

# **LA REFORMA DE LA CASACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL Y NO LEGISLATIVA.**

**DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR\* (2018)**

---

\* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

La determinación de los límites en la resolución de controversias de la justicia constitucional incide en forma directa en las competencias que son asignadas constitucionalmente a los poderes públicos. En efecto, si la capacidad interpretativa de los tribunales constitucionales sobrepasa ciertos límites resultan afectados los poderes legislativos y ejecutivos en sus potestades legislativas y políticas o reglamentarias. Por lo que la regulación de la emisión de sentencias del supremo intérprete de la Constitución tiene por finalidad evitar que se invada la reserva legal atribuida constitucionalmente al legislador positivo, o la reserva reglamentaria del poder ejecutivo, o las decisiones políticas de ambos poderes. Asimismo la limitación de la competencia interpretativa de la Constitución por los tribunales constitucionales tiene por finalidad garantizar el principio del Estado de Derecho de que las leyes solo pueden ser derogadas por otras leyes. Pero también si esa potestad excede los límites de su competencia se reduce la jurisdicción del Poder Judicial de la libre interpretación y de aplicación del Derecho y se altera el sistema procesal del debido proceso y la garantía del juez natural. Este tema se manifiesta en todos los sistemas jurídicos en donde existen Tribunales Constitucionales autónomos, en los cuales la ausencia de tales límites generan principalmente constantes conflictos entre estos Tribunales y el Poder Legislativo, en una especie de choque de trenes o rivalidad de poderes, para determinar si la potestad de interpretar la ley a la luz de la Constitución permite a dichos Tribunales reformar o derogar la ley. Lo cual, sin duda, sería, una usurpación de funciones. Por otro lado, la limitación o no de las facultades del Tribunal Constitucional repercute en forma directa en la competencia de los jueces ordinarios como jueces constitucionales de aplicar el control difuso de la constitucionalidad o de interpretar la Constitución y en su condición tribunales naturales de la causa. Ello es más trascendente

aun porque por el exceso de los límites de las facultades interpretativas de los tribunales constitucionales de las leyes procesales pueden resultar afectados derechos fundamentales como los derechos de la igualdad ante la ley y en el proceso, del juez natural, de la doble instancia y del debido proceso. En este orden de ideas, en materia de conflictos con el Poder Legislativo, vale la pena recordar la controversia entre la Sala Constitucional y la Asamblea Nacional por la modificación que efectuó dicha Sala, en su sentencia 301 del 27 de febrero de 2007, en un recurso de nulidad del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que si bien declaró inadmisibile, sin embargo, atribuyéndose competencia para interpretar de oficio la conformidad de las leyes con la Constitución, mediante una nueva redacción estableció que el *salario normal* y no el salario integral, es la base imponible de dicho tributo para los que laboran bajo relación de dependencia y excluyó de los conceptos sujetos a la retención del tributo aquellos que excedan del salario normal<sup>1</sup>. Sentencia esta que la Asamblea Nacional calificó de una usurpación de sus funciones legislativas por lo que llegó hasta considerar que por esta sentencia los magistrados de dicha Sala habían incurrido en una falta grave por lo que procedía su remoción.

En su sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018, la Sala Constitucional<sup>2</sup>, al conocer en consulta de la Sentencia N° 510, dictada el 28 de Julio de 2017, por la Sala de Casación Civil, consideró conforme a derecho la desaplicación que acordó esta Sala por control difuso de la constitucionalidad de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil. Y a su vez, **DE MERO DERECHO** declaro, de oficio, en el mismo Procedimiento de consulta, **LA NULIDAD PARCIAL POR INCONSTITUCIONALIDAD** de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la **NULIDAD TOTAL POR INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 323 *eiusdem*. Y declaró **que por ello quedaban eliminados**, con efectos *ex nunc* y *erga omnes* para todos los casos pendiente de decisión, **el reenvío, el recurso de nulidad, la reposición de la causa**, cuando se estime procedente el recurso

<sup>1</sup> Véase en: <https://gerenciaytributos.blogspot.com/2011/03/sentencia-tsj-que-define-base-imponible.html>

<sup>2</sup> Disponible en: <http://pandectasdigital.blogspot.com/2018/05/sentencia-n-362-de-fecha-10-de-mayo-de.html#footer-wrapper>

de casación de forma, y la **casación múltiple**. La referida Sala Constitucional no solo declaró la nulidad del artículo 320, sino que reescribió este artículo, en el sentido de que la Sala de Casación Civil, por regla general, al pronunciarse sobre las infracciones denunciadas, puede extenderse al fondo de la controversia y ponerle fin al litigio. Y, que en el caso de que no hubiere habido infracciones de forma, entrará a conocer de las *denuncias del recurso de casación de fondo, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado, aplicando las normas jurídicas que considere son las aplicables al caso. E, igualmente, reescribió el artículo 322, en el sentido que la Sala de Casación Civil en todo caso podrá casar el fallo sin reenvío y ponerle fin al juicio y remitir directamente el expediente respectivo al Tribunal al cual corresponda la ejecución de la causa. Y, finalmente, reescribió el artículo 522, eiusdem, para eliminar el recurso de nulidad en contra del tribunal de reenvío. Es decir, derogó y reformó parcialmente el Código de Procedimiento Civil mediante la sentencia en comento.*

Como puede observarse, en el procedimiento mencionado de consulta del control difuso de la constitucionalidad la Sala Constitucional no solo confirmó la desaplicación los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, sino que además declaró su nulidad parcial y modificó sus textos. Por lo que se vuelve a repetir la discusión si por la vía de la competencia interpretativa constitucional es posible reformar o derogar la ley, cuando ello es de la reserva legal, hasta el punto de que la ley solo puede derogarse o reformarse por otra ley. Sobre todo cuando el procedimiento de consulta del control constitucional difuso en el cual se ejercieron esas competencias, los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, solo permitían a la Sala Constitucional confirmar o no si procedía o no inaplicar la ley y aplicar, en su lugar, una norma constitucional para resolver el asunto de autos concreto. O, en todo caso, ordenar el inicio aparte de un proceso contencioso de nulidad de los artículos considerados contrarios a la Constitución para decidir sobre su anulación en un proceso posterior. Ello es importante, porque las sentencias relativas al control difuso de la constitucionalidad no tienen efectos erga omnes, sino interpartes, a diferencia de las sentencias de los procesos de nulidad que, si tienen estos efectos, por su naturaleza de acción universal o popular. Igualmente, en

este tema está planteada la naturaleza de las sentencias interpretativas de las leyes en el sentido de su alteridad. Es decir, que su contenido ha de ser el de señalar cuál de las interpretaciones son constitucionales y cuáles son inconstitucionales, como la célebre sentencia de la entonces Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de enero de 1966, que ante la demanda de nulidad del artículo 596 del Código de Procedimiento Civil de 1916, que en los interdictos posesorios establecía que, si había constancia de la perturbación o el despojo, sin la citación de la otra parte, el Juez debía decretar el amparo o la restitución con la mayor celeridad y continuar el procedimiento; la referida Corte, en lugar de declarar su nulidad, por ese motivo, y para no crear un vacío legal, señaló, por el contrario, como debía interpretarse la frase de dicho artículo “sin citación de la otra parte”, para que su aplicación no resultara inconstitucional<sup>3</sup>.

Sin entrar en un análisis del tema de la naturaleza de la interpretación constitucional que se orienta por los principios de la ponderación de los intereses, de concordancia práctica, de la unidad axiológica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución; a diferencia de las reglas hermenéuticas de interpretación de la ley del sentido propio de las palabras, según su conexión entre sí y la intención del legislador, la analogía y de aplicación de los principios generales del Derecho; sin embargo, a pesar de su carácter integrativo del Derecho, se justifican los límites a la facultad interpretativa constitucional por la prevalencia estricta del principio de separación de los poderes públicos y de legalidad y de la prohibición de la usurpación de funciones, contemplados en los artículos 136 , 137 y 138, de la Constitución; y por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, sujetas a la sanción de la nulidad absoluta, según los artículos 138, ya citado, y 25, constitucionales, respectivamente. Este principio de la legalidad en materia de la función jurisdiccional se materializa en la competencia material de los jueces y en el cumplimiento por ellos de la legalidad formal esencial del procedimiento o del debido proceso que deben seguir para el ejercicio de su función jurisdiccional. Del respeto de estos límites por los jueces, cualquiera que sea su jerarquía, depende

---

<sup>3</sup> Disponible en: [www.monografias.com/trabajos80/interdictos/interdictos3.shtml#laticiaoa](http://www.monografias.com/trabajos80/interdictos/interdictos3.shtml#laticiaoa)

la legitimidad de sus decisiones, vale decir, la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Por ello, el artículo 253, de la Constitución, establece que en ejercicio de la administración de justicia los órganos del Poder Judicial solo pueden conocer de las causas y asuntos, conforme su competencia y mediante los procedimientos que determinen las leyes. Limitación esta de la función jurisdiccional que es aplicable a los tribunales de municipio como al Tribunal Supremo de Justicia.

En ese orden ideas, son límites de la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, y por ende, de la jurisdicción constitucional, el principio de la legalidad de las funciones de los poderes del Estado y de la reserva legal, la prohibición de la usurpación de funciones, la garantía de los derechos fundamentales y el debido proceso, que se comprenden en el respeto de la competencia y del cumplimiento de las reglas procesales esenciales de los órganos del Poder judicial, del cual uno de ellos es la Sala Constitucional. En el caso de su sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018, la Sala Constitucional desconoció estos límites. Primeramente, porque, de acuerdo con los artículos 33 y 34, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, su competencia en materia de consulta sobre el control difuso de la constitucionalidad, solo le atribuye potestad para que esta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de las normas legales en cuestión y para que en el supuesto que considere conforme su desaplicación por control difuso para que disponga de oficio el inicio del procedimiento de nulidad previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Es decir, su competencia de la consulta sobre el control difuso no le permite, primeramente, declarar nulidad alguna, sino en un procedimiento aparte, porque su potestad es la de examinar en abstracto la constitucionalidad y, en segundo lugar, mucho menos derogar o reformar norma alguna procesal, por cuanto ello constituye materia de la reserva legal, conforme los artículos 156, numeral 32, y 187, numeral 1, respectivamente, en concordancia con el artículo 218, todos de la Constitución.

En este mismo orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 127, establece que hasta tanto se regulen las competencias constitucional y electoral, la tramitación de los asuntos que conozcan la Sala Constitucional y la Sala Electoral, se regirán por los procedimientos establecidos en dicha Ley. Concretamente, el

artículo 128, de la referida Ley, dispone que los procesos ante la Sala Constitucional, concretamente, los que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17, de su artículo 25, deberán tramitarse conforme los procesos regulados en su el Capítulo II de su Título XI, uno de los cuales es el previsto en el numeral 2, del este artículo, de nulidad de leyes nacionales, en el cual procede el emplazamiento de los interesados, mediante cartel, la intervención de estos interesados mediante audiencia pública, dado su carácter de universal de acción popular. Por otro lado, el Tribunal Supremo de Justicia, y por tanto la Sala Constitucional, solo puede conocer de los asuntos de nulidad que le competen a instancia de parte interesada; y únicamente puede actuar de oficio en los casos que disponga la ley, según el artículo 89, de la Ley Orgánica que lo rige. Y ocurre, que el artículo 34, de esta Ley, para el supuesto que la Sala mencionada declare conforme la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, únicamente la faculta para que de oficio ordene el inicio del proceso de nulidad contemplado en la Ley citada, pero no para que de oficio declare la nulidad de la norma desaplicada en la misma consulta del control difuso de la constitucionalidad.

De modo que en mi criterio, la reforma de la casación, por vía jurisprudencial, concretamente a través de la competencia de la Sala Constitucional de consulta sobre el control difuso de la constitucionalidad, conforme se hizo en la Sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, resulta ilegítima, al no respetar el principio de la separación de los poderes y de legalidad del ejercicio de las funciones públicas, concretamente de la reserva legal, al reformar los artículos 320, 322 y 522, del Código de Procedimiento Civil; y al no atenerse a los límites de su competencia constitucional, contemplados en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como la garantía del debido proceso, al declarar la nulidades parciales de estos artículos y la nulidad absoluta del artículo 323, sin cumplir el procedimiento de nulidad establecido. Además, representa un ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional de consulta del control difuso de la constitucionalidad el declarar de oficio tales nulidades, puesto que con esta declaratoria se convirtió la consulta en un proceso de nulidad, pero sin las garantías del debido proceso. Y, por último, violó el artículo 218, constitucional, que establece el principio

de la jerarquía de las leyes, según el cual la ley solo puede derogarse o reformarse por otras leyes.

No me corresponde analizar propiamente los efectos procesales que supone la reforma judicial de la casación, pero sí advertir que según el dispositivo de la sentencia en comento, la Sala de Casación Civil pudiera resultar un tribunal de única instancia, si no se determinan los casos de casación sin reenvío que no requieran de actividad probatoria. En efecto, por ejemplo, conforme dicha reforma, si la sentencia fue casada porque no procedía la perención, el desistimiento o la reposición, que se refieren a cuestiones procesales y no de fondo, la Sala de Casación Civil pudiera decidir el fondo por primera vez como un tribunal de la causa, o de instancia, en cuyo caso solo cabría la revisión de la sentencia de la casación, que según la Sala Constitucional no es un recurso sino su potestad. Lo curioso es que, según el artículo 35, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de proceder la revisión, esta Sala puede reenviar la controversia a la Sala o Tribunal respectivo o conocer la causa, pero siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada en la revisión. Es decir, que en la revisión la Sala Constitucional puede conocer del fondo, cuando no se trate de los hechos sino de cuestiones de mero derecho y que no impliquen actividad probatoria, a diferencia del texto de la sentencia de la Sala Constitucional objeto de esta exposición, según la cual la Sala de Casación Civil puede entrar a conocer de los hechos aunque no hubieren sido objeto de decisión por los tribunales de instancia y aunque el asunto no sea de mero derecho o implique actividad probatoria.

Quisiera finalizar recordando que si bien en el derecho procesal constitucional comparado se admiten dentro de las sentencias estimativas las sentencias de anulación que combinan la potestad de interpretación con la de anulación y las sentencias interpretativas manipulativas y dentro de este tipo las sentencias interpretativas reductoras, aditivas y sustitutivas, sin embargo, se entiende por tales, las sentencias que no declaran la nulidad de las normas examinadas, ni tampoco las modifican o reescriben, sino que determinan sentidos interpretativos estrictos

o extensivos no recogidos en los textos constitucionales o legales por su redacción excesiva o estrecha, ambigua o incompleta. O, señalan qué sentido interpretativo de sus textos es constitucional y cual sentido es inconstitucional. Y también dentro de las sentencias estimativas o desestimativas se incluyen las sentencias interpretativas exhortativas por las que los tribunales constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de la ley exhortan al Poder Legislativo para que, dentro del plazo que fijen, éste *realice las modificaciones necesarias a las leyes contrarias a la Constitución. O, señalan la interpretación que ha de darse a la ley para que su aplicación no resulte inconstitucional. En el derecho procesal constitucional comparado no se admite que por la vía de la interpretación constitucional, aun de anulación, se reforme la Constitución o las leyes, como el caso de la Sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, que ha sido objeto de mis comentarios y que por no respetar los límites de su competencia de interpretación y del procedimiento de consulta del control difuso de constitucionalidad, resulta, en mi criterio, un ejemplo del ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional por un tribunal Constitucional. Yo pienso que si la Sala Constitucional consideró conforme a Derecho la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522, del Código de Procedimiento Civil, y si en verdad estas normas son inconstitucionales, en lugar de declarar su nulidad en el mismo procedimiento de consulta del control difuso y de reeditar sus textos, ha podido en su sentencia exhortar al Poder Legislativo para que reformara dicho Código o indicar los criterios de interpretación de las normas pertinentes conforme la Constitución; lo cual ha tenido que hacer la Sala de Casación Civil, en su sentencia de fecha 29 de mayo de 2018, respecto de la nueva redacción de las normas que eliminaron el reenvío y la casación múltiple, y respecto de los casos en los que la casación puede extenderse al fondo de la controversia. Pienso que aun aceptando la tesis interpretativa exuberante de la Sala Constitucional, que está en lugar de reformar los artículos cuestionados por inconstitucionales, ha podido remitir al sistema de la casación contemplado en la Ley Orgánica del Proceso Laboral, promulgado bajo la vigente Constitución, que ciertamente no representa un riesgo para la igualdad ante la ley y en el proceso, para la garantía del juez natural de los tribunales ordinarios y de la doble instancia, por establecer reglas*

relativas a los casos en que no procede el reenvío en los casos del recurso de fondo, entre otros aspectos positivos y progresistas.

Finalmente, si el Derecho es la ciencia de las diferentes argumentaciones, el establecimiento de los límites expresos a las competencias de los tribunales constitucionales para establecer interpretaciones definitivas, es consustancial a la función interpretativa judicial. E, igualmente, el establecimiento de reglas para valorar la existencia y la obligatoriedad de los precedentes judiciales como fuentes del Derecho, es conatural a la autonomía interpretativa de la función judicial. La concepción del Derecho como ciencia de la argumentación, por definición, impide, por principio general, que la función jurisdiccional legal y constitucional se desarrolle, como regla general, en base al establecimiento de precedentes judiciales definitivos del sentido o efecto de los preceptos legales y constitucionales. La debida regulación del precedente judicial y el ejercicio estricto de la función interpretativa vinculante dentro de los límites procedimentales y competenciales por parte de los tribunales constitucionales y de los límites de la reserva legal y de la reserva constituyente; garantizan la libertad de la función jurisdiccional interpretativa de los jueces y el debido proceso y el principio del juez natural.

A manera de resumen, quisiera concluir con la cita de las palabras, del Dr. Manuel García Pelayo, de su Discurso en el acto de instalación del Tribunal Constitucional español; sobre la responsabilidad de este Tribunal:

*“(...) dado que todos los demás órganos constitucionales están sujetos al control del Tribunal en cuanto a la constitucionalidad de sus actos, y dado que no hay apelación alguna frente a sus decisiones, el Tribunal, es en un orden, el defensor supremo de la Constitución. Es oportuno advertir, que sus posibilidades no son ilimitadas: no puede actuar por su propia iniciativa, sino por impulso exterior. Puede defender la Constitución frente a los órganos del Estado, pero no frente a poderes extraestatales. Solo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos. Y todo ello por supuesto dentro de las competencias que le han sido conferidas”.*