



Notas sobre el sentido y alcance del Numeral 5 del Artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales venezolanas

José Manuel Delgado Ocando
Instituto de Filosofía del Derecho
Dr. José Manuel Delgado Ocando
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela

Resumen

En este artículo se sostiene que lo esencial del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no atañe a la subsidiaridad, sino a la entidad del derecho o garantía constitucional que se tutela; de modo que si dicho derecho o garantía es tutelable en otra jurisdicción, no se justifica la apertura de la vía constitucional. Si esto es así, la múltiple tutela (ordinaria, contencioso-administrativa, o constitucional) no convierte el amparo en una acción subsidiaria. El amparo, según el art. 27, es una garantía constitucional específica (por lo tanto, principal, no subsidiaria, tampoco extraordinaria) y la prejudicialidad ordinaria o administrativa sólo se justifica por el carácter tuitivo que a los derechos constitucionales debe ofrecer cualquier Juez, por ser todos los jueces constitucionales. Por esta vía, la subsidiaridad deviene discrecionalidad constitucional. Esta es la línea de acceso al amparo y no la subsidiaridad,

Recibido: 04-12-2007 • Aceptado: 27-02-2008

que tiene una impronta muy formalista (resabio de la LOA), y que es necesario superar si se quiere ser fiel al art. 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Palabras clave: Amparo, garantías constitucionales, subsidiaridad, prejudicialidad, Constitución.

Notes on the Meaning and Scope of Numeral 5, Article 6 in the Organic Law of Guarantee for Venezuelan Constitutional Rights and Guarantees

Abstract

This article maintains that what is essential about article 27 in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela is not concerned with subsidiarity, but rather with the entity of constitutional right or guarantee that is protected; so that if said right or guarantee is able to be protected in another jurisdiction, opening the constitutional channel is not justified. If this is so, multiple protections (ordinary, contentious-administrative or constitutional) do not convert the guarantee into a subsidiary action. The guarantee, according to article 27, is a specific constitutional guarantee (therefore principal, not subsidiary nor extraordinary) and ordinary or administrative prejudicialness is justified only due to the protective character that any judge should offer to constitutional rights, since all judges are constitutional. In this way, subsidiarity becomes constitutional discretion. This is the access line to the guarantee and not the subsidiarity, which has a very formalistic stamp (an aftertaste from the Organic Law of Guarantee) and must be overcome in order to be faithful to article 27 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.

Key words: Guarantee, constitutional guarantees, subsidiarity, prejudicialness, Constitution.

1. Introducción

La experiencia judicial en lo que respecta al tema de este artículo, me ha llevado a sostener la tesis de que el abordamiento de los tribunales a las acciones intentadas por los ciudadanos que se ven afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales implica, siempre, una discrecionalidad judicial que ni los jueces, ni los usuarios de la jurisdicción constitucional reconocen.

Siendo que la protección de dichos derechos es competencia de cualquier juez de la República, en vista de la primacía de la Ley Fundamental y de la obligación jurisdiccional de proteger los derechos que la Constitución garantiza, el papel de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no significa ocuparse, en todo caso, de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA, de aquí en adelante), sino de asumir la jurisdicción cuando los tribunales competentes no den respuesta adecuada a la violación alegada o cuando ésta no quepa en la facultad de juzgamiento de los tribunales a los que se ha recurrido.

Esta tesis no significa, por lo demás, dar a la acción de amparo un carácter subsidiario, sino dejar al arbitrio de la Sala Constitucional los asuntos que la jurisdicción ordinaria no está en condición de zanjar.

Desde este punto de vista, el amparo implica la discrecionalidad de la Sala Constitucional para abocarse a conocer violaciones constitucionales relevantes y a completar, de este modo, la protección sistemática de los derechos de los ciudadanos, sin que la referida Sala asuma la jurisdicción constitucional de manera exclusiva.

Determinar a priori tal discrecionalidad no parece posible, pero la Sala siempre tendría razones válidas para restringir su conocimiento a las violaciones pertinentes, sin que el ciudadano se vea desprotegido en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

2. Análisis Lógico-Jurídico

El numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo prescribe, de modo opuesto, la admisibilidad y la inadmisibilidad, al mismo tiempo, de la acción de amparo, en el supuesto de que el accionante haya optado por las vías ordinarias o los medios judiciales preexistentes, y cuando dicho accionante pueda alegar violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales. Dicho numeral 5 dice:

“No se admitirá la acción de amparo: Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o la amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado.”

La estructura normativa de dicho numeral es como sigue:

- 1) Dada la opción del agraviado por las vías ordinarias o los medios judiciales preexistentes,
debe ser
- 2) La inadmisibilidad de la acción de amparo,
pero (y) {en tal caso}
- 3) Dado el alegato de violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales,
debe ser
- 4) El acogimiento del Juez al procedimiento de los artículos 23, 24 y 26 de la LOA (lo cual implica la admisibilidad de la acción de amparo, pese al ejercicio de la opción 1).

La oposición interna del numeral 5 es patente, pues se prescriben simultáneamente la admisibilidad y la inadmisibilidad de la acción de amparo en el mismo caso dado (obsérvese que el numeral 5 conecta las dos partes de la estructura normativa indicada con la

cláusula “en tal caso”, es decir, cuando la acción sub 1) se ha ejercido, y cuando el agravio sub 2) hace admisible el alegato del agraviado.

Ahora bien, en el caso de conflictos de normas el intérprete “puede retener una de las diversas significaciones que el texto puede tener, o bien puede adecuarla a la voluntad del autor de la norma si se puede determinar de otra manera, o elegir una de las dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente” (Kelsen, 1953:166).

Parece claro que la causal de inadmisibilidad genérica de la acción de amparo prescrita por 3) y 4) es congruente con el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; pero la causal de inadmisibilidad a que se refiere la primera parte del numeral 5 es parcialmente conforme con dicho artículo, entre otras cosas, porque las vías ordinarias o medios judiciales preexistentes son también amparadores, aunque de manera específica, y, además, porque la seguridad jurídica, valor fundamental del Estado de derecho, exige el “cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados” en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 3), y el aseguramiento del debido proceso (art. 49). La seguridad jurídica, basada en la tutela judicial según las leyes objetivas que regulan su ejercicio, es también una garantía constitucional que puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales de la persona. Y, en efecto, la tutela judicial de éstos, por medio de la acción genérica del amparo, y de su procedimiento “oral, público, gratuito y no sujeto a formalidad”, es, en el fondo, y a pesar de su fundamentalidad, una exceptuación incierta del procedimiento ordinario que “ampara”, asimismo, pero de modo específico, los derechos humanos.

Un análisis atento del amparo nos muestra varias características que es bueno retener, a saber: a) su carácter privilegiadamente individualista, a costa de los valores objetivos que configuran la seguridad jurídica y el bien común; b) su tutela judicial derogatoria

del procedimiento ordinario, dislocadora del iter objetivo de las acciones y recursos específicos, lo cual ha exacerbado la jurisdicción genérica del amparo en detrimento de los fines a los que apunta la corrección del procedimiento ordinario; c) su desconocimiento de la idoneidad y autonomía del proceso como medio de realización preestablecido del derecho material y el privilegio de éste sobre las exigencias objetivas de seguridad y paz (Cfr. Radbruch, 1944).

Sugiero, en consecuencia, que la interpretación del numeral 5 fije su estructura normativa, así:

- 1) Dada la opción del agraviado por las vías ordinarias o los medios judiciales preexistentes,
debe ser
- 2) La inadmisibilidad de la acción de amparo,
a menos que
- 3) El alegato de violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales verse sobre hechos o pretensiones que no puedan dirimirse en forma breve y restablecedora por las vías ordinarias o medios judiciales preexistentes optados,
en cuyo caso
- 4) El juez debe acogerse al procedimiento de los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo, excepto en el supuesto de que el agravio proceda del Juez mismo, pues, en esta hipótesis, la acción de amparo debe intentarse ante el Juez Superior, conforme a lo previsto en el artículo 4 eiusdem.

Por último, la seguridad jurídica y el reconocimiento de la autonomía del proceso ordinario deben facultar al Juez, en obsequio del carácter breve, informal y efectivo del amparo, sólo a considerar la idoneidad normativa y no la suficiencia eficaz de las vías o recursos optados.

3. Sobre la Pretendida Subsidiaridad de La Acción de Amparo

¿Es compatible el carácter subsidiario que la Ley Orgánica de Amparo atribuye a la acción de amparo con el art. 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?

El artículo 27 dice:

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”

Como puede observarse, lo esencial del art. 27 no atañe a la subsidiariedad sino a la entidad del derecho o garantía constitucional que se tutela; de modo que si dicho derecho o garantía es tutelable en otra jurisdicción, no se justifica la apertura de la vía constitucional. Si esto es así la múltiple tutela (ordinaria, contencioso-administrativa, o constitucional) no convierte el amparo en una acción subsidiaria. El amparo, según el art. 27, es una garantía constitucional específica (por lo tanto, principal, no subsidiaria, tampoco extraordinaria) y la prejudicialidad ordinaria o administrativa sólo se justifica por el carácter tuitivo que a los derechos constitucionales debe ofrecer cualquier Juez, por ser todos los jueces constitucionales.

Por esta vía, la subsidiaridad deviene discrecionalidad constitucional. Como dicen Alí Joaquín Salgado y Alejandro César Verdguer (2000: 137) “abrir un amparo supone brindar una tutela {específica} que no es posible otorgar a todos los conflictos que diariamente se plantean en sede judicial”. Esta es la línea de acceso al amparo y no la subsidiaridad, que tiene una impronta muy formalista (resabio de la LOA), y que es necesario superar si se quiere ser fiel al art. 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La vía de acceso a la jurisdicción constitucional en el amparo no es, por tanto, la subsidiaridad, sino la discrecionalidad constitucional. Esta es una modalidad del “*certiorary*”, que es una forma de avocamiento que no depende de criterios fijados por la ley ni de criterios generales declarados por la Sala; y ello, porque no es posible determinar a priori cuando es admisible o procedente el amparo, siendo que la admisibilidad o procedencia de éste, garantizados por el art. 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son tópicas y, por tanto, determinadas por el problema para el que se exige tutela constitucional.

Al respecto José A. Marín (1998: 42) escribe: “Es probable que esta vuelta de tuerca de la Supreme Court estadounidense pudiera ser de alguna utilidad al tribunal Constitucional español ante la avalancha de asuntos, en amparo, que producen la esclerosis del órgano. Me refiero a la facultad de rechazar *in limine* los recursos de amparo que le concede al Tribunal el artículo 50 de la LOTC, tanto por razones de inadmisibilidad formal como por carecer manifiestamente la demanda de contenido que justifique una decisión por parte del juez constitucional. Facultad que, como recuerda E. García de Enterría en el trabajo citado, no es propiamente equiparable a la del *writ of certiorary* o a la del artículo 93 de la Ley alemana porque requiere una tramitación procesal independiente y porque ha de hacerse mediante resolución motivada y razonada (auto). Me atrevo a apoyar esta idea porque lo que interesa al Tribunal Constitucional y al propio sistema que nos hemos dado es que los derechos funda-

mentales se protejan de manera efectiva, no que esa protección tenga que hacerla necesariamente el propio Tribunal. Sólo como última *ratio* el tribunal Constitucional deberá imponer la efectividad de la Constitución en materia de derechos fundamentales, vigilando desde su altura institucional la efectividad y tutela de tan cruciales derechos. Si esta protección está asegurada por las vías judiciales ordinarias, la intervención del juez constitucional será superflua, porque su función no es administrar justicia en un ámbito material propio, sino asegurar en todos ellos la eficacia de la Constitución en su contenido de libertad” (cfr. Casal, 2000).

4. La Vía Administrativa y El Amparo Constitucional

Aunque las causales de inadmisibilidad prescritas por la LOA son de orden público, no tienen carácter taxativo, como resulta de la falta de corrección del libelo (art. 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales), la falta de legitimación, el libelo ofensivo, irrespetuoso, ininteligible o contradictorio (art. 19, aparte quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), o la incompetencia del juez constitucional (art. 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27.04.88 y de la Sala Constitucional cuando declina su competencia para conocer de la acción de amparo).

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra la causal de inadmisibilidad consistente en la existencia de medios procesales (en el presente caso, administrativos), idóneos para la protección constitucional.

En efecto, el artículo 5 dice:

“La acción de amparo procede contra todo acto administrativo; actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. Cuando la acción de amparo se ejerza con-

tra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Constitucional –Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra la conducta omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.”

No cabría deducir la distinción entre proceso y procedimiento, pues “el control jurídico o potestad jurisdiccional recibe, en teoría constitucional, la denominación de proceso, tanto en sede administrativa como en sede judicial y la rama jurídica que comprende el conocimiento de la materia se denomina derecho procesal administrativo” (cfr. Picone, 1982: 160). Como dice Picone, incluso la revisión del acto administrativo por la propia administración activa, es una forma de hacer justicia, dentro de la modalidad de autotutela (ibídem). De hecho, pues, en su sentido estructural, el derecho procesal administrativo, “sin perder su condición de rama del derecho procesal, se escinde en derecho procesal administrativo en sentido estricto y derecho procesal contencioso-administrativo, que se desenvuelve en sede judicial” (ibídem).

Es cierto que los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condición de juez y parte. Sin embargo, no parece correcta la tesis de que el procedimiento administrativo sea inadecuado para la tutela constitucional, ni de que el órgano administrativo atienda solo a los intereses que han sido puestos bajo su cuidado, dado que su actuación en defensa del interés público, al revés de lo que se supone al decir que el órgano actúa como juez y parte, debe entenderse conforme con los intereses generales, en el ámbito de las atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan. Me parece que la tesis que observamos está orientada a un reduccio-

nismo iusadministrativista, que no se compagina con el derecho procesal administrativo, tal como lo entendemos supra. No debe olvidarse, por lo demás, que los recursos administrativos son garantía para el administrado en el sentido en que éste pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley con base en un título jurídico específico. Además, es de la esencia de todo procedimiento su carácter contradictorio, es decir, “que en él, cabe la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva” (cfr. García de Enterría y Fernández, 1991: 437- 438).

5. Conclusiones

La tesis que sostenemos no implica el agotamiento de la vía administrativa, pues el propio art. 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales permite el recurso de nulidad conjuntamente con el amparo, sin que haya que agotar dicha vía. Es interesante observar que el art. 5 citado incorpora la tesis sostenida por García de Enterría de que la vía administrativa de recurso debe ser opcional, a fin de “*dejarse expedito el acceso a los Tribunales para quien está dispuesto a impetrar directamente esta garantía que es, ciertamente, la única objetiva*” (ibídem: 488). Obsérvese, por último, que el carácter opcional del artículo 5 no puede reproducir la opcionalidad entre la vía contencioso-administrativa y el amparo, pues, en tal caso, se contradiría el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Si se considera atentamente el texto del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, encontraremos tres hipótesis distintas: a) la vía administrativa; b) la vía contencioso-administrativa; y c) la acción de amparo, que tiene un carácter cautelar, y cuya competencia es atribuida al juez contencioso-administrativo. No tendría sentido tales hipótesis, dentro de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

Constitucionales, si no se hubiera consagrado un régimen procesal específico respecto de las actuaciones administrativas susceptibles de tutela constitucional (1).

Pienso, sin embargo, que la tesis que sostenemos no impide, como es el caso de los medios judiciales ordinarios, el amparo al margen del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero ello requiere (tal y como ha sido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ) la consideración tópica del caso, en el entendido de que dicha consideración debe partir de la idoneidad de la vía administrativa para impugnar las supuestas injurias constitucionales de los órganos administrativos.

Nota

1. Para un análisis más completo de este punto, véase mi artículo *Derecho procesal administrativo y Jurisdicción constitucional* en **Revista de Derecho**, 9, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp 47 y ss.

Lista de referencias

- CASAL, J.M. (2000). **Constitución y Justicia Constitucional**. Universidad Católica “Andrés Bello”, Venezuela.
- DELGADO-OCANDO, J.M. (2003). Derecho Procesal administrativo y Jurisdicción Constitucional. **Revista de Derecho**, 9, Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (1991). **Curso de Derecho Administrativo II**, Ed. Civitas, España.
- KELSEN, H. (1953). **Teoría Pura del Derecho**. Trad. Moisés Nilve, Ed. EUDEBA, Argentina.
- MARÍN, J.A. (1998). **Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional**, Ed. Ariel, España.
- PICOTE, F.H. (1982). **Elementos de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo**. Ed. Macchi, Córdoba (R.A.).

RADBRUCH, G. (1944). Filosofía del Derecho. En: **Revista de Derecho Privado**, España.

SALGADO, A.J. y VERDAGUER A.C. (2002). **Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad**. Ed. Astrea, Argentina.

Otros documentos:

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, 1988.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.