toda práctica de medida judicial de carácter ejecutivo o cautelar que recaiga sobre inmuebles destinados a vivienda familiar o de habitación”

En tal sentido, debemos considerar, en orden a las conclusiones que pretendemos derivar de este trabajo, que si bien, la situación de los damnificados y demás personas afectadas, debe tratarse desde una amplia perspectiva de orden social dirigida a minimizar desde el Estado la situación de vulnerabilidad y riesgo en que se encuentran, haciendo uso de todos los medios necesarios para garantizarles seguridad, una vivienda digna, alimentación, y cuidados a su salud entre otros, las instrucciones impartidas por la Comisión Judicial a los jueces, asume funciones legislativas y ha afectado de modo general a todo el conglomerado social y a una gran cantidad de juicios que en modo alguno se encontraban vinculados con esa situación. Los límites impuestos al derecho a la ejecución de un fallo favorable derivaron, en una serie de abusos de parte de inquilinos y ocupantes, ni tan siquiera relacionados con aquella situación, que considerándose autorizados para apropiarse de los inmuebles no cumplieran con sus obligaciones contractuales.

Esto tiene connotaciones mayores sobre la afectación al ejercicio del derecho de propiedad y su nefasta influencia sobre los términos en que se percibe la seguridad jurídica²³ en el país, lo que evidentemente pudiera propiciar la desinversión y la falta de motivación para la construcción de viviendas, generando una suerte de círculo vicioso que conspira en contra de la adecuada garantía de los derechos de los más afectados, que en última instancia son todos aquellos venezolanos que requieren de una vivienda digna. Todo esto contribuye a que se generen serios desbalances en la construcción de la legitimidad del juez, que afectan además su independencia, ya que la falta de los necesarios equilibrios en el uso de la sensibilidad social como argumento e instrumento de decisión

23 El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5, c.p. Caller F., M.)

conspira en contra de esa consideración social que esta llamado el juez a consolidar con sus decisiones.

2.2.4 Imperativo de Razonabilidad y Justificación de las Decisiones

Ahora bien, dentro de ese proceso de creación del derecho influyen múltiples factores en los que participa la razón y la voluntad del juez, su inclinación respecto de ciertos aspectos de orden social, moral y político así como, aspectos técnicos y metodológicos, todos condicionantes sobre los que el juez puede construir la argumentación base de su decisión.

En principio, la decisión del juez parte de la interpretación teórica que hace de una realidad que al momento de decidir es reconstruida por él partir de sus propias experiencias y vivencias, convicciones políticas, ideologías e incluso de actitudes frente a la vida, las personas y las cosas, incorporando un elemento subjetivo que hace mucho más complejo su control y análisis.

Diversas teorías han tratado de explicar ese proceso de inserción de la subjetividad en la toma de decisiones. Así, en la lógica de las teorías individualistas los argumentos surgidos de las convicciones, los sentimientos o las actitudes, “no tienen otro sentido que el conmovier, no el convencer y para el que no hay un criterio objetivo de justificación de las normas y de la conducta” (Saavedra, 2004, p. 206). Las corrientes hermenéuticas lo explican a partir del diálogo en el que participa la sociedad como contexto de dialogo y argumentación reflexiva que acerca al juez a una dialéctica en la que hay lugar para las razones, lo que implica que los argumentos surgidos de ese dialogo que presupone un consenso, un acuerdo libre y sincero sobre la cuestión debatida puedan ser aceptados por todo el mundo.

Las corrientes críticas, por su parte, consideran al juez inmerso en una dialéctica cultural y argumentativa que no se sostiene así misma, sino que se encuentra relativizada por un proceso social e histórico de carácter práctico, por unas

determinadas relaciones económicas y políticas que son las que constituyen fundamentalmente a la sociedad a lo largo de su evolución histórica y que son las que explican las convicciones del juez sobre las que se basan sus ideas y opiniones. (Saavedra, 2004, p. 2006). Es por esto, que las corrientes eticistas se refugiaron en los principios generales del derecho²⁴ para darle una solución ético-material a las deficiencias de la legitimidad que estudiamos.

Sin embargo, de acuerdo con Saavedra (2004), esa posición tampoco resulta aceptable, ya que aun cuando estos (los principios) se conciban de una manera histórica u objetiva, y se afirme que su validez no depende de su aceptación por la sociedad, seguirá siendo necesario acudir a la argumentación y al intercambio de razones para establecerlo. Por eso,

una norma de la acción humana es legítima cuando ha sido adoptada consensualmente en un procedimiento discursivo, en el que concurren ciertos requisitos *ideales* que permiten un intercambio de razones entre todos los afectados en torno a su pretensión de validez. Entre esos requisitos se deben contar la ausencia de coacción, la libertad de participación y la libertad de argumentar sin restricciones. Se supone que un consenso obtenido de esta manera refleja una “voluntad racional.” (Habermas, c.p. Saavedra p. 213)

Este es el modelo para la legitimidad política según el paradigma democrático de la modernidad. El modelo de consenso ideal a través del discurso es el fundamento de la legitimación democrática del derecho y del estado.

Las teorías esbozadas nos permiten vislumbrar con meridiana claridad que la influencia de la subjetividad implícita en la decisión del juez le permiten construir su legitimidad a partir de la fundamentación racional que haga sobre sus conclusiones basadas en conceptos, creencias y opiniones que ha considerado útiles a la resolución del caso, y que en un Estado social, considera adaptados a los principios y valores

24 Los principios generales del derecho son “ una vía estrecha para articular cada caso en el complejo del sistema jurídico (por eso son generales , y no la justicia del caso concreto , por eso son ‘del derecho’ , esto es principios técnicos y no morales. García de E., E (2000. P. 150) .

que enmarcan y delimitan su decisión, ya que “el estado de derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del estado y del poder a la razón y no de la razón al poder” (Atienza c.p. García De E. (2000. 155), por lo que las decisiones de los órganos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta sino que se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la razonabilidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico. (García De E. 2000. 155)

En este sentido, la Sala Constitucional en su sentencia no. 85 del 24 de enero de 2002, ya citada, ha dicho que, el estado social comprende una serie de objetivos colectivos que deben ser perseguidos, defendidos y sostenidos y que se traducen en un tipo de relaciones sociales consideradas admisibles o deseables, de tal manera que describan un estándar de justicia legítimo y razonable, es decir, que ese estándar debe justificarse mediante razones convincentes que los demás puedan compartir y comprender con independencia de sus intereses u opiniones personales, esto es, desde una perspectiva imparcial.

Tomás Fernández (c.p. García De E. P . 154), ha observado certeramente que la exigencia de razonabilidad de las decisiones se trata de un esfuerzo permanente de justificación de las decisiones que muestre su carácter razonable y plausible cuando menos y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama. Ese autor va mucho mas allá, se acerca al contenido de la decisión, y dice que,

no basta una respuesta cualquiera para hacer aparecer el poder como un poder legítimo. Ni siquiera es suficiente que esa respuesta sea pasivamente aceptada por una parte significativa o, incluso, mayoritaria de la sociedad. Se necesita siempre una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer, o cuando menos una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar en consecuencia, amen de la adhesión de una parte de los

miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe una oposición activa, esta sea más bien marginal.

Explica que a esta necesidad de exponer los mandatos en términos de razonabilidad esta ligado por otra parte al concepto mismo de autoridad, en el sentido de ‘*auctoritas*’, que indica añadir normalmente sabiduría a la voluntad con conocimiento de los valores compartidos consagrados por la tradición a las cosas que el pueblo quiere hacer . Desde este punto de vista se asigna al juez la posición central de un sistema jurídico, desde el momento en que es un hombre ‘sabio en derecho ‘ que presta a las decisiones legislativas o ejecutivas una cualidad adicional, poniéndola en relación con los principios básicos del derecho y haciéndolas así autorizadas.

Ahora bien, la exigencia de razonabilidad de las decisiones se justifica en tanto y en cuanto esa exigencia va aparejada a la garantía del debido proceso, y forma parte de las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial". El artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", lo implica que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación. En caso contrario, no se estaría concediendo la debida revisión de la sentencia, ni acceso oportuno a las razones del fallo, impidiéndose ejercer eficazmente el derecho de defensa. Esto implica asimismo que las resoluciones que se emitan en distintas instancias deben contener, con exactitud y claridad, las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, la valoración de las pruebas y los fundamentos jurídicos y normativos en que se basan.

Para la Corte Interamericana, el término *garantías judiciales* debe ser entendido como los mecanismos o recursos judiciales que permiten proteger, asegurar

o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho (OC-8/87, párr. 25) . Por esta razón, la Corte entiende que el uso de la expresión *Garantías Judiciales* para denominar al conjunto de derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención, puede generar confusión porque en esta disposición "no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto" ni contiene "un recurso judicial propiamente dicho" (OC-8/87, párr. 25). En este sentido, la Corte ha señalado que el artículo 8 de la Convención contiene "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a fin de que "las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos", siendo la razonabilidad de las decisiones uno de esos requisitos .

2.2.5 La efectiva garantía y protección de los derechos fundamentales

Hasta aquí hemos venido tratando de precisar que la legitimidad del juez radica y se valida fundamentalmente en la protección y garantía de los derechos humanos, en los que se subsumen todos los valores del ordenamiento jurídico, y se logra precisamente a través de su protección procesal, con lo cual podemos concluir que el juez legítimo es el Juez-Garantía, es el Juez Constitucional. Ahora bien, es importante destacar a los fines del presente estudio, que el juez constitucional nuestro no tiene atribuida las mismas prerrogativas que en atención al control constitucional tiene el juez constitucional europeo por ejemplo (Italia, Francia, España) o los jueces de Colombia y Bolivia cuyos sistemas se encuentran dotados de Tribunales o Cortes Constitucionales que tienen el control de la constitucionalidad como instrumento político de sus respectivos gobiernos. Estos tribunales o cortes, se encuentran por encima de todos los poderes y el poder judicial de esos países no tiene atribuida la potestad de controlarlos, como si lo tiene el poder judicial nuestro.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pertenece al mismo sistema de justicia que el resto de los tribunales y se encuentra sometido al

régimen competencial que le atribuye la Constitución en el artículo 253, así como a los mismos principios de separación de poderes y de legalidad (arts. 136 y 137) que hemos analizado hasta ahora. En consecuencia, tanto la Sala Constitucional como los demás Tribunales de la Republica tienen control de la actividad jurisdiccional en los términos que establecen los artículos 334 y 335 de la Constitución, por manera de garantizar la supremacía e integridad Constitucional, así como la efectividad de sus normas y principios, unos a través del control concentrado de la constitucionalidad, otros a través del control difuso de la misma. Esto tiene importancia ya que todos los jueces de la Republica desde sus respectivas competencias, se encuentran legitimados en la defensa de la Constitución, sus principios y valores, especialmente para amparar a todas las personas en el goce y en el ejercicio de los derechos que ella prevé. Esto significa que todos los jueces de la Republica ejercen la jurisdicción constitucional, pero con la diferencia que la Sala Constitucional ejerce el monopolio sobre el control concentrado de la constitucionalidad, y sus decisiones interpretativas tienen el carácter vinculante a que se refieren los artículos 335 y 336, de la misma Constitución.

Ahora bien, el estado derecho se ha definido como “el conjunto de límites y prohibiciones impuestas a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos”(Ferrajoli, 2004, p. 16). Ese estado de derecho que ahora tiene la connotación de Estado Social y de Justicia en Venezuela (art. 2 de la Constitución Venezolana) impone además, la satisfacción de prestaciones positivas por parte del Estado ampliando su espectro de actuación el cual ya no se encuentra limitado a un no hacer, sino que en función de la efectividad de ese estado social debe acometer una serie de actividades que permitan la efectiva concreción de los derechos consagrados en la Constitución, no siempre predeterminados en forma general y abstracta.

Esta concepción del estado de derecho, que parte de un reconocimiento irrestricto de todos los derechos que sean esenciales al hombre aun cuando no se encuentren positivados, y de la búsqueda de su efectividad como elemento esencial

del mismo derecho, nos permite vislumbrar la visión ampliamente proteccionista que se tiene en Venezuela sobre la vigencia de los derechos humanos.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, los Estados Partes asumen el compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, y para el caso de que el ejercicio de esos derechos humanos no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derecho.

En virtud de que Venezuela es signataria de la Convención desde el 23 de junio de 1977, y desde el año 1981 reconoció expresamente las competencias de la Comisión y de la Corte²⁵, adquirió los compromisos inherentes a ese Pacto, entre los que se encuentra, garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes de la República, así como, aquellos establecidos en la propia Convención mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos.

La jurisprudencia constitucional de nuestro país²⁶, incluso antes de los amplios estándares de garantía que impone nuestra actual Carta Magna, sostuvo la constitucionalización de los derechos humanos, otorgándole por vía jurisprudencial

²⁵ El 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, se firmó la Convención o Pacto de San José. Venezuela es signataria de la Convención desde el 23 de junio de 1977; en 1977 y en 1981 reconoció expresamente las competencias de la Comisión y de la Corte. Para 1996 eran signatarios también Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Granada, Honduras, México, Haití, Jamaica, Nicaragua, Uruguay, Trinidad y Tobago, Suriname, Dominicana, Perú, Paraguay y Panamá

²⁶ Por ejemplo, la sentencia de diciembre de 1996, en la cual la Corte Suprema de Justicia en Pleno anuló una Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, que había sido dictada por su Asamblea Legislativa sin consultar con las comunidades indígenas afectadas, y la sentencia de la misma Corte del 6 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, y otra sentencia en el conocido caso “Rondalera”

categoría constitucional a los instrumentos internacionales ²⁷ .

A partir de la Constitución de 1999, de acuerdo a los principios y valores incorporados en el Preámbulo de la Constitución, que invoca los forjadores y precursores de una patria libre y soberana y que promueve entre otros, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, incorpora en forma expresa la constitucionalización de los tratados internacionales en esa materia, disponiendo en el artículo 23, que:

los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta constitución y las leyes de la república , y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Así mismo, incorporó una disposición que garantiza la ejecutabilidad de los fallos dictados en la jurisdicción internacional, al establecer en el artículo 31 constitucional, la obligación de “adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales”.

Ambas disposiciones obligan a tomar en cuenta en el orden interno, como parámetros normativos, un conjunto de disposiciones que no aparecen directamente mencionadas en la constitución, vinculadas directamente con los derechos humanos, considerándolas integrantes de lo que se le ha dado en llamar Bloque de Constitucionalidad, cuya existencia ha sido expresamente reconocida por la Sala Constitucional. Así tenemos por ejemplo, la sentencia 02-278 del 19/2/02, en la que fijó su criterio con relación a la procedencia de las solicitudes de interpretación vinculada con el régimen penitenciario, disponiendo que, esa

²⁷ Así quedó establecido en sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 6 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, “Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera “Ipsa jure” convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional”. (subrayado nuestro)

facultad interpretativa merced a este medio está supeditada a que la norma a interpretar esté contenida en la Constitución (sent. n° 1415/2000, caso: Freddy Rangel Rojas, entre otras) o integre el llamado bloque de la Constitucionalidad (sent. n° 1860/2001, caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas), del cual formarían parte: a) los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (cf. sent. n° 1077/2000, caso: Servio Tulio León); b) las normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (cf. al respecto sent. n° 1563/2000, caso: Alfredo Peña) o, c) aquellas otras normas también de rango legal que cumplen una función constitucional, tal como lo ha justificado el Tribunal Constitucional español y lo ha comentado alguna doctrina (Rubio Llorente: El bloque de la constitucionalidad, en el Libro Homenaje a E. García de Enterría, Tomo I, págs. 3-27).” [subrayado añadido]

Así mismo, en la a sentencia no. 2000-1070, la Sala llegó a una conclusión abierta, en el sentido que, a los efectos a lo interno de las normas aplicables a los países miembros de organismos multiestatales se deberá examinar el caso, y que es la “máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno.”

En el sistema de fuentes, y de acuerdo a la misma disposición constitucional citada, las normas pertenecientes al bloque tienen la misma jerarquía que la constitución, y su prevalencia en caso de conflicto entre ellas está determinado por el principio *pro homine*, de manera tal, que en la resolución del caso concreto prevalezca la norma que mayor protección ofrezca a la persona, sin que ello implique una discriminación jerárquica entre las fuentes, ya que, el artículo 23 constitucional, lo que dispone es un criterio de interpretación que permite la integración de ambos sistemas, nacional e internacional, a los fines de favorecer su objetivo común de garantizar la mas efectiva protección de los derechos humanos dentro de un sistema integral de derecho. En este sentido, en sentencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Juez d hoc, Eduardo Ferrer Mac Gregor²⁸, emitió un voto

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. (Miguel Carbonell)

razonado sobre el control de convencionalidad y la forma en que debe ser aplicado por los jueces locales; en su sentencia señaló, que la relación jurisprudencial entre las jurisdicciones domésticas e internacional se constituyen en un diálogo recíproco en el que ambas deben “*atender a la normatividad nacional y a la convencional en determinados supuestos*”. En otras palabras, tanto la jurisdicción local debe tomar en cuenta las disposiciones internacionales como la jurisdicción internacional debe tomar en cuenta las disposiciones locales. Dice que por ello, la Corte IDH tiene un carácter esencialmente subsidiario y complementario de la jurisdicción estatal, ya que reconoce, que “las garantías convencionales descansan en el “principio de subsidiariedad antes referido” (Voto razonado, párrafo 9).

Ello es así, en virtud que ese objetivo de protección se inscribe dentro de uno de los elementos configurativos del Estado de Derecho, que en nuestra Constitución se ve reforzado al definir la organización jurídico política que adopta la Nación como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la preeminencia de los derechos humanos, y en virtud que identifica sus fines a partir de la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.²⁹

A este respecto, es importante destacar, que conforme lo dispone el artículo 19 constitucional, el Estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen, lo cual hace patente, que el poder judicial tiene el deber constitucional de garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos que han

²⁹ Artículos 2 y 3 CRBV

sido violados, en los términos del artículo 30 constitucional, y todo ello en virtud que como lo dice Ayala (2007), la democracia y el Estado Constitucional de Derecho conllevan a que el Estado esté sometido al Derecho, tanto en lo nacional, como en lo internacional, por lo que, -afirma- la garantía judicial implica, que no hay derecho sin que los tribunales lo puedan declarar e imponer.

Ahora bien, de acuerdo a las disposiciones constitucionales citadas, lo lógico y razonable es, que los tribunales en la jurisdicción interna, reparen y restablezcan las lesiones o violaciones causadas a los derechos y garantías que se consideran conculcados en un caso determinado, esto, a través de las diversas acciones y recursos que confiere la constitución y las leyes, siendo este el motivo por el cual, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que la protección internacional de los derechos humanos de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, de allí, que si esas violaciones no son reparadas por el derecho interno, se considera habilitada la jurisdicción internacional de los derechos humanos para amparar a las presuntas víctimas de esa violación ³⁰, resultando, que al final, sean los tribunales nacionales los encargados de aplicar y o ejecutar las decisiones de los órganos internacionales al adoptar para ello las medidas necesarias.

De esta manera puede verse que en Venezuela la visión que se tiene sobre los derechos humanos, es amplia, integral, protectora y universal, que se tiene un amplio marco normativo de reconocimiento en el que se incorpora normativa internacional en derechos humanos mas favorable como norma interna, y se dispone de la garantía judicial idónea a través del recurso de amparo.

Ahora bien, la garantía de los derechos fundamentales no la podemos ver solamente bajo el manto de su consagración, especialmente cuando analizamos su impacto en la legitimidad del juez, pues en su adecuada materialización por el órgano jurisdiccional radica su efectiva vigencia.

³⁰ Ayala (2005) refiere, que “en las Américas podemos hablar de un amparo internacional o mejor, de un “amparo interamericano”, que consiste en el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos del poder público de un Estado miembro de la OEA” .

En este sentido, podemos observar importantes avances en materia de derechos humanos en nuestro país a partir de la conformación del nuevo Estado. En efecto, el cúmulo de derechos incorporados en nuestra carta magna y la creación de mecanismos expeditos para su defensa y protección, así como, las reformas legislativas a tanto a nivel procesal como sustancial en ámbitos como, el derecho penal, laboral y de niños y adolescentes, discapacitados, indígenas, mujeres y otros grupos minoritarios, incluso reformas en materias de orden civil como lo es el derecho inquilinario, han permitido que grandes sectores de la población otrora desprotegidos, se sientan beneficiados con el nuevo sistema. Sin embargo, todos ellos deben enfrentarse todavía a una justicia colapsada y débil institucionalmente que no ha logrado incorporar apropiadamente los conocimientos técnicos necesarios en esta materia, ni imponer apropiadamente los principios de independencia y autonomía que le son inherentes a su función, conduciendo todo ello a una indebida utilización de los sistemas de garantías³¹.

Así mismo, nuestra jurisprudencia ha presentado importantes retrocesos que han impedido el crecimiento y consolidación de una verdadera jurisprudencia proteccionista de los derechos humanos, no solo en su aplicación como fuente de derecho interno, sino en el cumplimiento mismo de las disposiciones vinculadas con la materia.

A través de la sentencia no. 1942 del 15 de julio de 2003 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia, en el caso de Rafael Chavero Gazdik, en acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal, podemos ver ya esos lineamientos. La sentencia niega toda posibilidad

³¹ Mujica, R. (2001), refiere al respecto que, “Cuando hacemos un diagnóstico de nuestras realidades, y nos referimos a datos como “maltrato a las mujeres”, “niños en la calle”, “escuela violenta”, “racismo”, “segregación”, “violencia en las calles”, “asesinatos”, “xenofobia”, “niños desnutridos”. “niñas violadas y/o prostituidas”, etc. etc., estamos reconociendo que los derechos humanos no se respetan y no forman parte de las vidas de la mayoría de las personas de nuestros países. Si los derechos humanos son tan sólo una teoría más o menos interesante, pero que no sirven para transformar nuestras vidas, para llenarlas de sentido, si no nos tocan, poco o nada interesan y se convierten en discursos y realidades, nos hace recordar al entrañable Luis Pérez Aguirre cuando nos decía “Sucede que fuimos, y muchos somos todavía, “analfabetos” en derechos humanos. Estamos mal educados para los derechos humanos. Superar esta incultura supone partir de lo más inmediato, de lo más íntimo, de lo más cotidiano y doméstico, para luego remontarnos a lo más amplio, complejo y estructural”, y tiene razón. Lo que hemos hecho es crear una superestructura de conocimientos y teorías, finalmente abstractas para el común de los mortales, pero con demasiado pocos correlatos prácticos, concretos, que los hagan inteligibles porque tienen un significado transformador de la propia vida cotidiana de las personas”.

de aplicación de los informes y opiniones de organismos internacionales en la materia que no constituyan una norma creativa de derecho, y, precisa, que las decisiones de esos organismos y los de naturaleza jurisdiccional internacional se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución.

Además, la Sala consideró que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señalen, y que aún en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país. Como corolario dejó sentado que, en caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional como es el debido respeto a la soberanía estatal. De allí que, conforme con los lineamientos de esta sentencia las decisiones en materia de derechos humanos solo podrán ser ejecutables y tener vigencia y aplicación en Venezuela, siempre y cuando así lo resuelva la Sala Constitucional, es decir, que las decisiones de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos en Venezuela no son vinculantes a pesar que el país esta vinculado a la jurisdicción de la corte, como antes lo hemos referido. En sentencia de la misma Sala, del 19 de febrero de 2012 se negó la ejecución a la decisión de la Corte Interamericana de derechos Humanos sobre los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala resolvió en el mismo sentido que La Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, y que el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “supraconstitucional”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esa

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 eiusdem y el fallo número 1077/2000 de esa Sala. Así mismo afirmó, que “los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”. Concluyó la aludida Sala, que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos...(…) sobre los intereses particulares.”³²

Es evidente, que la Sala, asumiendo posturas, incluso de gobiernos (como el de Perú de Fujimori) que en su época quedaron fuera de la comunidad internacional, defiende a ultranza la soberanía de la nación, niega la jurisdicción de la Corte, y se atribuye la competencia para determinar cuales son los derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios que pueden prevalecer en el orden interno, rechazando que normas adjetivas contenidos en esos instrumentos puedan disminuir esa competencia³³.

³² Sobre esto ya la Sala Constitucional había fijado criterio en la sentencia N° 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato), en la cual al referirse a los Tribunales Internacionales, comenzó declarando en general, que en Venezuela “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país.” (Brewer-Carías (2012, p. 5 y 6).

³³ En la sentencia 02-278 del 19/2/02, al igual que en el caso de “El Caracazo” y del Sr. López, la Sala Constitucional C adujo la colisión entre la Ley Orgánica de la Contraloría y la Convención, señalaron los Magistrados que aquella es “una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal” y que está concebida bajo la concepción de un Estado de democracia liberal, sin que pueda entonces ajustarse a las ideas de la democracia participativa. Para la SC, la Convención “contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, **privilegia la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia**”; entonces, es claro que

El franco retroceso que plantea la Sentencia de la Sala Constitucional desconoce los avances jurisprudenciales de esta materia en América Latina y nos ubica en una desfavorable posición en la esfera internacional. Así, la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia no. 2312 (c.p Ayala, 2005) al declarar la nulidad de una norma contenida en su ley interna le asignó el mismo valor de la norma interpretada a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en mera consulta.

En el mismo sentido de esta decisión, la Corte Constitucional de Colombia precisó que los Pactos que han sido todos ratificados por Colombia señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectiva los derechos humanos, y que de acuerdo con esa doctrina,

entre las medidas de otro carácter“ deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del estado Colombiano, y este se ha comprometido a tomar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas (c.p Ayala, 2005).

La sentencia de la Sala Constitucional impone un nefasto precedente, dado el carácter vinculante que tiene esa decisión, en el sentido, que de acuerdo al contenido ideológico de la Constitución, los derechos individuales conforman una categoría inferior de derechos que sucumben frente al interés general, el cual siempre podrá ser impuesto en cualquier momento o circunstancia por el Estado, lo cual conspira en contra del objetivo fundamental de los sistemas de justicia a que hemos hecho

para nuestra máxima y última intérprete de la Ley fundamental, deben privilegiarse las “razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” para lo cual cita el artículo 32.2 de la Convención: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por **las justas exigencias del bien común**, en una sociedad democrática” [énfasis añadido]

referencia con anterioridad, los que en forma coadyuvante deben garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, independientemente que estos sean derechos civiles, políticos, sociales, culturales, o de cualquiera otra naturaleza, ya que en definitiva, lo que se persigue es que de acuerdo a los principios de favorabilidad y progresividad, esos derechos sean efectivamente protegidos por ambas jurisdicciones. Por otra parte , es preciso indicar , como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ,

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (CIDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982).

A mayor abundamiento, y como corolario, nos permitimos citar la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana no. C-251, de 28-5-1997, en la cual sostuvo , que la

“internacionalización de la garantía de los derechos humanos representa un avance democrático indudable. De otro lado, los valores de dignidad humana, libertad e igualdad protegidos por los instrumentos internacionales y por la Constitución, son idénticos. Además, la propia Carta señala no sólo la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos que han establecido tales mecanismos (CP art. 93) sino que, además, precisa que Colombia orienta sus relaciones internacionales con base en los derechos humanos, pues tales principios han sido reconocidos en numerosas ocasiones por nuestro país, que ha ratificado innumerables instrumentos internacionales en esta materia (CP art. 9). Por consiguiente, la Corte considera que los sistemas internacionales de

protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución”(c.p. Ayala, 2005).

La actuación de la Sala Constitucional marca pauta en la materia y si bien es cierto que no tenemos datos precisos sobre la actuación de los demás jueces, a lo interno del Poder Judicial se percibe una grave debilidad institucional, lo que nos obliga a pensar que un doble discurso sobre el tratamiento de los derechos fundamentales limita paulatinamente al ciudadano en el goce y disfrute de esos derechos sin que se vislumbre la posibilidad que ninguna de las instituciones sea capaz de reaccionar positivamente en su beneficio, menos aun, el juez en decisiones que incidan sobre las políticas de Estado que se han impuesto subrepticamente.

Es por eso, que cada día la legitimidad del juez se resquebraja, ha dejado de tener consistencia y esa necesaria vinculación con la sociedad a que aspiraba el proyecto constitucional de Estado, deja expuesto al Sistema el cual se percibe sin fortaleza y capacidad para controlar adecuadamente los demás poderes del Estado. Estos nefastos resultados es lo que nos permite determinar el importante y esencial papel que juegan los derechos humanos y su garantía, como elemento determinante y calificador de la legitimidad del juez.

2.2.6 Protección del bien común y del orden publico en el contexto de las sociedades democráticas

Ya hemos señalado extensamente, que el nuevo Estado, en esencia, es un Estado Garantista, de orden prestacional, que se erige en gestor del bienestar social, y que a diferencia del Estado tradicional, protege a la sociedad por la acción del Estado (García, P, 1985) en lugar de proteger a la sociedad del Estado. De esta manera, todas las actuaciones de los órganos del Estado deben estar dirigidas no sólo a la protección del individuo sino a la búsqueda de su felicidad social y efectiva concreción de sus derechos, lo que se traduce en la búsqueda del bien común como fin esencial del Estado, de allí, que la justicia que debe procurar el juez no responda a sistematizaciones conceptuales y abstractas sino a una justicia que resuelve

problemas prácticos, que ofrece resultados concretos y coherentes con las necesidades de la gente dentro del contexto social en el que se desenvuelve. Ahora bien,

bien común no es sólo el conjunto de los bienes o servicios de utilidad pública o de interés nacional (carreteras, puertos, escuelas, etc.) que suponen la organización de la vida común, ni las buenas finanzas del Estado, ni su potencia militar; no es solamente el entramado de leyes justas, de buenas costumbres o de sabias instituciones que dan su estructura a la nación, ni la herencia de sus grandes recuerdos históricos, de sus símbolos y de sus glorias, de sus tradiciones vivas y de sus tesoros de cultura (Rodrigo, G.).

Nos dice Maritain (c.p. Rodrigo, G.), el bien común comprende todas estas cosas, pero aún mucho más, y más profundo y más humano; pues también y ante todo comprende la propia suma (muy diferente de una simple colección de unidades yuxtapuestas, pues, como Aristóteles nos enseña, incluso en el orden matemático seis es algo distinto de tres más tres), comprende la suma, decimos, o la integración sociológica de cuanto hay de conciencia cívica, de virtudes políticas y de sentido del derecho y de la libertad, y de todo cuanto hay de actividad, de prosperidad material y de riquezas del espíritu, de sabiduría hereditaria inconscientemente activa, de rectitud moral, de justicia, de amistad, de felicidad, de virtud y de heroísmo en las vidas individuales de los miembros de la comunidad, debido a que todo esto es, en cierta medida, comunicable, y revierte sobre cada miembro de la sociedad, ayudándole así a perfeccionar su vida y su libertad de persona. Es todo esto lo que constituye auténtica vida humana de la multitud.

Esto tiene trascendencia sobre el enfoque que debe darle el juez a su desempeño, ya que si el Estado Social lo que persigue es el bien común, ello debe lograrse en tanto y en cuanto, el ciudadano es un ser de carne y hueso que pertenece a una comunidad nacional, a una determinada sociedad, pero no entendida esta como

un ente abstracto³⁴, sino como la suma de todos esos seres, de allí, que a nuestra consideración, el concepto de bien común tiene en su núcleo el concepto de persona a partir de una dignidad que debe ser salvaguardada por el Estado a través de unas determinadas políticas publicas que tiendan a la satisfacción de sus necesidades como persona que vive en sociedad, que interactúa en una comunidad cada vez mas relacional y participativa, pero, no puede concebirse que en obsequio a la consecución de esos fines catalogados de interés publico pueda procederse en detrimento de esa dignidad, ya que “si bastara sin más la afirmación del interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perderá, relativizándose, toda eficacia” (Duque, 2013).

La Sala Constitucional del TSJ parte de un criterio contrario al considerar el bien común ya no como la suma de los bienes individuales, sino como

todos aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. ‘Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes’ (cf. Joseph Raz, *La ética en el ámbito de lo político*, Barcelona, Gedisa, 2001, trad. de María Luz Melon, p. 65)”. Vivir en un ambiente libre de polución y ecológicamente equilibrado sirve a la comunidad en cuanto tal, y no a la suma de sus componente” (Sentencia de la sala Constitucional del 14 de abril de 2005, en el expediente no . 05-0684)

Todo esto guarda estrecha relación con el concepto de orden publico constitucional, cuya noción fue creada mediante sentencias Nos. 77 del 09.03.2000; 2978 del 16.11.201; y 85 del 24.01.2002, cuyos intereses generales, según el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, privan sobre los derechos individuales, aún sobre los derechos fundamentales (Cabrera, R. 2012, p. 18), en este sentido, en

³⁴ Recasens, S. (2008), nos dice, que algunos pensadores y algunos políticos –sobre todo los inspirados por ideas antihumanistas o transpersonalistas – han entendido el bien común como un bien exclusivamente propio de la sociedad o del Estado, aparte o independiente del bien de sus miembros individuales , separado del bien de los seres de carne y hueso, y sin relación directa con este. (p. 246)

especial, en sentencia 18 de diciembre de 2008 , en el expediente no. 08 1572, en el sonado caso de los Jueces del Contencioso Administrativo, en el que la Sala Constitucional declaró la inejecutabilidad del fallo de la Corte Interamericana, la aludida Sala , consideró, que

“los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluyó la aludida Sala, que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos...(…) sobre los intereses particulares...”³⁵

Ahora bien, esta visión de lo publico sobre lo individual que tiene nuestra Sala Constitucional importa en tan y en cuanto, ella es la principal garante de los derechos fundamentales de acuerdo al criterio personalista que se desprende del contenido del artículo 22 constitucional. Ello implica, que conforme a los principios de intangibilidad e inmutabilidad de esos derechos, de acuerdo a la dispuesto en el artículo 19 constitucional, como lo señaláramos en capítulo previo, todos los órganos del poder publico están llamados a respetar esos derechos, de allí que cualquier acto que dicte el Poder Público que viole o menoscabe estos derechos, como se determina

³⁵ Sobre esto ya la Sala Constitucional había fijado criterio en la sentencia N° 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato), en la cual al referirse a los Tribunales Internacionales , “...comenzó declarando en general, que en Venezuela “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.” (Brewer-C, A. (2012, p. 5 y 6).

en el artículo 25 de la Constitución esta sujeto a nulidad, porque incluso, los derechos fundamentales tienen prevalencia en casos de estados de excepción (artículo 337 Constitucional), que como nos lo dice Duque (2013), “ciertamente son la mejor expresión de intereses generales”. En efecto, el artículo 337 constitucional, califica como tales, “las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos”. Dispone que, en tal caso, no podrán ser restringidas las garantías consagradas en esta Constitución, referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles. Resulta insuficiente este trabajo para plantear la discusión sobre cuales derechos pueden considerarse intangibles o fundamentales, pero, de acuerdo al criterio que hemos venido planteando, ninguna legislación o autoridad puede desconocer o contrariar los derechos humanos, y aun cuando los mismos pueden estar sujetos a ciertas limitaciones que pueden estar fundadas en la satisfacción preferencial de bienes de orden general, la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual, en la forma tan general y abstracta que se perfila de las sentencias citadas “implicaría la aniquilación de estos últimos y de la idea misma de los derechos fundamentales (...) y los vaciaría de su fuerza normativa específica” (Casal 212, p. 167). En la Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, la Corte Interamericana de Derechos al examinar la noción de bien común, advirtió que “de ninguna manera podrá invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido” .

En este sentido, la injerencia estatal para la restricción o limitación de los derechos debe estar sometido al principio de legalidad, tal y como además, lo ha reconocido la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 1339 de 8/11/2000,

por un lado, está el elemento objetivo, representación del principio de legalidad que rige la actividad de los órganos del Poder Público, y según el cual dichas limitaciones deben *estar* previstas expresamente en la Constitución y las leyes; por otro lado, está el elemento *teleológico*, que obliga a fundar las limitaciones en el bienestar de la sociedad o interés social.

La Corte interamericana también se ha pronunciado al respecto [A6/1986, párr. 24]

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos

De allí que una sana y adecuada comprensión de este asunto nos lleve a visualizar los derechos desde una óptica integral de protección, sin ningún tipo de ventaja ni preferencias, y sus limitaciones vinculas al principio de legalidad, de manera de enmarcarlas dentro del contexto democrático. Casal (212, p. 167), es enfático en ese sentido al asociar el concepto de orden publico al contexto indicado, así,

“el concepto de interés publico, general o colectivo tiene que ser interpretado desde el prisma de un estado democrático respetuoso de los derechos humanos, en los términos exigidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir de la noción de “sociedad democrática” que ellos consagran como limitación a las posibilidades de restricción mediante ley de los correspondientes

derechos. Se impone por lo tanto una lectura que tenga en cuenta la unidad de los derechos humanos en un contexto democrático. Desde esta óptica, los derechos individuales interesan también al buen común y, al mismo tiempo este no puede perseguirse con prescindencia de aquellos. Igualmente, en el plano constitucional la preeminencia de los derechos humanos no puede predicarse de algunos derechos en particular sino de todos los derechos.

Esto implica, que las funciones estatales debidamente concebidas y actuadas conforman el espacio de legitimidad democrática necesaria para garantizar esos derechos, en el entendido que, “la razón de ser del estado es la garantía de las libertades básicas, las cuales marcan las fronteras del ejercicio lícito del gobierno” (Casal, 2010), por lo que los jueces, sin atenerse a la reserva legal, no podrán intervenir so pretexto de interés general o en función del orden público o del bien común para limitar los derechos individuales, y menos aun considerarlos como categoría inferior de derechos , sin que ello implique un duro golpe a la consistencia democrática de la legitimidad de esa decisión .

2.2.7 La adecuada operatividad de los derechos sociales

El tema plantea problemas aún no resueltos ni por la doctrina ni por la jurisprudencia en forma clara y precisa, sin embargo, creemos que el juez constitucional en su misión de darle concreción a los valores constitucionales esta legitimado para darle operatividad a esos derechos, de lo contrario, resultaría nugatoria la especial protección que nuestra carta magna les confiere y seria incompatible con el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Estamos conscientes de los serios tropiezos que la jurisdicción enfrenta cuando acomete esa tarea, sin embargo, el sentido propósito y razón del estado social

de derecho es precisamente que esos derechos puedan materializarse de forma efectiva, tal y como lo hemos visto en líneas anteriores, especialmente si consideramos que incluso en Alemania, donde impera la visión estricta según la cual el legislador es el que debe configurar el contenido de los mismos, el contenido de las prestaciones exigibles, ciertas disposiciones del Código de la Seguridad Social de ese país fueron declaradas contrarias al derecho a un *mínimo existencial resultante de la dignidad humana*, ordenándose la revisión de esos mínimos por el legislador a través de un *método aceptable*. Como nos dice Casal (2010), “aun cuando, la concretización de las prestaciones reclamadas quedó ciertamente en manos del legislador, ello no impidió al Tribunal Constitucional Federal dictar una orden provisional dirigida a asegurar, en las situaciones especiales señaladas, beneficios eventualmente superiores a los legalmente establecidos” (p.163).

Es evidente, que el gran problema de la justiciabilidad de esos derechos radica en su convergencia con las políticas públicas y a la proyección estatista que algunos regímenes les han dado y los conflictos que por ello han surgido con otros derechos, aspectos que analizaremos aunque sea de forma somera para definir cual es la forma en que su adecuada operatividad puede constituir parámetro de legitimidad democrática del juez constitucional.

En ese sentido, es importante destacar, que en Venezuela, la operatividad de esos derechos, aunque esta asociada a la cláusula del Estado social contenida en el artículo 2 constitucional, ella por si misma no habilita al juez para su protección y garantía a través de su labor jurisdiccional . En efecto, en sentencia no. 1632/2006, conocida como sentencia de la Federación Médica Venezolana, la Sala Constitucional interpretó que,

La aspiración (de la cláusula) de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales *programas* son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público”.

Ello implica, que la cláusula social, siendo calificada por la Sala Constitucional, como *principio orientador*, no es exigible, es decir no es operativa jurisdiccionalmente ya que no plantea la existencia de derechos en el área subjetiva del individuo, y ello tiene especial trascendencia sobre los presupuestos de legitimidad que estamos tratando, en virtud que, el juez legítimo no podría invadir esferas especialmente dispuestas dentro de la competencia de otros órganos, pero tampoco podría quedarse inerte frente a las expectativas de protección y garantía de los derechos sociales que consagra esa cláusula. De allí que, para la debida comprensión y delimitación de aquellos actos u omisiones que puedan estar sometidos al control jurisdiccional, es necesario deslindar el concepto de Cláusula Social, políticas públicas y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dicho en la aludida sentencia, que el asunto, es determinar cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho, ya que en uno u otro caso las formas de exigencias son totalmente distintas, diferenciación que pasa, necesariamente, por el reconocimiento del valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*, y por la definición del núcleo esencial de cada uno de los derechos en juego.

Así tenemos, que para discriminar entre uno y otro, se debe identificar previamente si estamos en presencia de una actividad de naturaleza política, propia de la competencia de la administración, o si por el contrario el acto se identifica con algún derecho subjetivo atribuido al ciudadano. Para identificar al primero de esos supuestos, la Sala precisó, que la política no solo se manifiesta en actos, sino que se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, por lo que, los criterios de oportunidad y conveniencia de esas políticas escapan del control del juez, de lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines, y agregó, que el

único control sobre tales aspectos sea, en principio - el control político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero, resulta inaceptable una intromisión del juez sobre esa actividad. Entonces, qué es lo verdaderamente controlable por parte del juez? La Sala Constitucional ha dicho, que lo es, el derecho atribuido al ciudadano, y que ello está en la esfera jurídica del individuo o de un grupo de ellos, no en el ámbito del quehacer político del Estado, por esto, el juez no podría proteger en forma genérica y abstracta, por ejemplo, la lesión del derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, etc., mandando a dotar los hospitales, ordenando construir mas escuelas, por ejemplo, ya que ello equivaldría a controlar una actividad que esta asociada a criterios de oportunidad, de presupuesto, de planificación, que le es potestativo a la administración.

Para que el Juez constitucional pueda protegerlos, se debe verificar la existencia una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales, como lo ha dicho la Sala en la aludida sentencia. La lesión que puede ser objeto de control jurisdiccional es aquella que implique una afectación en particular, de modo concreto, que incida sobre la salud, la vivienda, la educación, etc., de una persona o de un grupo de ellas, perfectamente delimitado. La misma Sala Constitucional en su sentencia no. 1002/2004, en el caso Lago de Valencia, aclaró que no es posible exigir judicialmente el cumplimiento *in abstracto* de la cláusula del Estado Social de Derecho, ni el cumplimiento genérico del alcance de la procura existencial, sino solo en la medida en que la tutela judicial, bien mediante la demanda de amparo constitucional, bien mediante otras vías, se procure respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, en el plano individual o colectivo.

Es así que, una cosa es la cláusula social, que lo que en realidad plantea es la habilitación de todos los órganos del estado en el ámbito de sus respectivas competencias en función de la optimización real y efectiva de la calidad de vida de

todos los ciudadanos, y otra los DESC. En relación con la administración, la cláusula social implica la implantación de políticas públicas dirigidas a satisfacer la naturaleza prestacional del estado social, y en relación con el poder judicial, implica la protección y garantía de los derechos de todo orden, ya que para la satisfacción de los derechos DESC pasa por el respeto, salvaguarda y garantía de los derechos individuales y políticos, de allí que, aunque de naturaleza económica, social o cultural esos derechos gozan de la misma consideración de derechos fundamentales y como tales, susceptibles de protección jurisdiccional en los términos que hemos indicado. En efecto, si los derechos sociales son bienes o servicios básicos para la dignidad, la autonomía y la libertad de las personas, no pueden ser abandonados a la suerte de las decisiones de las mayorías y debe estar protegido por los jueces. Es por eso, que en la sentencia no. 1002/2004, en el caso Lago de Valencia, la Sala Constitucional consideró, que a esos derechos, le

es aplicable -en principio- la tutela mediante amparo porque nuestro Texto Fundamental, a diferencia de otros ordenamientos, no discrimina esa garantía para cierta clase de derechos, y su vinculación inmediata, ya que en nuestro ordenamiento la Carta Magna contiene un valor normativo que pregona su exigencia automática, desconociendo lo que la doctrina denomina derechos programáticos.

Es decir, que de acuerdo al valor normativo de la constitución el juez no requiere esperar de la respectiva regulación legal para que los DESC sean operativos por vía judicial. A modo de conclusión, la Sala precisó, que : *a)* los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; *b)* para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; *c)* la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial* es una actividad de gran contenido político; *d)* que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; *e)* que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; *f)* que las políticas no son objeto, en

principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Ahora bien, no escapa a este trabajo, que la cláusula social, las políticas de estado y los derechos se interrelacionan de tal manera que no pueden quedar escindidos uno de otros, y lo que se ve, es que todos ellos forman parte de la actividad del Estado para lograr un estándar de vida elevado de los ciudadanos, perfeccionando su desenvolvimiento social y económico. Es por eso, que no resulta fácil visualizar ese fino hilo que los separa, no es fácil identificar sus fronteras, y en este sentido, la Sala Constitucional ha dicho, que entre ellos existe una relación obligatoria, pues del desarrollo, eficacia y eficiencia de las políticas económicas, sociales y culturales dependerá, indefectiblemente, el ejercicio o transgresión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Existe una relación muy profunda entre el cumplimiento y la protección de los DESC y la construcción de lo público, del ámbito de lo público, que esta sometido a unas reglas éticas diferentes a las de la vida privada, sobre las que es menester ponerse de acuerdo. Para alcanzar esos acuerdos es menester celebrarse pactos sociales que construyan horizontes capaces de superar la fragmentación. Tales pactos deben hacer referencia a ciertos mínimos de satisfacción de los derechos, prever la asignación del máximo de los recursos disponibles al logro de esos mínimos, establecer estrategias y definir unos indicadores concretos con los que se pueda medir su aplicación. Quizá el campo de la planeación participativa deba ser ocupado por la promoción de ese tipo de pactos sociales. (De Roux, C., “et al”, 2004) [subrayado nuestro]

En este sentido, el Convenio sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido que “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” los que indudablemente corresponderá ponderar al legislativo en su tarea de establecer esos mínimos o niveles esenciales del cada derecho. Y es aquí precisamente donde se evidencia la complejidad del problema, ya que, siendo que, de

conformidad con la constitución normativa todos los derechos resultan exigibles de forma inmediata, pues niega esa normatividad el carácter programático de esos derechos, es evidente que la jurisdicción constitucional, como garante de la supremacía constitucional pudiera invadir las esferas propias del ámbito político de esos derechos, pudiendo considerar por ejemplo que el estado no ha implementado las políticas públicas adecuadas a la efectiva vigencia de tal o cual derecho. La Sala Constitucional, en la sentencia no. 1002/2004, en el caso Lago de Valencia, consideró que la jurisdicción constitucional si puede ejercer control sobre esos actos, específicamente sobre el orden progresivo de la efectividad de los derechos en atención a los recursos que tenga disponibles el Estado. En ese sentido señala, que la jurisdicción puede señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos. En estos aspectos, advierte la Sala ,

el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales.

Esto es, de acuerdo a la citada sentencia, la jurisdicción constitucional pudiera controlar:

1. La asignación de recursos a las áreas de desarrollo de esos derechos, según la disponibilidad del Estado. (control positivo)
2. La implementación de las políticas económicas que le permitan determinar: a) si ha implementado las políticas necesarias , b) si las implementadas menoscaban o disminuyen esos derechos. (control negativo)

Se ve que ello es posible cuando ese control jurisdiccional parte de la base de un principio básico normativo, esto es, cuando ese control se hace sobre leyes que “impiden el disfrute de derechos sociales ya formulados, que desmonten injustificadamente niveles de protección alcanzados, o que puedan considerarse claramente insuficientes desde la perspectiva constitucional” (Casal, 2013, 155), aspectos sobre los cuales, parece clara la legitimidad de la actuación judicial tendiente a la protección de esos derechos, pero, pudiera un juez ante la ausencia de regulación de las prestaciones exigibles ordenar su cumplimiento en beneficio de un número indeterminado de personas a pesar de las implicaciones presupuestarias que ello pudiera tener y de su estrecho vínculo con la autonomía del estado para fijar el diseño y la ejecución de las políticas públicas en la forma que hemos indicado antes? En ese sentido, de acuerdo al principio democrático asociado a la división de poderes, pilar del estado de derecho, Casal (2013, p.160) advierte, que la regla sería la primacía de la intervención legislativa, sin embargo, al igual que él, creemos que en determinadas circunstancias, los tribunales deben actuar de inmediato proporcionando la tutela judicial del derecho prestacional afectado aun a falta de ley o ante la deficiente regulación del derecho lesionado, encontrándose legitimados los tribunales para intervenir, ante la prolongada inactividad del legislador, la arbitraria interrupción de programas o prestaciones, la insuficiencia de las prestaciones aseguradas legal o reglamentariamente, y en general, las situaciones en las cuales esté en riesgo un mínimo existencial, este último frente al cual, a nuestra consideración, deben definirse parámetros que delimiten la actividad jurisdiccional, a lo que además sería útil el uso de otros principios tales como, el de no discriminación o el de proporcionalidad a fin de no disminuir los parámetros positivos ya satisfechos, lo que además permitiría darle una mayor consistencia argumentativa a la decisión .³⁶

Como corolario, debemos precisar, que el derecho internacional de los derechos humanos le imponen a los estados obligaciones tendientes a asegurar la justiciabilidad de los DESC, y que el reconocimiento de los principios de

³⁶ Respecto a la circunstancias indicadas, ver referencias jurisprudenciales en Casal (2012, p. 233 y ss)

universalidad, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos abonan a que esos derechos sean efectivamente protegidos por los jueces, tal y como además ha quedado establecido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General no, 9º la cual se refiere a las consecuencias del deber estatal de garantía efectiva de los derechos consagrados en el respectivo Pacto.

La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que todos los grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos mas vulnerables y desfavorecidos de la población”.

No hemos pretendido ser exhaustivos en este análisis, cuyo tema de por si tiene demasiados aristas, pero si de alguna manera, precisar la necesidad de implementar mecanismos y esquemas argumentativos de razonabilidad apropiada, proclives a la justiciabilidad de estos derechos.

3 EL DESAFIO METODOLOGICO DEL JUEZ

Podría pensarse que hay demasiada retórica en los capítulos precedentes, que los objetivos constitucionales al ubicarnos en la esfera de lo meta-jurídico y en el mundo de la subjetividad le impide al juez legitimarse desde la cientificidad jurídica propia de la ciencia del derecho, y tal vez surja la duda sobre las posibilidades reales de que su actuación este enmarcada siempre dentro del ámbito democrático, respetuosa de sus principios. En ese sentido, el Juez podría ser sujeto de todo tipo de sospechas sobre su independencia, que lesionen ese concepto sobre el que se encuentra sustentada su legitimidad. Como dice Ferrajoli, en otra de sus obras,

se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del derecho pre-moderno. Expresiones como «principio de legalidad» y «reserva de ley» tienen cada vez menos sentido (Ferrajoli, 2001).

Carbonell (2008), por su parte afirma:

Hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado. Actualmente los problemas son otros. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales. Esto es lo que produce, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

El profesor Canova (2000) , descarna esta realidad en nuestro ámbito nacional al considerar, que

la resolución diaria de los conflictos se lleva a cabo por los jueces con prescindencia de la ley y con base sólo en los parámetros borrosos de las normas constitucionales, lo que fomenta múltiples y dispares interpretaciones de la Constitución dependiendo del parecer de cada juez; ha estimulado que con soltura los jueces lleguen a suplantar a las demás autoridades nacionales en el ejercicio de funciones que le son impropias, y, finalmente, ha acarreado muchas desigualdades e injusticias. Todo esto, es oportuno confesar, bajo un ambiente estéril, de mediocridad desde el punto de vista de la confección de una

doctrina coherente y avanzada sobre los diferentes tópicos constitucionales (p. 19).

Esta duras apreciaciones, nos llaman a una verdadera reflexión sobre el tema, siendo por eso, que el presente capítulo esta dirigido a ubicarnos más en la búsqueda de un método científico que delimite apropiadamente la función del juez dentro de los borrosos contornos sobre los que debe discurrir su función jurisdiccional, escudriñando un poco sobre la mejor forma de hacer realidad los objetivos constitucionales desde una perspectiva suficientemente objetiva que los haga viables, idóneos y pertinentes dentro del contexto democrático. Como hemos visto, pudiera pensarse que el juez tiene una amplia discrecionalidad a la hora de hacer efectivos esos objetivos, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad, abuso y de pérdida de eficiencia y de garantías.

3.1 Una nueva forma de razonar y de interpretar. Carga de la argumentación

En primer lugar, se debe partir de la base, que por esencia de sus funciones, el juez es un interprete por excelencia, y que la especificidad propia de la interpretación constitucional lo que obliga al juez, es a incorporar nuevos métodos de interpretación que unidos a los tradicionales³⁷ le permitan concretizar en la justicia del caso el

³⁷ Dentro de los métodos jurídicos tradicionales aplicables a la interpretación constitucional se pueden distinguir. El método **gramatical o literal**, que ante la falta de claridad, ambigüedad o precisión para desentrañar el contenido de la norma favorece el “argumento literal”, conforme el sentido que se desprende de su significado etimológico. El método **lógico**, que si bien toma en cuenta el significado de la norma, busca contextualizar el contenido conceptual y razonable de las palabras. Y puede ser complementario o contrario interpretación literal. Y se basa más en los valores y principios que en la literalidad. El método **teleológico** que busca descubrir la finalidad determinante de la norma y de sus principios de valor (*ratio legis* y el *telos*). Es una derivación de la doctrina de “la ley de la finalidad”, propia del mundo humano, a diferencia de “la ley de la causalidad”, que es propia del mundo físico (Ihering). Parte de la idea que el derecho es una idea práctica. El método **histórico**, que considera que la norma se hace en la historia y se refleja con su historia como un valor o un fin

amplio grado de abstracción con el que se encuentran diseñados los valores y principios constitucionales, pues, estos “requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos (Carbonell, 2008) . Es a partir de allí, nos dice Duque (2013) , que se le da sentido a la norma, tomando en cuenta no solo lo cognoscitivo, sino también la realidad histórica y experimental como parte de un proceso intelectual que permita comprender las disposiciones jurídicas para una realidad concreta.

Detrás de estas afirmaciones, dejamos, quizá para un estudio de mayores dimensiones, las distintas concepciones que se tienen del derecho pero que subyacen en este estudio como fundamentos del mismo, en virtud que las formulaciones teóricas o filosóficas del derecho son las que le dan soporte. Sin embargo, es importante resaltar entre ellas, y con apoyo en Atienza (2013), y en un todo coherente con la relación histórica de nuestros primeros capítulos, que nuestro derecho viene de una *concepción formalista* que considera el derecho como un sistema completo y coherente en el que solo los legisladores y no los tribunales podían crear derechos y

arraigado desde su inicio. Una variante de este método es **el método crítico**, o de la exigencia de una actitud científica para lograr la transparencia del contenido del Derecho, sin alteraciones, falsedades o imprecisiones. Otra variante, es **la interpretación genética**, que se basa en el estudio de los materiales legislativos relacionados con el proceso de formación de la normativa objeto de interpretación. El método **sistemático** entiende el sistema jurídico como una unidad, por eso busca ubicar la disposición normativa o la institución en el resto del ordenamiento que lo contenga, para establecerla su relación el mismo sistema jurídico, como una de sus partes constitutivas. El método **comparativo**, que es parte del derecho comparado utiliza la técnica de la relación entre la normativa que se investiga e interpreta con la normativa de otros ordenamientos jurídicos extranjeros. Dentro de esta técnica, se emplea mucho el examen de la jurisprudencia comparada en el constitucionalismo moderno. El método **dialéctico** parte del principio del contradictorio que puede mantener la ley respecto de determinados intereses. El marxismo lo propugna, al considerar que los ordenamientos son reflejos de una infraestructura que sustenta una superestructura de dominio de un sistema de explotación económica³⁷. El método **extensivo** sobrepasa la literalidad, buscando principios complementarios que pueden deducirse del contexto de la normativa para satisfacer determinados valores o fines. La tesis contraria es **el método restrictivo**, que busca la aplicación de la normativa sin mayor espacio para la interpretación discrecional. El método **analógico**, que acude al antecedente jurisprudencial en casos de situaciones y hechos resueltos de contenidos semejantes, aunque no idénticos. En el fondo, con este criterio, se expande la ratio legis. Surge así el valor del precedente para situaciones parecidas y los criterios para su aplicación a casos no resueltos. (duque p. 53)

donde los cambios jurídicos debían reducirse al mínimo puesto que la certeza y la previsibilidad eran los máximos valores; según esta concepción,

el verdadero derecho consiste en normas generales y abstractas y la decisiones judiciales solo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto; como premisa menor, los datos facticos del caso que se subsumen en el supuesto de hecho de la norma para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma (Atienza, 2013. p.23).

El realismo jurídico, el iusnaturalismo, el positivismo normativista, y el escepticismo jurídico, entre otras, son teorías que contribuyen a comprender el tránsito del derecho y de su lucha con la moral, hasta conducirnos a los nuevos paradigmas del constitucionalismo que hemos analizado en capítulos anteriores, y que supone entre otras cosas, que

El derecho no pueda verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal crítica, racionalmente fundamentada). (...) y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del 'legalismo'; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritaria del derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales (Atienza, 2013 p. 29).

Es evidente, que en esta nueva concepción, la interpretación del juez como sujeto integrador de esas dimensiones del derecho, cobra especial importancia a los fines que a través de ella se logren articular las necesidades prácticas de una realidad concreta, con los fines y valores perseguidos por el constituyente, lo que implica

integrar el derecho en un todo. Al respecto, Ronald Dworkin, como uno de los principales representantes de esa teoría, plantea una redefinición del papel del juez en su interpretación y aplicación, al que considera, debe ser “*un Juez Hércules*”, “puesto que como intérprete jurídico ha de conocer no solo la ley escrita, sino también los principios admitidos por la sociedad, derivados de su cultura, su historia y, hasta de su idiosincrasia. Por lo que sus fallos han de basarse no solo en el texto de la ley, sino en el contexto de sus valores y principios, para determinar las consecuencias adecuadas a la realidad” (Duque 2013, p. 57) .

Ahora bien, en esa tarea la nueva interpretación exige priorizar el elemento valorativo del derecho sobre el autoritativo, lo que exige que el juez se desprenda de elementos ritualistas, del lenguaje oscuro y evasivo, de la apelación constante a la seguridad jurídica, a la neutralidad, a la objetividad y al énfasis en las cuestiones procesales, de la pasión por el rigor jurídico, a la preferencia por las interpretaciones literales, por el uso del lenguaje enfático, todas características que Atienza (2013, p. 50) utiliza para desenmascarar al juez formalista. Pero esa prioridad por lo valorativo y su desmarcaje con el ritualismo formal, no implica que todo formalismo puede ser rechazado por el nuevo juez, ya que, quiérase o no, el derecho es ante todo un fenómeno de autoridad, y siendo el juez un integrador, debe hacer uso de todas las herramientas jurídicas a su alcance para satisfacer una decisión justa, y una de esas herramientas, es la ley, cuyo valor no puede desconocer, ya que “en el caso del juez constitucional el sometimiento a la constitución debe ir unido a la deferencia hacia el legislador como principio interpretativo fundamental, y si las cosas no fueran así no existiría estado de derecho, simplemente porque el imperio de la ley habría pasado a ser imperio o gobierno de los jueces” (Atienza 2013 p. 50). La nueva legitimidad del juez estriba precisamente en saberse mover entre ambas posturas sin desconocer la importancia que una o otra tengan para un caso concreto; lo importante es que el juez no caiga en la tentación de ser excesivamente formal, o convertirse en un activista o progresista influido por factores ajenos muchas veces al derecho mismo, ya que, no debemos olvidar, que el nuevo constitucionalismo obliga al juez a actuar frente a un derecho, si bien dúctil, no desprovisto de límites.

En ese sentido, debe apreciarse, que el estado de derecho impone un marco de actuación al juez que lo supedita al respeto de los principios que le dan soporte, y como nos enseña Duque (2013, p. 7), la observancia de esos principios le permite al juez compaginar los poderes del estado con los derechos humanos dentro de un orden Jurídico Unitario determinado por las tareas estatales, que excluye el abuso de poder y que por lo tanto, debe ser normativizado y actualizado, es decir interpretado.

Ahora bien, como ya lo hemos indicado en capítulos anteriores, la legitimidad del juez venezolano se encuentra constreñida a darle concreción al Estado Social de Derecho que postula nuestra carta magna, por lo que toda su actividad debe estar dirigida a la obtención de una justicia más que formal, material, y ello se logra,

mediante las ‘decisiones constitucionales interpretativas’, cuya mejor expresión son las denominadas ‘sentencias interpretativas’, mediante las cuales el control de la constitucionalidad de las leyes consiste en determinar no solo su conformidad con la Constitución sino también la interpretación que la haga compatibles con aquélla y que, permiten que la jurisprudencia, dentro de ciertos límites, evite la usurpación de la función legislativa, y por supuesto del poder constituyente por parte de los tribunales constitucionales, se considere como fuente de derecho constitucional . (Duque, 2013, p 6)

Esto es así, en virtud que, como dice Duque (2013), no siempre la infracción constitucional proviene directamente de la norma, sino que puede provenir de interpretaciones sobre su alcance, como ocurre por ejemplo en materia probatoria donde el margen de apreciación de los jueces es amplio, y la apreciación de una prueba puede llevar a violaciones de derechos individuales o al orden publico constitucional.

De esta manera, el juez no puede ver el derecho desde la óptica positivista sino ir mas allá, incorporar los valores y principios como elementos de interpretación para la adecuada comprensión del Derecho y la continua adecuación de la legislación a las disposiciones constitucionales. Debemos recordar que por disposición constitucional (artículo 335), el juez constitucional esta obligado a ser coherente con

esos principios, pues son ellos los que le dan unidad a todo el ordenamiento jurídico; el juez constitucional, como insiste Duque (2013), está obligado a desentrañar el contenido y alcance de las normas y principios y constitucionales, para adaptarlos a casos concretos en los que se juzgue la constitucionalidad de ciertas normas o interpretaciones (reinterpretación) o para garantizar los derechos fundamentales.

Esto no puede hacerse sin una argumentación que racionalice esa actividad, ya que,

a pesar que no existe una lógica de los juicios de valor similar a la lógica hipotético-deductiva de las matemáticas y de las ciencias físico naturales (...) ello no implica que las decisiones valorativas sean simplemente una cuestión de puro arbitrio personal del juez, sino que existe un razonamiento jurídico -y por extensión ético- específico (Interpretación Judicial, 2008, p. 161).

Esto, en virtud que los valores y los principios no regulan por sí mismos su aplicación y no siempre podrá utilizarse el método “subsuntivo” para la resolución de los casos, por lo que, si ésta quedara al arbitrio de quien la realiza, “cesaría el control que se surte por medio de las normas y del método y se abriría así un margen para el subjetivismo y decisionismo judiciales” (Alexy, 2007, p. 135). De allí que, “a falta de técnicas unánimemente admitidas, se impone el recurso a los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando estos son objeto de controversias” (Interpretación Judicial, 2008, p. 161), en el entendido que los principios y valores sobre los que trabaja el juez, no son lógicos e inmutables sino proposiciones de valor relativo en cuya determinación y aplicabilidad en una determinada decisión debe perseguirse su aceptabilidad por todos, sustentada en una razón práctica. Esa aceptabilidad la ubica Perelman en tres niveles,

de un lado frente a los usuarios del derecho, mostrando que esa solución es la mejor para las pretensiones de la partes, esto es, que se trata de una sentencia justa y razonable. De otro lado, frente a la comunidad jurídica, a fin de mostrar que esa decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esa comunidad, a fin de salvaguardar una cierta coherencia del sistema jurídico. Y, finalmente, frente a la sociedad que espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismos jurídicos (Interpretación Judicial, 2008, p. 163).

3.2 Una nueva técnica o método de interpretación

Hemos visto, como el aspecto valorativo que se incorpora con el nuevo constitucionalismo a la tarea decisoria del juez, nos enfrenta con una diversidad de fuentes mucho más marcada que aquella dispuesta por el positivismo clásico, agregando a la dimensión propiamente reglada del derecho, la dimensión valorativa en la que se incluyen los principios y los valores. Estos conceptos por ubicarse dentro de la moral, surgen indeterminados, y por no estar su contenido perfectamente positivizado incorporan un elemento de discrecionalidad y de impredecibilidad de la decisión, que a nuestro modo de ver, es lo que genera la necesidad de diseñar un método para la argumentación que garantice la objetividad de la decisión, que permita su adecuado control, que interdicte el abuso del poder y garantice la efectiva protección del individuo.

Estamos en una nueva etapa en la cual la función del juez va más allá del texto positivo. Debe ponerse al servicio tanto de la ley como de la realidad. La interpretación busca así la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico. Para llegar a este equilibrio entre los extremos citados, el operador judicial dispone de unos métodos exegéticos, concebidos como expedientes argumentativos para demostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable. Dichos métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad y la ausencia de una jerarquía

entre los mismos. La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico. Todo lo dicho anteriormente configura al juez como el auténtico “señor del derecho” de nuestro tiempo (antes lo era el legislador), juez que ha de armonizar tres conceptos: el respeto (no veneración incondicionada) a la ley; la protección de los derechos de los particulares, y la constante búsqueda de la justicia. (Martínez, 2009. p. 156)

En ese sentido, debemos partir de la base, que las fuentes de la interpretación constitucional son los principios, reglas y valores contemplados en la Constitución, que han sido consagrados como valores superiores del ordenamiento jurídico. Para diferenciar entre ellas, Duque nos enseña, que

las reglas son normas del primer grado de concreción (aplicación directa); los principios son normas del segundo grado de concreción y los valores son normas del tercer grado de concreción (aplicación indirecta). Visto de otro modo: Los valores son las normas más abstractas. Los principios son indeterminados pero referidos a situaciones generales. Su contenido es más concreto. Y, las reglas, como cualquier norma jurídica, son normas concretas, que contienen consecuencias jurídicas para los supuestos que contemplan (Duque, 2013, p. 51).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 1415/2000, ha reconocido que la Constitución es “un cuerpo de reglas y principios que establece quien y de qué modo se organiza la sociedad para dar respuestas aceptables a su propia subsistencia y convivencia”.

Esa diversidad de fuentes nos obliga a hacer un análisis, aunque sea somero, de su estructura, dada las consecuencias jurídicas de cada una de ellas. Para ello, es cita obligada la distinción que entre ellas hace Alexy, en la construcción de su teoría sobre los Derechos Fundamentales, que se inserta en la corriente del ‘Neo Constitucionalismo’ construida fundamentalmente por Dworkin, Alexy, Zagrebelsky.

Alexy considera, que los derechos fundamentales son principios generales con mandatos de optimización, y que por lo tanto, el análisis de su estructura normativa es elemento clave para la solución de problemas de la dogmática de esos derechos, sin cuya distinción, “no puede existir una teoría adecuada de los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico” (Alexy 2007, p. 63).

A pesar que la elaboración de sus teorías al respecto ha suscitado gran rechazo en la doctrina,³⁸ porque incorpora la ponderación como criterio de interpretación de los principios constitucionales, vemos que la misma ha sido utilizada en forma recurrente en la doctrina constitucional patria e incluso en otras latitudes, como España, la que, “desde 1995 se ha inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estructurales para determinar el contenido de los derechos fundamentales” (Alexy, 2013, p. XXXVI).

La teoría de Alexy, nos da la clave para resolver la mayor parte de las controversias surgidas en la interpretación constitucional debidas al conflicto entre sus fuentes, que es donde reposa la mayor responsabilidad judicial para la construcción del estado material de justicia, y es relevante en lo que atañe al objeto de nuestro estudio, en virtud, que como lo hemos venido señalando, son los principios los que permiten ver el derecho como una practica social unitaria que persigue los valores y propósitos determinados en la Constitución, pero, como, en su mayoría, se formulan sin que las condiciones de su aplicación sean perfectamente delimitadas por el legislador o por el constituyente, es muy probable que entren en conflicto con otros principios o reglas, es necesario acudir a un método racional que permita dilucidar cual de ellos resulta ser el mas apropiado para la resolución del caso en concreto. Creemos que la estructura argumentativa que diseña Alexy, nos permite alcanzar uno

³⁸ Se considera, que si los principios son mandatos de optimización se desconoce la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y se soslaya la discrecionalidad del juez constitucional; que al incorporar la ponderación como elemento de interpretación se incorpora un elemento de irracionalidad de la decisión, se critica su indeterminación conceptual y su imposibilidad de predecir sus resultados. Al respecto ver en el Estudio Introductorio de Carlos Bernal Pulido, en Alexy (2007, p. XXXVIII)

de los objetivos planteados con el presente trabajo, y si bien, es probable que no cubra todas las aristas que plantea una interpretación tan *sui generis*, es una de las que a nuestra consideración da mayores respuestas, por ello, trataremos de visualizar ese nuevo modelo a través de su Teoría sobre los Derechos Fundamentales,.

3.2.1 Reglas para la nueva interpretación

- a) Las reglas y los principios son normas con distintas forma de resolver sus colisiones o conflictos.

Alexy, ubica las reglas y los principios dentro de una misma categoría jurídica, dice, que son normas porque ambos establecen lo que es debido, y aunque sea por razones de un tipo diferente, son razones para llevar a cabo juicios concretos de *deber ser*, por eso, afirma que “la distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de norma” (Alexy 2007, p. 65). Las reglas, de acuerdo a esa teoría, son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, de allí, que su aplicación dependa de un proceso de *subsunción* porque contiene mandatos definitivos, por lo que, cuando ocurre lo que prevé ésta debe seguirse completamente; pero, puede ocurrir que esas determinaciones puedan fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez. Por eso, los conflictos entre dos reglas, se resuelve mediante la introducción en una de las reglas, de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida, ya que “mas allá de la forma en que se fundamenten debe excluirse la posibilidad de que sean válidos dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre si” (Alexy 2007 p. 69). Por ejemplo, ocurre con la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla

en caso de alarma incendio. Ambas reglas son contradictorias, de allí que el conflicto se resuelve mediante la introducción en la primera regla de una cláusula de excepción que contemple el caso de que se encienda la alarma de incendios así: se prohíbe abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida, a menos que, se encienda la alarma de incendios. Ahora bien, cuando se constata que en el caso concreto son aplicables dos reglas con consecuencias recíprocas contradictorias, y esa contradicción no puede eliminarse mediante la introducción de un cláusula de excepción, debe entonces declararse inválida por lo menos una de las dos reglas lo cual se hace aplicando otras reglas, por ejemplo, la *lex posterior derogat legi priori*” y *lex specialis derogat legi generale*, de acuerdo a la importancia de las normas en conflicto. Este último caso, Alexy (2007, p. 70) cita el caso BverfGE 1 , 283 (292 ss) en el que existía en conflicto normas emanadas por el derecho Federal y otras por los Estados Federados sobre el que aquel tenía prioridad, relacionadas con el horario de apertura de establecimientos. El derecho Federal permitía que los comercios permanecieran abiertos durante los días de semana entre las 7 y las 19 horas, y la Ley de Baden, que prohibía que los miércoles estuvieran abiertos después de las 13 horas. Ambas reglas son contradictorias, pero, el artículo 31 de la Ley Federal excluía la posibilidad de considerar la regulación del estado de Baden como una excepción a la regla válida del derecho Federal, por tanto solo quedaba declarar la invalidez de la norma de Baden.

En el caso de conflictos entre principios, -conforme este modelo- estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los principios no contienen mandatos definitivos, sino solo *prima facie*, esto es, que si un principio vale para un caso, no significa que lo que el principio exige para ese caso tenga validez como resultado definitivo, ya que unas razones pueden ser desplazadas por razones opuestas, por eso, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado, de lo que se colige, que en virtud que sólo pueden entrar en conflicto

principios válidos, los principios se miden en la dimensión del peso y no en la de su validez que es la dimensión propia de las reglas. Esta diferenciación es importante, porque la existencia de una regla que contenga las determinaciones necesarias para la resolución del caso en concreto sólo amerita ser aplicada de acuerdo a las *reglas de la subsunción* porque al contener mandatos definitivos se excluyen, como dijimos, interpretaciones absurdas, y se limita el número de posibilidades interpretativas que la norma puede ofrecer. Pero, puede ocurrir una situación bien compleja, cuando la excepción permitida para resolver un conflicto entre reglas se apoya en razón de un principio, con lo cual pareciera, que la regla adquiriría el carácter *prima facie* de los principios y perdería su carácter definitivo en razón del principio que le sirve de excepción, situación no admisible como lo veremos mas adelante. Para la comprensión de este punto es necesario precisar, que como dice Alexy (2007, p. 81), el carácter *prima facie* que adquiere la regla en ese caso, es básicamente distinto al carácter *prima facie* de los principios, pues la regla no es desplazada por el peso del principio opuesto, sino que, para ello deben ser desplazados primero los *principios formales* que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello. Casal (2010, p.52) nos explica al respecto, que si la Constitución, al consagrar un derecho fundamental ha querido ser precisa y establecer un mandato definitivo (regla) para excluir interpretaciones o ponderaciones que conduzcan a un resultado diverso, la determinación constitucional no puede ser desplazada por un principio opuesto, capaz de imponer una excepción en la previsión normativa. Casal lo ejemplifica con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que generalmente esta acompañado de reglas concernientes a los supuestos y condiciones para la realización de una allanamiento de morada. En esos casos, dice Casal, se podría incluir una excepción a esas condiciones ante la posibilidad de salvar la vida de una persona en caso de incendio u otras similares, aunque esa circunstancia no este indicada como supuesto lícito para ese ingreso coactivo en el domicilio, con lo cual no se estaría negando la norma sino adaptándola a una situación que no fue pensada por el por el constituyente; lo que si no se podría hacer es, que ante la comisión de un delito y con el argumento de que éste es sumamente grave se realice un allanamiento

fuera de los supuestos constitucionales, ya que en esos casos, la regla que establece la prohibición sería negada de manera directa en el núcleo de su contenido normativo³⁹. Esta interpretación ocurrió en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 2580/2001, relacionada con el artículo 44 constitucional que garantiza el derecho a la libertad personal. En esa sentencia, citada por Casal (2010, p. 54), la Sala consideró, que en los casos de posesión de drogas, la exigencia de la flagrancia puede considerarse satisfecha si existe una *presunción vehemente* de que se está cometiendo el delito, es decir, se consideró lícita una detención practicada por la simple sospecha de posesión de sustancia estupefacientes, con lo cual, “se derriba una barrera colocada por la constitución en defensa de la libertad personal” (Casal, 2010, p. 54), por lo tanto se irrespetó la autoridad legítima del constituyente incurriéndose, a nuestro modo de ver, en un indebido desplazamiento de la regla constitucional sin que a su vez se hubiesen desplazados los principios que sustentan la misma.

Este análisis es importante, porque se debe interdicar la posibilidad que la interpretación de derechos en conflicto puede conducir a crear condicionantes que restrinjan o limiten el disfrute de los derechos, especialmente en situaciones extremas o de urgencia, como ocurrió en nuestro país a tenor de las graves inundaciones ocurridas en el año 2010, que afectaron una parte del país y que dejó a muchas familias sin techo, y que con ocasión de ello se prohibieron en vía judicial todo tipo de desalojos en forma indiscriminada y generalizada en todo el territorio nacional, o como ocurre, cuando se trata de hacerlos valer contra el ejercicio del poder económico o social, en su mayoría con el objetivo de procurar una mayor protección al considerado débil jurídico en el caso concreto, ya que como hemos visto,

³⁹ El contenido esencial de los derechos humanos son entidades o cuerpos jurídicos cuya sustancia se divide en: *un núcleo esencial* y *en una periferia*. En el núcleo no se permiten la intervención del legislador, porque constituye “*una esfera de intangibilidad que nunca puede sobrepasarse*”. En la periferia si se permite, sólo que deben estar justificadas por las valoraciones del principio de la proporcionalidad, del test de la idoneidad, necesidad y proporción en estricto sensu. Las intervenciones del legislador en la periferia son permitidas si respetan el principio de la proporcionalidad, como lo veremos mas adelante (Duque, 2013, p. 66).

Los jueces deben atenerse en primer termino a lo dispuesto en la ley al decidir casos que presuponen colisiones entre bienes constitucionales y han de guiarse por las pautas o criterios de armonización que legalmente se hayan establecido. Pero si la solución legislativa es insuficiente, bien por incurrir en una omisión absoluta, bien por no proporcionar todos los elementos que permitan resolver el caso concreto en un modo cónsono con los bienes constitucionales en conflicto, los jueces pueden contribuir a colmar la deficiencia legislativa. El carácter complementario de la actuación del juez estriba no precisamente en que este sustituya al legislador , (...) sino en la cooperación judicial para que el conflicto surgido sea dirimido conforme a derecho (Casal, 2012, p. 100).

Por ello, tal y como nos lo refiere Duque (2013, p. 7), en la hermenéutica constitucional han de observarse los principios que se derivan del concepto de Estado de Derecho, que compagina los poderes del Estado con los derechos humanos, por lo que corresponde a los tribunales encontrar un resultado constitucionalmente adecuado, es decir, la “norma” efectiva para un caso concreto, a través de un proceso intelectual de interpretación fundamentado, racional y controlable, mediante un trámite judicial de indagación adecuado.

b) Los conflictos entre principios se resuelven mediante el Método de la Ponderación

La ponderación se ha convertido en el criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales. En el lenguaje común, el concepto de ponderación esta asociado al análisis de puntos contrapuestos desde una perspectiva equilibrada o imparcial. En el mundo del derecho, Prieto Sanchis (2003, p. 137) no encuentra que su resultado sea necesariamente el equilibrio entre intereses, razones o normas, sino que por el contrario, considera que lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto, por eso, al definirla, dice que, “ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”.

Según la Teoría de Alexy, la mayor parte de las controversias surgidas en la interpretación constitucional debidas al conflicto entre sus fuentes, se resuelven mediante el método de la ponderación. Este método consiste en establecer, cual de los intereses o principios que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto, esto es, que el *método de la ponderación*, también llamado del *balanceo*, permite elegir entre los principios en conflicto, o entre el principio por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. Afirma, que uno de los principios tiene que ceder ante el otro (Alexy 2010, p. 70), lo cual no significa declarar inválido al principio desplazado, sino que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro, esto es, que prima el principio con mayor peso, ya que estos

no tienen la forma técnica de una regla jurídica (supuesto mayor, supuesto concreto y consecuencia jurídica), sino que se extraen del sistema normativo de la Constitución y de su funcionalidad en este sistema para su ponderación en un caso concreto⁴⁰.

Duque (2013, p. 56) nos simplifica el modelo, afirmando que la ponderación consiste en:

A) Localizar los principios para resolver el caso concreto, puesto que pueden ser más de uno y hasta parcialmente antinómicos, que aunque se refieren al caso no coinciden totalmente. B) Los principios localizados se sopesan para colocarlos axiológicamente para determinar el principio de mayor peso o dimensión, que debe prevalecer sobre el de menor peso o dimensión. C) Este método se basa en una jerarquía axiológica, que no resulta abstracta sino concreta, con relación al caso examinado; y además es cambiante porque depende de las características de cada caso específico. Esa relación axiológica se da para caso individual en base a los juicios de valor formulados por cada Juez.

⁴⁰ Al respecto, ver en sentencias del Tribunal Constitucional Español, nos. 63/1982 de 20.10; 58/1985 de 30.04; y 77/1985 de 27.06 (Duque , 2013) .

Para su mejor estudio discriminemos las reglas con las que Alexy hace operativo ese modelo.

- a) Racionalidad de la ponderación a través de una relación de precedencia condicionada o *ley de la colisión*.

El juez va a enfrentarse siempre a la decisión entre derechos contrapuestos que por lo general están en colisión y que exigen ser realizados de la mejor manera posible, dentro de las *posibilidades jurídicas y reales existentes*, pero, que por no tener una jerarquía ni un orden preciso y determinado no se encuentran resueltos de antemano ya que supondría la prelación de unos derechos frente a otros, situación de plano negada frente a los principios que informan los derechos humanos.

En esos casos, no existe una relación de precedencia absoluta, sino que, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, se establecen entre los principios en conflicto una relación de precedencia condicionada mediante la cual se indiquen las condiciones en las cuales un principio precede al otro conforme al peso que cada uno tenga en ese caso. Así por ejemplo, el caso sobre la incapacidad procesal resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerGe 51, 324 (Alexy, 2010, p. 71) explica esta regla y refiere el conflicto planteado en un juicio penal, entre la obligación del Estado de garantizar la aplicación del derecho penal llevando a cabo una audiencia oral en contra de un acusado que, frente a la tensión producida por esa audiencia podía sufrir un infarto, o prescindir de esa audiencia para garantizarle al acusado sus derechos fundamentales. Se enfrentan en este ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física del acusado (P1) y la aplicación del derecho penal (P2), observándose que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica del cumplimiento del otro, pues ambos, conducen a juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios que no se produciría si solo existiera uno solo de ellos. Ninguna de ellas es inválida, ni ninguna tiene precedencia absoluta sobre la otra. La decisión debe

adoptarse a la luz del caso concreto, *determinándose en qué condiciones qué principio tiene precedencia y qué principio debe ceder*. La ponderación, en este caso consistiría en fundamentar la condición o condiciones por las que uno de esos derechos tendría precedencia. La Corte Federal Alemana, en la sentencia citada, fundamentó la condición que determinó la precedencia de la siguiente manera: “ si existe el peligro concreto, manifiesto que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral pierda su vida o experimente graves daños a su salud, entonces la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF” (Alexy, 2010, p. 74). Obsérvese, que la característica de la condición, es que, cuando ella es capaz de conducir a la precedencia es porque esa condición lesiona un derecho fundamental .

Este análisis nos lleva a una primera regla de interpretación en materia de colisión de principios, denominada por Alexy, *ley de la colisión*, que permite hacer la conexión entre las relaciones de precedencia condicionada y las reglas mediante una estructura normativa lógica racional que el juez puede construir a través de la interpretación, de esta manera: si una acción lesiona un derecho fundamental está prohibida desde el punto de vista de los derechos fundamentales, lo que se inscribe en la formula: si una acción satisface las condiciones C, entonces debe entenderse que ella esta prohibida por los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo:

Si el principio *PI* en las circunstancias *C*, tiene precedencia sobre el principio *P2*, y si de *PI*, en las circunstancias *C* deriva la consecuencia *R*, entonces tiene validez una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica.(Alexy, 2007, p. 75)

Algo semejante ocurre en el llamado caso *Lebach*, resuelto por la Corte Federal Alemana (Alexy, 2010) en el que se constató que, en el caso de la repetición televisiva de una información sobre un delito grave, que no respondía a intereses informativos actuales, y que ponía en peligro la resocialización del autor del delito que estaba a punto de ser liberado, tenía precedencia la protección del derecho al

honor del acusado (p1) frente a la libertad de información (P2), por lo que en el caso se decidió que la transmisión de la información estaba prohibida.

En ambos casos, el juez constitucional construyó una norma de derecho fundamental absolutamente racional y controlable, mediante un razonamiento iusfundamental correcto, permitiendo, que el estado de cosas sometido a esas decisiones, como lo dijo la sentencia del caso Lebach, “pueda ser subsumido como si fuera una norma legislada” (Alexy, 2010).

Es importante resaltar, que, conforme indica Alexy (2010, p. 137), en la fundamentación de los enunciados de preferencia se pueden utilizar todos los argumentos posibles, dogmáticos prejudiciales, prácticos, y empíricos en general, así como aquellos específicamente jurídicos, pudiendo hacerse referencia a la voluntad del constituyente, a las consecuencias negativas de una determinada alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores, etc., de tal manera, que ese enunciado no se diferencia de la fundamentación de las reglas semánticas que permiten el establecimiento de conceptos vagos en la fundamentación clásica. Pero, agrega, que hay argumentos específicos de la ponderación, que nos conducen a la denominada *Ley de la Ponderación*⁴¹, basada en un *modelo de fundamentación propio* y que se formula de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 2010, p. 138). La sentencia del caso *Lebach*, nos puede ayudar en la comprensión de esta ley. Así, la tesis de que la repetición del documental a que nos hemos referido antes afectaba de manera muy intensa la protección del honor del acusado se fundamentó en el alcance de las emisiones televisivas y su forma de documental, el alto grado de credibilidad que tienen frente al público y el peligro que por esas razones resultan para la resocialización y la afectación que se produciría con posterioridad a esa retransmisión. En relación a la importancia del principio de información radial se analizaron numerosas razones a cerca de la importancia de la satisfacción del

⁴¹ Para profundizar sobre la misma, ver las curvas de inferencia, tal y como se usan en las ciencias económicas, explicadas por Alexy en la obra citada p. 139 y ss.

principio de libertad radial, pero se consideró que ellas no eran lo suficientemente importantes como para justificar la intensidad de la afectación.

Esta regla pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en si mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos, pero mas importante aun, que “la ponderación no es un procedimiento en el que un bien se obtiene con excesivo apresuramiento a costa de otro” (Hesse, c.p. Alexy, 143), y que esto no se trata de un asunto de *todo o nada*, sino de una tarea de optimización que responde al *principio de la concordancia práctica*, y aun cuando la ley de la ponderación no formula ningún pauta con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos, creemos como lo dice Alexy, este modelo “ofrece un criterio, al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional” (Alexy, 2010, p. 144), que es precisamente la hipótesis sobre la cual se hemos manejado este trabajo en la búsqueda de un método que pueda darle mayor legitimidad a una decisión judicial. Estamos conscientes, que tal vez, el modelo no cubra todas las *seguridades* que anhelamos y que aun tenemos como remolas de un pasado formalista, sin embargo, una fundamentación racional en el uso del modelo argumentativo es lo que nos puede permitir conciliar ambos mundos, tan seriamente enfrentados en el nuevo modelo constitucional.

b) El Principio de Proporcionalidad es el mandato de la Ponderación

En principio de Proporcionalidad es quizá el mas importante principio del derecho constitucional material, y surge de su implicación con el carácter de los principios y como parte de la diferenciación que hemos narrado entre estos y las reglas, ya que los principios, como también lo hemos visto, exigen la máxima realización posible. Carbonell (2008, p. 10), afirma, que “el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos”, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado porque siempre tendrá al frente un derecho de igual jerarquía que exige, como dijimos, la

misma realización del otro, entonces , para él, lo que interesa es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. Entonces, para Carbonell, (2008)

el principio de proporcionalidad, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (Carbonell, 2008, p. 10)

El principio de proporcionalidad, tiene tres sub principios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, ya hemos dicho, que según esta teoría de la fundamentación, los principios son *mandatos de optimización* con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, es un mandato de optimización relativa a las posibilidades jurídicas ya, que “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio contrapuesto” (Alexy 2007, p. 92), por lo que para llegar a una decisión es indispensable llevar a cabo una ponderación en el sentido de la *ley de la colisión* que hemos expuesto. En cambio, nos enseña Alexy, que los sub-principios de *necesidad* y *de idoneidad* derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, y determina que, un *fin no puede alcanzarse de otra manera que afecte menos al individuo*, y lo explica a partir de un ejemplo simple donde solo están en juego dos sujetos, el Estado que persigue un fin (F) con el principio P1, a través de dos medios igualmente idóneos (M1 y M2), y el ciudadano con el principio P2. Para el Estado le da mismo elegir entre cualquiera de los medios idóneos, pero no así para el ciudadano, ya que P2 exige una optimización tanto en relación con las posibilidades fácticas como en relación con las posibilidades

jurídicas, de allí que pueda darse el caso, que P2 satisfaga meas las posibilidades fácticas si se elige M2 y no M1, pero si los presupuestos de validez de P1 y P2 solo admiten elegir M2, no puede optarse por M1, el cual, en lo concierne a la optimización de P2 estaría prohibido, de lo que sigue que, la posibilidad de elegir entre una de las dos alternativas no depende de las posibilidades fácticas, como dice Alexy, no es un asunto que tenga que ver con el sub-principio de necesidad sino algo relativo a las posibilidades jurídicas, es decir a la ponderación entre P1 y P2 (proporcionalidad en sentido estricto).

Duque (2013, p. 64), nos ilustra muy bien el principio de proporcionalidad y sus respectivos sub principios de necesidad e idoneidad con el ejemplo relativo al artículo 52 de la Constitución que consagra que: “Toda persona tiene el derecho de asociarse con fines lícitos de conformidad con la ley. El estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho”. Esto podría plantear según Duque, una duda, ¿el derecho de asociación de las personas implica también el derecho de no ser obligado a asociarse? Todo ello con el fin de determinar si son constitucionales las disposiciones legales que imponen, por ejemplo, la obligatoriedad de los comerciantes de registrar sus sociedades de comercio en un registro especial y de pagar al tesoro nacional un impuesto para constituir una de estas sociedades. Luego de varias opciones interpretativas que construye, Duque concluye que , “*el derecho de asociación implica también el derecho de no asociarse*”, por lo que a su consideración, esta vendría a ser una norma constitucional adscrita a la norma constitucional primaria del derecho de asociarse, pero, continua, ¿Quiere decir, que también por regla general, las leyes no pueden disponer la asociación obligatoria?. ¿Son inconstitucionales las leyes que en determinados casos imponga la obligación de asociarse? ¿hasta dónde la ley puede intervenir para restringir ese derecho de no asociación o derecho negativo de asociación?. Para resolver estas dudas, y haciendo uso del principio de la proporcionalidad, afirma que se requiere precisar el contenido del derecho fundamental para luego valorar la proporcionalidad de las restricciones a su ejercicio, y la clave es *la ponderación de la proporcionalidad de la intervención del legislador* en el contenido de derecho de asociación como derecho fundamental,

de manera tal que, si priva el primer acto interpretativo de la no obligatoriedad de la asociación, la norma legal actualizada del derecho de asociación es inconstitucional, si, por el contrario, *razonablemente*, el legislador puede intervenir en este derecho para establecer el deber de asociación, la ley es constitucional. Pero, para llegar allí, explica Duque, es necesario hacer el test de la idoneidad y de la necesidad de la medida; en el primero de ellos, resultaría pertinente preguntarse, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, es decir, ¿si la finalidad de la regulación o de la intervención es constitucionalmente legítima, y si es apta para alcanzarlo o para favorecer su consecución? Por eso afirma, la legitimidad de la finalidad debe encontrarse en otras disposiciones constitucionales, por ejemplo, en los fines de interés público que se persigan o de la dificultad o de la imposibilidad de obtenerlos sin la obligatoriedad de la asociación. En relación con *el examen de la necesidad de la intervención o imposición*, sigue Duque, puede preguntarse, ¿si los objetivos perseguidos con la imposición de obligaciones en el derecho fundamental se habrían podido alcanzar con la adopción de medidas más benignas a este derecho?, y abunda, “esto no es otra cuestión que la valoración de ¿si el legislador disponía de otras medidas alternativas idóneas para obtener su finalidad, menos gravosas que la de eliminar el contenido del derecho negativo de no asociación?. El criterio de la existencia de otras restricciones más benignas es clave para sostener la inconstitucionalidad de una ley que realmente resulte eliminatoria del derecho mismo, de allí, que si no supera la ley el examen de la necesidad, entonces, el acto interpretativo concluye que el deber impuesto es inconstitucional porque elimina el derecho mismo de la libertad negativa de asociación.

El principio de la proporcionalidad se encuentra estrechamente vinculado con el contenido esencial de los derechos fundamentales porque permite determinar cual es la esfera de intervención permitida, en el entendido que, ni el legislador ni el juez pueden invadir el núcleo esencial de esos derechos⁴², lo que implica que todo acto interpretativo, en los casos de aplicación de la ponderación, debe examinar

42

previamente el contenido del derecho o derechos en conflicto, para luego discriminar, la esfera de intervención legítima.⁴³ En ese sentido, le corresponde al juez

encontrar el justo equilibrio entre la necesidad que existan reglas claras y preconstituidas que otorguen certeza al desenvolvimiento del proceso constitucional, y la exigencia igualmente trascendente de no encontrarse inmovilizados a efecto de usufructuar positivamente la natural elasticidad de sus categorías procesales y estar en condiciones de consolidar su propia política jurisprudencial (Astudillo, 2008 p. 73).

4 EL PERFIL DEL JUEZ LEGÍTIMO

El nuevo rol que le impone la Constitución al Juez le hace acreedor de mayores exigencias y de una mayor responsabilidad, tanto propia como del Estado en la debida conformación de sus capacidades profesionales y de la estructuración de una nueva mentalidad que se adapte al perfil constitucional. Las capacidades del juez tendientes a materializar el Estado Social de Derecho y de Justicia surgen indispensables en la elaboración de una nueva legitimidad que le permita al justiciable un debido acceso a la justicia en los términos que lo exige el texto constitucional.

Debe suponerse que quienes tienen atribuida la facultad de juzgar deben tener conocimientos especiales sobre las materias que juzgan, pero no sólo esa especialidad que le atribuye la condición adquirida en una universidad que le confiera un cuarto nivel de preparación académica, sino la especialidad misma que le confiere su delicada misión y que le atribuye la condición de especialista en el arte de juzgar, ya no solo desde los postulados legales, sino desde una realidad social que se impone por exigencia constitucional. Ello impone la formación de un juez para la defensa y garantía de los derechos humanos, lo que exige la conformación de un juez

⁴³ Para abundar al respecto, ver en Casal (2010).

crítico y cuestionador formado bajo los postulados propios de la pedagogía crítica problematizadora⁴⁴ propia de la educación en derechos humanos. Ello impone ciertas precisiones.

4.1 El Juez Profesional de los Derechos Humanos

El juez profesional del que habla el artículo 255 Constitucional, es el juez constitucional, profesional en Derechos Humanos. En efecto, el referido artículo dispone que:

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborará en este propósito, organizando en los estudios universitarios de derecho la especialización judicial correspondiente.

El mismo artículo consagra la carrera judicial como mecanismo idóneo que asegure la idoneidad y excelencia de los o las participantes, cuyo ingreso y ascenso debe hacerse por concursos de oposición.

Nuestra Constitución no sólo consagra esa exigencia como un requisito para el ejercicio de la magistratura sino que la convierte en una garantía procesal básica incluyéndola dentro de las garantías establecidas para el acceso a la justicia en el artículo 26, al disponer, que el Estado garantizará entre otras condiciones la de una justicia idónea. Esa condición emana de la exigencia misma de la garantía

⁴⁴ Al respecto profundizar en: Ferrada, D. (2001). *Curriculum Crítico Comunicativo*, Colección Apertura. España: Editorial El Rouge, ; Giroux, H.: *Teorías de la reproducción y la resistencia en la nueva sociología de la educación: un análisis crítico*. Cuadernos Políticos, ERA, Julio diciembre, n.44. México. p.56. Giroux, H. *Los profesores como intelectuales*; Hacia una pedagogía crítica del aprendizaje. Barcelona, Paidós. Juance, A: *La Pedagogía de los Derechos Humanos*. Trabajo presentado en el Seminario Internacional “Educar en Derechos Humanos y Democracia para recuperar la alegría”. 15o aniversario del IPEDEHP, Lima, Perú, Mayo 2001. Kemmis, S. *El Currículum: más allá de la teoría de la reproducción*. Ed. Morata. Madrid, España. pp.86-88-106-112-113. Magendzo, A., y Donoso, Patricio (1992). *Diseño Curricular Problematizador*. Santiago, Chile: PIIE. A. Magendzo, “Apuntes para una nueva práctica”. CNRR – PIIE, pp. 178- 179. Magendzo, A. “Para recrear la cultura escolar”, CNRR – PIIE, pp.76 – 77. Magendzo, Abraham; Rodas, T.; Dueñas, C. *Educación Formal y Derechos Humanos en América Latina: Una visión de conjunto*. Biblioteca Básica Derechos Humanos. República de Colombia. Bogotá: Consejería presidencial para los derechos humanos. Magendzo A: *Educación en Derechos Humanos. Apuntes para una nueva práctica*. Santiago de Chile: PIIE. Magendzo, A.: *Curriculum, Educación para la Democracia en la Modernidad*. Bogotá: PIIE, Instituto para el Desarrollo de la Democracia. Magendzo, A. *La Educación en Derechos Humanos en América Latina: una mirada de fin de siglo*. En: *Experiencias de Educación en Derechos Humanos en América Latina*. Roberto Cuéllar, editor. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

del juez natural como elemento de existencia del debido proceso. El artículo 49 Constitucional, dispone al respecto que:

el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (...) 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

La garantía del Juez natural es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) y por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el primero de los cuales dispone que, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley”.

Este artículo es denominado por la Convención Americana, "Garantías Judiciales", y consagra el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. (Opinión consultiva OC-9/87)

El desarrollo jurisprudencial de esta garantía en nuestro país ha formulado ciertas precisiones de interés, pues al discriminar los requisitos para la existencia del juez natural pone especial énfasis en la consideración del juez idóneo, es decir, que la efectividad del postulado del juez natural tiende a ampliarse con mayor exigencia interpretativa respecto del perfil de la persona que ejerce la magistratura, no conformándose con la exigencia de su independencia, imparcialidad y competencia, ni de los requisitos de preexistencia e identificación, sino que discrimina la idoneidad para juzgar como un requisito más de esta garantía.

En sentencia de la Sala Constitucional del 24 de marzo de 2000, el Tribunal Supremo de Justicia, consideró que el juez natural, debe **ser un juez idóneo**, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar.(Sentencia SC 144/2000).

Ya hemos indicado, que el juez legítimo es el juez garantía, el juez constitucional, por eso, creemos que la expresión con la que se identifica el *juez idóneo* como *el juez especialista en el arte de juzgar*, debería tener mayores especificidades en ese sentido, ya que, el verdadero arte de juzgar implica la adecuación de conocimientos teóricos y técnicas jurídicas e interpretativas a la

construcción del estado social de derecho y de justicia, lo que implica a su vez, que el arte de juzgar sería precisamente el arte de proteger y garantizar los derechos consagrados en la Constitución, independientemente que los conocimientos sobre materias específicas de la competencia de cada juez en las distintas áreas del derecho puedan contribuir a ese cometido.

En consecuencia, creemos que la profesionalización del juez en materia de derechos humanos, es lo que lo hace idóneo y legítimo para el nuevo Estado. A ello parecen estar dirigidas las nuevas exigencias que en orden al perfil del juez se han consagrado en distintos instrumentos normativos, tanto a nivel interno, como internacional.

Así tenemos que, el Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, hace especial énfasis en el deber del juez en la protección de los derechos humanos, así como, en la consolidación de los valores republicanos del nuevo estado, imponiendo al juez un deber especial para el efectivo disfrute de las garantías sociales y al suprema felicidad del pueblo. El artículo 6 del referido texto normativo dispone que:

En el ejercicio de sus funciones, el juez y la jueza garantizarán a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, así como su respeto y garantías consagrados en la Constitución de la República y en el ordenamiento jurídico.

Así mismo, el artículo 7 dispone,

El juez y la jueza como integrantes del Sistema de Justicia tienen un compromiso permanente e irrenunciable con la sociedad democrática, participativa y protagónica, justa, multiétnica y pluricultural de la República Bolivariana de Venezuela; así como con el goce, ejercicio y promoción de los derechos humanos y los principios fundamentales consagrados en la Constitución de la República, que aseguren el disfrute de las garantías sociales y la suprema felicidad del pueblo. En consecuencia, es agente de la y para la transformación social y debe actuar conforme a esos valores y principios, para hacer valer el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En el mismo sentido, en la exposición de motivos del Estatuto del juez Iberoamericano (2001), los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, centraron las nuevas exigencias en orden al nuevo protagonismo del juez, en la necesidad que el juez, “responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades”, para lo cual, consideran determinante “poner la justicia en manos de jueces de clara idoneidad técnica, profesional y ética, de quienes dependen en ultimo término, la calidad de la justicia” y manda a atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables en la resolución de los conflictos que lleguen al conocimiento del juez sin menoscabo del estricto respeto a la legislación vigente teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos (artículo 43).

Por su parte, Los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial, (2001)⁴⁵, considera la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial, y especifica que ese énfasis se hace “por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia”, imponiéndole al juez la obligación de “mantenerse informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos” (artículo 6.6)⁴⁶.

En los primeros intentos de este trabajo para plantear la legitimidad del juez

⁴⁵ Los principios de Bangalore sobre Conducta Judicial “ ... pretenden establecer estándares para la conducta ética de los jueces. Están formulados para servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la conducta judicial. Asimismo, pretenden ayudar a que los miembros del ejecutivo y el legislativo, los abogados y el público en general puedan comprender y apoyar mejor a la judicatura. Estos principios presuponen que los jueces son responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes establecidas para mantener los estándares judiciales, que dichas instituciones son independientes e imparciales y que tienen como objetivo complementar y no derogar las normas legales y de conducta existentes que vinculan a los jueces”. (2001).

⁴⁶ En el mismo sentido ver en Proyecto de Declaración sobre la Independencia de la Justicia. *Declaración de Singh vi*, en Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, abogados y Fiscales (2005).

indicamos que ello debía responder a una búsqueda, a una formación y a un control, y aunque el objetivo de este trabajo no nos permite profundizar sobre esos temas, debemos indicar que la capacitación del juez y del aspirante debe ser una estrategia que involucre una política de Estado con las que el juez pueda fortalecer su legitimidad. Hasta ahora la formación de los jueces ha estado circunscrita a una formación propia en la medida de las posibilidades y del interés puesto por cada uno de ellos, en su mayoría mediante cursos de corte academicista, con enseñanzas de pre-grado que en nada coadyuvan a la formación del nuevo juez.

Los pocos esfuerzos que hemos observado en tal sentido, especialmente de parte de la Escuela de la Magistratura, no responden a una estrategia especialmente diseñada para la formación del juez, sino que resultan esporádicos y desprovistos del seguimiento y la cohesión necesaria para que produzcan resultados efectivos en el tiempo. De allí, que sea necesario el diseño de una estrategia en la formación del juez que le permita crear en el sistema una nueva cultura judicial, en especial, que *empodere* al juez, que lo fortalezca institucionalmente para la protección y defensa de los derechos humanos mediante la incorporación de nuevas técnicas interpretativas y de habilidades en el manejo de la experiencia y la empatía social, desde una perspectiva humanista y garantista, para lo cual creemos que resulta indispensable el diseño de un currículo que centre sus enseñanzas desde una perspectiva axiológica y práctica, en las que la ética, la argumentación crítica, la técnica judicial y los conocimientos jurisprudenciales sean la prioridad de sus cátedras.

Se requiere la formación de un juez protagónico, con una visión progresista y reformadora con facultades para innovar y crear soluciones modernizadoras orientadas a la consagración de los valores fundamentales de la justicia. Ya decía Sentís Melendo, que tener “una buena magistratura es mucho más que un buen juez o unos buenos jueces; se necesita un cuerpo orgánico y coordinado, integrado por jueces independientes y responsables” (Berizonce, 1999, p. 286), lo que impone el deber del Estado en la debida cohesión de ese cuerpo, dotando al juez de todas las herramientas necesarias para que trascienda el ámbito netamente formal de sus

decisiones y haga que las mismas den las respuestas de orden social a que aspira la Constitución, de lo que en definitiva dependerá su verdadera legitimidad.

4.2 El Juez Servidor Público

La Constitución enfrenta dos formas de ver la justicia, como poder y como sistema de justicia. El Capítulo III del Título V, relativo a la Administración de Justicia, contiene en esencia esa doble visión: “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia “. Ello implica en primer lugar, que la justicia como organización alude a la existencia de un Poder, el Poder Judicial que se encuentra encarnado en el Tribunal Supremo de Justicia y en los distintos juzgados o tribunales, los cuales ejercen la potestad jurisdiccional. Esta dimensión se encuentra estrechamente vinculada con el principio de separación de poderes, y de ella emana la esencia misma de la actividad del juez que debe desarrollarse con total independencia y autonomía del resto de esos poderes y con conciencia de las dimensiones y la trascendencia de las funciones que le ha otorgado la ley.

Ahora bien, esta dimensión, a pesar que se ha tratado de minimizar por muchos de los que interpretan el nuevo sistema, no puede dejar de verse totalmente integrada y actuando en paralelo con una visión de la justicia como servicio público. En efecto, el Estado Social de derecho y de Justicia ha dirigido su periscopio directamente sobre el ciudadano y sus necesidades, por lo que es el ciudadano y no al juez el centro de atención del nuevo sistema. De esta manera, “la independencia judicial y todo otro esquema tradicional, adquiere un carácter instrumental para lograr una buena justicia, que no es más que aquella que aparte de ser eficiente y efectiva, sea transparente frente al ciudadano”.(Mora, 2001).

Sin embargo, la importancia que se le ha dado a la efectividad en este sistema propiciando la resolución masiva de asuntos, y alejando al juez del justiciable evitando su distracción en otros asuntos que no sea la resolución de las causas ha empezado a marcar ciertas alertas sobre el manejo de los conceptos de servicio y

poder. En efecto, el nuevo sistema permite percibir al juez como un simple asalariado lo cual conspira en contra del verdadero sentido de la autoridad que debe emanar de él, tanto frente al justiciable como frente al resto de los funcionarios del sistema. En este sentido, Ligia Bolívar considera que,

existe una tendencia sugerida por instituciones tales como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, según el cual existe el riesgo de reducir la justicia a un servicio y quitarle lo que ha sido hasta el momento su característica más importante, que es el hecho de que proviene de un poder independiente y autónomo del Estado. En tal sentido, y aunque tengamos un Poder Judicial, se ha empezado a extender la tendencia de utilizar un lenguaje mercantilista a partir del cual se ve a la justicia como un servicio, ya que quien la necesita es un cliente o un consumidor y no un sujeto de derechos. (Bolívar, 2000)

Las falsas concepciones sobre la igualdad han venido despojando al juez de la majestad necesaria que emana de su cargo, siendo que a nuestra consideración, ambos conceptos servicio y poder deben ser complementarios, sin que uno pueda sustituir radicalmente al otro. Lo que importa es que el juez asuma el concepto de servicio desde una postura garantista, ya que la concepción del juez como servidor público se encuentra estrechamente vinculada con la nueva concepción del proceso que impone el texto constitucional, (Artículo 257 CRBV) dirigido a “ ser un instrumento para la realización de la justicia, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles”, lo cual implica que el juez debe conducir el proceso de manera tal que sea efectivo y eficaz al ciudadano, al usuario, al justiciable, para ello debe adecuar el proceso a los principios constitucionales de celeridad, inmediatez, gratuidad, economía, intermediación, publicidad entre otros.⁴⁷

⁴⁷ En tal sentido la sentencia de SC 708/ 2001: “Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo

Esta nueva concepción del proceso a partir de su efectividad para la realización del fin supremo de la justicia ha implicado dos cambios importantes en la forma como se ejerce la función jurisdiccional, ambos destinados a lograr ese objetivo, lo que ha implicado para el juez la asunción de nuevos paradigmas en el ejercicio de sus funciones otrora concebidas bajo la simbología propia del poder, y la formalidad del proceso.

Todos estos cambios, como lo veremos mas adelante, imponen al juez una nueva mentalidad que no puede esperar de la sustitución generacional o abrupta de los jueces, sino que impone la incorporación de todos los jueces en los nuevos esquemas que le permitan hacer de la justicia que administra una justicia más ágil, eficiente y accesible, que inspire confianza y que contribuya al desarrollo democrático del país. En este sentido, el juez debe incorporarse en forma proactiva procurando el éxito del nuevo sistema, ya que como lo decía el Dr. Luis Paulino Mora Mora, en su oportunidad, Presidente de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica,

el juez casuístico, miope ante la realidad, encerrado en su despacho, renuente al cambio, es si se quiere el obstáculo más grande que puede enfrentar un sistema judicial que busca ser receptivo y eficiente frente a grandes volúmenes de demanda.

En efecto, el nuevo sistema ha implicado cambios importantes en la concepción del sistema organizacional sobre el que discurre la actuación jurisdiccional, lo que ha devenido en una nueva visión sobre la forma en que se administra la justicia por el juez, que se ha visto compelido a incorporar a su

consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.”

quehacer cotidiano, y como parte de ese proceso dirigido a hacer efectiva la justicia conceptos de la gerencia y de la administración privada que imponen una nueva cultura organizacional dentro del sistema dirigida a la calidad del servicio y la efectividad y transparencia en la gestión.

Esto ha implicado que el juez haya perdido control sobre la mayor parte de las estructuras administrativas sobre las que se centraba el ejercicio del poder jurisdiccional, tales como, administración de recursos y administración de personal, limitándolo a aspectos esencialmente jurisdiccionales, esto, es a la administración de los procesos y la resolución de las controversias.

Así mismo, exige una mayor participación del Estado en la dotación de las estructuras necesarias que le permitan enfrentar los graves problemas que antes enfrentaba con muchas dificultades el juez, los problemas de congestionamiento procesal, los de acceso a la justicia, e incluso le ha permitido al Estado tener una mayor participación en aspectos relativos a la fiscalización, control y evaluación judiciales. La incorporación de funcionarios administrativos en actividades y estructuras organizacionales sobre las que el juez no puede tener ninguna incidencia pero que afectan considerablemente la forma en que se presta el servicio, nos permite colegir que el servicio de justicia ya no depende del juez sino del Sistema, en el que se encuentran incorporados como operadores tanto los funcionarios judiciales, como los abogados (ver artículo 253 CRBV).

El concepto tradicional de los despachos judiciales ha dado lugar a una nueva forma de operatividad de la justicia a través de los circuitos judiciales por medio de los cuales se pretende maximizar los recursos que antes se manejaban en forma aislada y a los que se han incorporado facilidades informáticas que han permitido una mayor agilidad en los procesos. Todas las áreas que implican un contacto directo con el usuario del sistema se han visto fortalecidas, de esta manera se han centralizado todo tipo de actividades de carácter administrativo, el servicio de recepción de documentos, de notificaciones, y de archivo, así como, el servicio de fotocopiado; se establece un sistema de redes electrónicas que comunican todo el sistema y que permiten controlar paso a paso la ubicación y estado de los expedientes

y que facilita el control estadístico de la actividad jurisdiccional.

La nueva estructura facilita un mayor diagnóstico y control de esa actividad, lo que a su vez redundará en mayores facilidades para procurar políticas públicas destinadas a fortalecerla, y controlar con mayor eficacia y objetividad la disciplina judicial, la que en última instancia viene a fortalecer el valor de contrapeso del poder que ejerce el juez: la responsabilidad y la rendición de cuentas.

Así mismo, la concepción de la actividad jurisdiccional como un servicio ha implicado que la justicia se informalice en función de sus objetivos materiales, y que se haya considerado al proceso oral como el proceso en el que se puede acercar con mayor efectividad la justicia al usuario del servicio, y que la publicidad que el mismo implica pueda redundar en una mayor contraloría social del sistema.

El artículo 257 constituye un mandato constitucional en tal sentido e impone al legislador el diseño de leyes orientadas a la oralidad y a la simplificación de los procesos, la adopción de un procedimiento breve, oral y público, y que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, lo que ha venido haciendo el legislador en diversos instrumentos normativos que le han permitido al juez hacer realidad el postulado constitucional, a la par que amplísima jurisprudencia da cuenta que el principio de informalidad⁴⁸ del proceso se hace una realidad diaria en nuestros tribunales.

Los procesos escritos se han visto signados por el retardo e impregnados de formalismos inútiles, de allí que la oralidad surja como una garantía más para el ciudadano que le permita el acceso efectivo a una justicia más expedita y transparente. Se ha dicho que los “procesos orales resultan ser más eficientes que el escrito, en la medida en que aseguran la intermediación, y por tanto, el ideal de contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales entre sí, y con los medios de prueba, en que se basa el debate y la decisión del tribunal” (De Hegedus 2002, p 41); otros

⁴⁸ Con relación a ello, nuestra Sala Constitucional, en el precitado fallo de fecha 10/05/2001, expresó: “En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura”.

autores lo consideran como un instrumento que sirve para el desarrollo efectivo de los principios de inmediación, concentración, brevedad y publicidad (Petit , 2004).

Muchos otros consideran que la oralidad no es la gran panacea y que ya reporta serias trabas en la concreción de la efectividad a la que se aspira, sin embargo, no le corresponde al juez salvar esos abismos, los que quedan circunscritos a la competencia del ejecutivo en la dotación de mayores recursos tanto financieros como tecnológicos, así como la creación de mayor cantidad de tribunales que le permita acometer al juez la tarea de hacer justicia efectiva con mayor holgura y sin los colapsos –que ya se ven- de la otrora justicia escrita .

4.3 Condiciones Especiales Del Nuevo Juez

Las condiciones especiales que debe tener la persona llamada a administrar justicia en los términos que hemos venido tratando trasciende la connotación netamente profesional de la función y se enraíza dentro de ciertas condiciones actitudinales y predisposición a la acción social que le permita tener el sentido ya no solo de la juridicidad en los términos de Calamandrei o Carnelutti, sino de la nueva juridicidad social en los términos constitucionales.

Es así, que el nuevo perfil del juez, que le permita concretar las garantías constitucionales a través de un proceso justo no se circunscribe a tener los conocimientos teóricos y habilidades técnicas que le permitan dictar una sentencia en derecho, sino que va mucho más allá, debe ser un sujeto capaz de percibir y sentir lo que su entorno manifiesta. Entre esas características hemos considerado de relevancia las siguientes:

- 1.- El Juez debe tener la capacidad de sentir e internalizar la realidad de las demás personas para que sus decisiones disminuyan la brecha que impone la discriminación, focalizando su atención hacia aquellos grupos sociales en

condiciones desventajosas para la concreción de sus derechos, tales como, los niños y niñas, los indígenas, los migrantes, los discapacitados, los indefensos, entre otros, no para otorgarles o reconocerles derechos a ultranza, sino para mejorar su calidad de vida proporcionándoles la oportunidad de equilibrar su situación de mayor desventaja social.⁴⁹

2.- El juez debe estar consiente de la realidad en la que vive, de que cada caso trae consigo una carga vivencial que es distinta a la de otro y por lo tanto, no puede darse una decisión justa si no se percibe a lo interno cómo es que se configura el efectivo goce, ejercicio y exigencia de lo que en teoría se establece en materia de derechos humanos. Ubicarse en la vida cotidiana, en la realidad propia del ciudadano y comprender que su trabajo esencial es la transformación de esa realidad bajo postulados éticos dirigidos a la protección de los DDHH.

4.- El juez es responsable de una interpretación creativa que le permita dar vida al texto constitucional escudriñando su verdadero sentido desde la óptica de una realidad actual y dentro del contexto del conjunto normativo vigente. Debe interpretar la ley a partir de las necesidades de las personas y desde una postura humanista y solidaria propender a viabilizar la convivencia entre los ciudadanos estableciendo en sus sentencias formulas renovadas que permitan el reconocimiento de los derechos de unos y otros mediante argumentos en los que se afiancen los valores del respeto, la tolerancia, la solidaridad y la paz.

6.- El juez debe tener una amplia capacidad para auto-renovarse y asumir posturas críticas frente a su misma realidad, interrogarse sobre sus prácticas y permitir la elaboración de argumentos que le permitan adaptar la ley a la realidad concreta que le corresponde analizar.

⁴⁹ “tratar con desigualdad lo que de partida tiene una situación desigual” sentencia SC. No. 85/2002.

7.- Los esfuerzos del juez deben estar dirigidos a reforzar con sus sentencias una cultura democrática, y desde una perspectiva pedagógica “empoderar” al ciudadano como sujeto de derechos, por manera de afirmar sus capacidades en la defensa de los derechos propios y de los derechos de los demás. La construcción de habilidades argumentativas, de un pensamiento autónomo y reflexivo, la disposición a la crítica y al diálogo, propiciar los acuerdos concertados entre las partes mediante el uso de la mediación y la conciliación, todos constituyen factores esenciales sobre los que se debe hacer hincapié en procura de un contexto favorecedor a esa cultura democrática.

8.- Debe estar consciente que es un modelo a seguir y que por tanto, sus actitudes personales en su medio de relaciones tanto personales como laborales deben contribuir a crear la nueva cultura democrática del sistema.

10.- Debe tener una adecuada capacitación en la adquisición de destrezas que le permitan liderar los cambios y transmitir la necesidad de una toma de conciencia sobre la importancia de los derechos humanos para la humanidad. A través de sus sentencias, el juez debe propiciar la formación de una moral y una conciencia capaz de transformar la sociedad para hacerla más justa y solidaria.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

1. El estado Social de derecho de nuestra Constitución ha generado nuevos paradigmas que inciden directamente sobre la legitimidad del juez: a) La primacía normativa de la Constitución se impone a la ley, se deja de lado al juez como simple aplicador de la norma y se propugna la creación de la ley por el juez como parte de una realidad concreta determinada por la fuerza de valores democráticos que se imponen desde la misma constitución y a partir de una realidad social que no le puede ser ajena. b) Se asiste también a un quiebre de la legalidad permitiendo al juez sustraerse de los principios de certeza y estricta legalidad a la que confiaba sus ejecutorias para imponerle en esencia y fundamentalmente su condición de intérprete de la Constitución y sus designios que lo enfrenta a sus esquemas propios de coherencia y de independencia ya formados, c) Por otra parte, nuevos sistemas de gestión judicial surgidos en la búsqueda de un efectivo acceso de los justiciables y como mecanismo de descongestión judicial le imponen al juez nuevos valores que lo desplazan del centro del sistema para hacerlo girar alrededor del ciudadano, que se erige en el objetivo central del servicio.
2. La nueva legitimidad del Juez se construye a partir de la base de la constitucionalización de todo el sistema normativo y se sustenta en el derecho de los pueblos a una democracia por los límites que ésta impone al ejercicio del poder. En ese sentido, el valor normativo de la constitución y la prevalencia de su sistema axiológico se erigen en criterios de validez y de legitimidad del ejercicio del poder y del ordenamiento jurídico.
3. La prevalencia del sistema axiológico de la constitución, lo que exige que el juez se desprenda de elementos ritualistas, del lenguaje oscuro y evasivo, de la apelación constante a la seguridad jurídica, a la neutralidad, a la objetividad y al énfasis en las cuestiones procesales, de la pasión por el rigor jurídico, a la

preferencia por las interpretaciones literales, por el uso del lenguaje enfático. Pero esa prioridad por lo valorativo y su desmarcaje con el ritualismo formal, no implica que todo formalismo puede ser rechazado por el nuevo juez, ya que, quiérase o no, el derecho es ante todo un fenómeno de autoridad, y siendo el juez un integrador, debe hacer uso de todas las herramientas jurídicas a su alcance para satisfacer una decisión justa. En esta nueva concepción, la interpretación del juez como sujeto integrador de esas dimensiones del derecho, cobra especial importancia a los fines que a través de ella se logren articular las necesidades prácticas de una realidad concreta, con los fines y valores perseguidos por el constituyente, lo que implica integrar el derecho en un todo.

4. Las exigencias de sensibilidad social que impone el texto constitucional por los más débiles, pobres y desposeídos, sólo constituye una herramienta de interpretación que lo puede acercar más a la justicia material a la que aspira el texto constitucional pero que no lo habilita a desconocer el ordenamiento jurídico, ni otros derechos que se consideren enfrentados en cada caso en particular, sino que esa exigencia debe ser examinada por el juez dentro de un contexto favorecedor de los Derechos Humanos desde una perspectiva integradora y progresista.
5. La nueva legitimidad del juez estriba precisamente en saberse mover entre ambas posturas sin desconocer la importancia que una o otra tengan para un caso concreto; lo importante es que el juez no caiga en la tentación de ser excesivamente formal, o convertirse en un activista o progresista influido por factores ajenos muchas veces al derecho mismo, ya que, no debemos olvidar, el nuevo constitucionalismo obliga al juez a actuar frente a un derecho, si bien dúctil, no desprovisto de límites
6. La sociedad juega un papel protagónico en el proceso de decisión del juez lo que le impone una nueva estructura argumentativa que permite ese diálogo con la sociedad al que aspira la Constitución para que la legitimidad del juez se encuentre verdaderamente encarnada en la soberanía del pueblo. Sin embargo, la defensa a ultranza de postulados de orden social sin que ello se enmarque dentro

de una interpretación integral surgida del consenso social vertido en la Constitución y la ley, no sólo resquebraja toda estructura argumentativa válida y lesiona intereses de orden público dirigidos a la salvaguarda del bien común y la paz social, sino que debilita la consistencia democrática del Estado.

7. El juez constitucional, en su misión de darle concreción a los valores constitucionales esta legitimado para darle operatividad a los derechos Económicos, sociales y culturales, de lo contrario, resultaría nugatoria la especial protección que nuestra carta magna les confiere. Estamos conscientes de los serios tropiezos que la jurisdicción enfrenta cuando acomete esa tarea, sin embargo, el sentido propósito y razón del estado social de derecho es precisamente que esos derechos puedan materializarse de forma efectiva.
8. Los valores constitucionales que adquieren concreción en la medida que el juez sea capaz de traducirlos a través de una interpretación garantista de los derechos humanos, de allí, que si todo el ordenamiento jurídico gira en torno a la defensa y garantía de esos derechos y es el juez el funcionario llamado a darle concreción y vigencia, entonces, la profesionalización de la que habla el texto constitucional en el artículo 255, es la profesionalización del juez en derechos humanos, por lo que su formación para la legitimidad debe estar dirigida a la adquisición de conocimientos teóricos, técnicos y prácticos en esa materia.
9. Surge necesario el diseño de una estrategia en la formación del juez que le permita crear en el sistema una nueva cultura judicial, en especial, que *empodere* al juez, que lo fortalezca institucionalmente para la protección y defensa de los derechos humanos mediante la incorporación de nuevas técnicas interpretativas y de habilidades en el manejo de la experiencia y la empatía social, desde una perspectiva humanista y garantista, para lo cual resulta indispensable el diseño de un currículo que centre sus enseñanzas desde una perspectiva axiológica y práctica, en las que la ética, la argumentación crítica, la técnica judicial y los conocimientos jurisprudenciales sean la prioridad de sus cátedras. De allí, que se requiera la formación de un juez protagónico, con una visión progresista y reformadora con facultades para innovar y crear soluciones

modernizadoras orientadas a la consagración de los valores fundamentales de la justicia.

10. El Estado Social de derecho y de Justicia ha dirigido su periscopio directamente sobre el ciudadano y sus necesidades, por lo que es el ciudadano y no al juez el centro de atención del nuevo sistema.
11. El nuevo constitucionalismo incorpora a la tarea decisoria del juez, una diversidad de fuentes mucho más marcada que aquella dispuesta por el positivismo clásico, agregando a la dimensión propiamente reglada del derecho, la dimensión valorativa en la que se incluyen los principios y los valores. Estos conceptos, por ubicarse dentro de la moral, surgen indeterminados, y por no estar su contenido perfectamente positivizado incorporan un elemento de discrecionalidad y de impredecibilidad de la decisión, que a nuestro modo de ver, es lo que genera la necesidad de diseñar un método para la interpretación que garantice la objetividad de la decisión, que permita su adecuado control, que interdicte el abuso del poder y garantice la efectiva protección del individuo.
12. La mayor parte de las controversias surgidas en la interpretación constitucional debidas al conflicto entre sus fuentes se resuelven mediante el método de la ponderación, el cual no excluye el de la subsunción sino que se incorpora a la labor del juez en virtud de la especificidad de la nueva interpretación.

CAPITULO V

REFERENCIAS

- Aguiar, A. (2004). *La democracia en el Derecho Internacional de las Américas*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México. disponible en: www.observatoriodemocratico.org o en <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa3/66s.pdf>
- Aguiar, A. (2012). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Democracia 1987-2012*. Observatorio Iberoamericano de la democracia. Buenos Aires Caracas.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (2ª.ed.) Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Astudillo, C (2008) Doce Tesis en torno al derecho Procesal Constitucional. disponible en <http://es.scribd.com/doc/105154225/Doce-tesis-en-torno-al-Derecho-Procesal-Constitucional-Cesar-Astudillo>.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ayala, C. (2005). Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional. Disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21_Recepcion_de_la_Jur.pdf.
- Ayala, C. (2007). La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1*, ISSN 0718-0195. Universidad de Talca. Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_htm/1_a_ejecucion5_1-2007.pdf.
- Bachof, Otto. (1963). *Jueces y Constitución*. Madrid: Taurus.
- Best, J. (1982). *Cómo Investigar en Educación*. (9ª. ed). Madrid: Ediciones Morata.
- Berizonce R. (1999). *Derecho Procesal Civil Actual*. Argentina: Librería Editora Platense.
- Bolívar, L. (2000). *Justicia y Acceso. Los problemas y las soluciones*. Conferencia en el marco del XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (31 de Julio al 11 de Agosto de 2000) Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr5.pdf>.
- Briceño, L. (2012). *Derecho Administrativo y Separación de Poderes*. Caracas: Ediciones Paredes.

- Brewer-Carías, A (2012). Ponencia para el Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. *Revista de Derecho Político*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Bustillo, R. (2013) Control de Convencionalidad. La idea del Bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad. Recuperado, el 12 noviembre 2013 Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf
- Cabrera, R. (2012) *La Prueba Ilegítima por Inconstitucional*. Caracas: Ediciones Homero.
- Caller F. M. Congreso Internacional de Tributación. Perú. Disponible en <http://tribunal.mef.gob.pe/congreso/ponencias/1j/CALLER.pdf>, consultado el 30 de enero de 2011.
- Carbonell, M. (2008) El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Serie Justicia y derechos Humanos . Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y derechos humanos. (1a. ed.) Quito, Ecuador disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>.
- Carta Democrática Interamericana. Disponible en http://www.educadem.oas.org/documentos/dem_spa.pdf.
- Casal, J. (2010). Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. (1ª. ed.) Caracas: Editorial Legis.
- Casal, J. (2012). Los derechos Humanos y su protección. (4ª. ed.). Caracas: Publicaciones UCAB.
- Casal, J. (2013) *La garantía Constitucional de los Derechos Sociales*. III Congreso de Derecho Procesal Constitucional y I Congreso de Derecho Administrativo. La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como Garante de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución. Tomo I. Lito Formas: Caracas.
- Canova, A. (2000). Cinco Tesis y un Corolario sobre el Amparo contra Sentencias. *Revista de Derecho Administrativo* N° 9.
- Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, Gaceta Oficial no. 39.236 del 06 de agosto de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-7/86. disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama v. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005. consultada el 12 enero 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. Disponible en http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario_20aniversario/006.pdf.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia. Disponible en www.corteidh.or.cr.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987,
- De Hegedus, M. (2002). *Garantías del Principio de Economía en el proceso por audiencias*. XVIII Jornadas Iberoamericanas XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. En homenaje a la escuela procesalista uruguaya. Uruguay.
- De Roux, Ramírez. (2004). Derechos Económicos Sociales y Culturales, Economía y Democracia. *Serie Estudios y perspectivas*. Bogotá: Oficina Naciones Unidas. Recuperado el 3 septiembre de 2012. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/21307/lc2101.pdf>.
- Delgado, J. (1989): Diez Tesis sobre el Estado Social de Derecho. *Fronesis*. Instituto de Filosofía de la Universidad del Zulia. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/73/rucv_1989_73_167-173.pdf.
- Duque, R. (2013). *Técnica de Interpretación Constitucional*. Obra no publicada. Universidad Monte Ávila, Caracas, Venezuela.
- Escarra, C (2001). La justicia y los Poderes del Juez en la nueva Constitución. *Anuario de Derecho No 23- 2001 ISSN 0076-6550*. Recuperado el 23 de febrero de 2010, en www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/18281/1/articulo15-23.pdf.
- Estatuto del Juez Iberoamericano. (2001). IV Cumbre de Presidentes Iberoamericanos de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. Tenerife, España. Disponible en <http://www.poderjudicial.gob.hn/NR/rdonlyres/5445EC16-01C1-4AE6-BD0F-690A9753E4BB/4986/estatutodeljueziberoamericano.pdf> consulta del 3 de marzo de 2010.
- Estévez A. J. (1988) *La crisis del Estado de Derecho Liberal*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías*. La Ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política, n.º 17*. p.31-45. Recuperado el 3 septiembre de 2012, Disponible en <http://archive.org/details/FerrajoliLuigi-pasadoYFuturoDelEstadoDeDerecho>.
- Garapón, Antoine. (1997). *Juez y Democracia*. Un reflexión muy actual. (1ª. ed) Traducido del Francés por Manuel Escrivá de Romaní. Paris: Flor del Viento Ediciones.
- García De E, E. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

- García de E., E. (2000). *Democracia, Jueces y Control de la Administración* . (5º. ed. Ampliada). Madrid: Civitas.
- García P., M. (1985). El Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución Española. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial. p. 92-104. Extracto en línea recuperado el 25 julio 2012, disponible en http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/IV_Manuel_Garcia_Pelayo.pdf.
- García P., M. (1991a) El Estado social y sus implicaciones. *Obras Completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- García P., M (1991b). La división de poderes. *Obras Completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Guerra, R. Bien Común. La Maduración de Un Concepto . disponible en <http://arvo.net/etica-y-politica/bien-comun-la-maduracion-de-un-concepto/gmx-niv894-con16781.htm>
- Haba, E. (2001). *Normativismo y realismo como opciones del juez*. Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. TSJ. Serie Eventos No.3 Caracas.
- Ilis, A. (1988). *Técnicas de Investigación Bibliográfica* . (4ª. ed) Texas: Contexto Editores.
- Interpretación Judicial (2008). *Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*. (2ª. ed.) Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Colombia: Imprenta Nacional.
- La Rel Internacional. Homenaje a Paolo Freire a cinco años de su muerte. Publicación en línea. Disponible en <http://www.reluita.org/old/internacional/paulofreire.htm>.
- Lares M. Eloy. (1988) *Manual de Derecho Administrativo*. (11ª. ed.) *Publicaciones UCV*, Caracas.
- López, J. (2009). Concepto de Legitimidad en Perspectiva Histórica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. No. 18. ISS: 1138-9877. Universidad de Murcia. Recuperado el 15 septiembre de 2012. Disponible en <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewfile116/124>.
- López, A. (2002). Reseña de El Decisionismo” de Christian Graf Von Krockow. *Revista Signos Filosóficos*. No. 8, Julio-/Diciembre, p. 315-320, México: Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalaca. Recuperado el 20 de agosto de 2011. Publicación en línea disponible en: Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34300819>
- Los principios de Bangalore sobre Conducta Judicial. Disponible en <http://portal.sre.gob.mx/imr/pdf/BANGALOREpdf>.
- Maritain, J. (1947) La persona y el bien común, Desclée de Brouwer, p.p. 45-46. Disponible en <http://arvo.net/etica-y-politica/bien-comun-la-maduracion-de-un-concepto/gmx-niv894-con16781.htm>
- Massum, Ignacio. (2004) *Las ideologías en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Métodos.
- Mora, L. (2001) *Nuevos Enfoques para atender la Demanda de Justicia*. Conferencia Regional Banco Mundial. Ciudad de México, Mayo 10-12

2001. Recuperada el 8 de marzo de 2011, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_58.pdf.
- Martinez M., F (2009). Reseña de "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia" de ZAGREBELSKY, Gustavo. *Revista: Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 2009 XLII(124), disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715756018>.
- Mújica, R. (2001). *La Pedagogía de los Derechos Humanos: una pedagogía de la ternura*. Lima.
- Núñez N. Rosa (2007). *La participación ciudadana: Cambio paradigmático de la Constitución venezolana*. Cuestiones Políticas. no.39. p.75-96. Disponible en la World Wide Web: http://www2.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-14062007000200004&lng=es&nrm=iso. ISSN 0798-1406.
- Ortiz, O. R. (2002). *Jurisprudencia de los Valores*. Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro Homenaje a Humberto Cuenca. Colección Libros Homenaje no. 6. Caracas
- Peraza, A.(2005). *Poder Judicial, Ética, Derechos Humanos. Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*. Ponencia presentada en las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar. (1ª. ed.) Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.
- Pérez, M. (2005). *Los derechos humanos en la definición de la política democrática*. Caracas: Universidad Metropolitana.
- Peña, S. (2009). *Las Fuentes del Derecho en el Marco de la Constitución de 1999*. Caracas: FUNEDA.
- Petit G., L. (2012). *El Papel de la Justicia Constitucional en el Estado social en la Delimitación de unas prestaciones Sociales Mínimas por la acción Política* . Ponencia II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional . La Justicia a Constitucional en el estado Social de Derecho. Caracas: Ediciones FUNEDA.
- Petit, F. (2004). *El Proceso Civil Oral en Venezuela*. Caracas. Ediciones Libre.
- Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, abogados y Fiscales (2005. Comisión Internacional de Juristas. Serie de Guías para Profesionales no. 1. Ginebra, Suiza.
- Prieto, S. (2003). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Neoconstitucionalismo (s). Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid . Editorial Trotta.
- Recasens, S.(2008). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. (19ª. ed.) México: Editorial Porrúa
- Saavedra, M. (1993). *La Legitimidad Judicial en la Crisis del Imperio de la Ley. Jueces para la Democracia. Información y Debate. Publicación Cuatrimestral no. 8*. Madrid . Recuperada el 23 abril 2013. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2018%20enero%201993.pdf>

- Saavedra, M. (2004). *Poder Judicial, interpretación Jurídica y criterios de legitimidad*. Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos. México: Editorial Porrúa.
- Salazar, P. (2006). *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*. (1ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 85, del 24 de enero de 2002, *Caso de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) y otros vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU)*, publicación en línea disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 1571, 22 de agosto de 2001, *Caso de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) y otros vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU)*, expediente no. 01-1274, publicación en línea disponible en www.tsj.gov.ve.
- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 00659, 24 de marzo de 2000, *Caso Rosario Novel de Monsalve, en contra de Resolución del Consejo de la Judicatura y Comisión de Emergencia Judicial*, (expediente no. 00-15), publicación en línea disponible en www.tsj.gov.ve.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia no. 02-278 del 19 de febrero de 2002. Disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia, Sentencia no. 1942, del 15 de julio de 2003, Caso Rafael Chavero Gazdik. disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia, sentencia del 14 de abril de 2005, en el expediente no. 05-0684.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia, sentencia no. 1632/2006, en el caso de la Federación Médica Venezolana. Disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia, sentencia no. , en el caso de Lago de Valencia. Disponible en www.tsj.gov.ve.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1415 del 22 de noviembre de 2000. Disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia no. 144, del 24 de marzo de 2000, Caso Atilio Angelvis y otros, en contra de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (expediente no. 00-0056), Disponible en www.tsj.gov.ve
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 708 de fecha 10/05/2001, expediente No 00-1683. Disponible en www.tsj.gov.ve.