



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POST-GRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES: SU
EMPLEO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado de
Especialista en Derecho Procesal Constitucional.

Autora: Belinda María Paz Calzadilla

Tutor: Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Caracas, febrero de 2010



Anexo 1
Carta de aprobación del tutor.

Caracas, febrero de 2010

Comité Académico del Programa de Postgrado
Especialización de Procesal Constitucional
Coordinación
P r e s e n t e.-

En oportunidad de saludarle, a través de este medio deseo informar formalmente que he leído el Trabajo Especial de Grado del alumno (a) Belinda Paz Calzadilla, portadora de la Cédula de Identidad N° 13.728.453, titulado: “El Control Difuso de Constitucionalidad de Leyes: Su empleo por parte de la Administración Pública” ; considero que dicho trabajo reúne los requisitos para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

A t e n t a m e n t e

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

A Dios, a mis padres, familiares y amigos que hicieron posible la realización de esta investigación. Especialmente a los profesores Miguel Ángel Torrealba y Beatriz Martínez, quienes fueron un gran apoyo en el desarrollo de este proyecto. Mil gracias por su colaboración....

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
I. EL PROBLEMA.	
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	
3	
1.2. OBJETIVOS.	4
1.2.1. Objetivo general.	
4	
1.2.2. Objetivos específicos.	
4	
1.3. JUSTIFICACIÓN.	5
II. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL	
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	
7	
2.2. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.	13
III. DISEÑO METODOLÓGICO.	
3.1. DISEÑO.	14
3.2. PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN.	15
3.3. TÉCNICA E INSTRUMENTOS.	15

IV. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.

4.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN Y SU VALOR NORMATIVO.

16

4.1.1. Breve referencia al origen de las constituciones escritas y sus diferentes concepciones.

16

4.1.1.1. El concepto racional normativo. 21

4.1.1.2. El concepto histórico tradicional 23

4.1.1.3. El concepto sociológico. 24

4.1.2. Valor normativo de la constitución.

27

4.1.2.1. La constitución como norma jurídica. 27

4.1.2.2. La posición del constituyente de 1999 respecto al valor normativo de la constitución. 30

4.1.2.3. El principio de supremacía constitucional. 36

4.2. CONTROLES JUDICIALES DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.

43

4.2.1. Aspectos generales.

43

4.2.2. Modelos de justicia constitucional.

46

4.2.2.1. Planteamiento introductorio. 46

4.2.2.2. Modelos de justicia constitucional. 50

a. *El modelo austríaco o Kelseniano.* 50

b. *El modelo norteamericano.* 53

c. *Sistemas mixtos de justicia constitucional.* 59

d. *Sistema aplicado en Venezuela.* 62

4.3. APLICACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.	70
4.3.1. Diferencias entre jueces y administración.	70
4.3.1.1. Planteamiento general.	70
4.3.1.2. Principio de división, separación de poderes y la colaboración de éstos en las constituciones actuales.	73
4.3.1.3. Legitimación del poder judicial para ejercer controles jurídicos como el atinente al control de constitucionalidad de leyes.	84
4.3.2. Empleo en sede administrativa del control difuso de constitucionalidad de leyes.	91
4.3.2.1. Planteamiento general.	91
4.3.2.2. Posición de la Sala Constitucional.	94
4.3.2.3. Soluciones para el ámbito administrativo.	100
<i>a. Aplicación de la cláusula constitucional relativa a la derogatoria del ordenamiento pre-constitucional.</i>	100
<i>b. Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución</i>	106
<i>c. Aplicación del precedente constitucional.</i>	112
<i>d. Desaplicación administrativa de normas y actos violatorios de derechos humanos.</i>	121
CONCLUSIONES	126
REFERENCIAS	BIBLIOGRÁFICAS.
130	



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES: SU
EMPLEO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Autora: Belinda María Paz Calzadilla
Tutor: Miguel Ángel Torrealba Sánchez
.... Año: 2010

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo general responder a la pregunta de si es posible o no el empleo del control difuso por parte de la Administración Pública; sin embargo, el estudio no se limitó a dar una respuesta afirmativa o negativa sobre el tema, sino que adicionalmente se indagó sobre las soluciones con las que cuentan los operadores jurídicos a los fines de eludir, en ese ámbito, la aplicación de una norma inconstitucional, pudiendo enunciarse, con sus reservas, las siguientes: i) la aplicación de la cláusula derogatoria de la Constitución de todo el ordenamiento jurídico pre-constitucional que la contradiga; ii) el uso del precedente vinculante; iii) la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución y iv) la desaplicación administrativa por violación de derechos humanos. Para materializar este estudio fue necesario analizar aspectos generales como el concerniente al principio de supremacía, el valor normativo de la Constitución, los diferentes modelos de justicia constitucional, y, por último, la legitimación que se predica del Poder Judicial como garante del Texto Constitucional. El análisis partió de métodos cualitativos, como el documental, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de la revisión bibliográfica sobre el tema.

Palabras claves: constitución, supremacía constitucional, control de constitucionalidad, control difuso, administración pública.

INTRODUCCIÓN.

El presente estudio trata - como lo enuncia su título - del control difuso de constitucionalidad de leyes y más concretamente de su posible empleo por parte de la Administración Pública, el cual hasta la fecha ha sido negado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

De ahí que, la investigación no se limitó a establecer si es posible o no ejercer el mencionado control, sino que además abordó otras alternativas que pudieran fungir como mecanismos que permitan a las autoridades administrativas evitar en un momento dado la aplicación de una norma que colide con la Constitución.

Para alcanzar dicho objetivo fue necesario hacer referencia a aspectos fundamentales, como lo son, el concepto actual y el valor normativo de la Constitución, así como la significación del principio de supremacía del Texto Constitucional y los distintos métodos que se han diseñado para mantener dicho principio.

No obstante, por razones de tiempo y espacio el análisis relativo a los diferentes métodos de control de constitucionalidad de leyes quedó circunscrito al ámbito venezolano, aunque fue necesario, a los fines de entender el origen de estos controles, efectuar breves referencias a otros ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, el objetivo de la investigación no estuvo orientado a analizar a profundidad los diferentes sistemas de control de constitucionalidad de leyes existente en el derecho comparado, lo cual además constituiría una pretensión demasiado ambiciosa, sino que, por el contrario, se trató de

explicar cuál es el acogido por Venezuela y más concretamente, se ahondó en lo que atañe al funcionamiento y alcance del método difuso aplicado en nuestro país.

Lo anterior obedeció a que a través de dicho estudio se sentaron las bases conceptuales que permitieron desarrollar en un último capítulo el objetivo central de la presente investigación, esto es, establecer si resulta posible emplear por parte de la Administración Pública el método difuso de control de constitucionalidad de leyes o cualquier otro mecanismo que le permita abstenerse de aplicar aquellas normas que colidan con la Constitución.

I

EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La supremacía que se predica respecto al Texto Constitucional y más concretamente su valor jurídico condujo al establecimiento de mecanismos denominados comúnmente como controles de constitucionalidad de leyes, los cuales, de acuerdo a las particularidades que ofrece cada Estado, permiten hacer prevalecer las disposiciones de la Constitución sobre la aplicación de cualquier otra ley de inferior rango y que la contraríe en sus normas o principios.

En esta oportunidad se tuvo como objetivo general el estudio de uno de tales mecanismos, el cual en Venezuela responde a la denominación de control difuso.

No obstante, de todos los aspectos que podrían analizarse sobre dicho tema la investigación se orientó a la determinación del posible empleo de la mencionada forma de control por parte de la Administración Pública.

Sin embargo, a través de este estudio no se pretendió arribar simplemente a una respuesta afirmativa o negativa sobre el tema, sino que además se plantearon las alternativas con las que cuentan los operadores jurídicos en dicho ámbito para eludir la aplicación de una norma inconstitucional.

De ahí que fue necesario indagar no sólo sobre las razones que justificarían o no el empleo de controles de constitucionalidad de leyes tales como el difuso, sino que además se abordó el uso de otros mecanismos alternativos.

Para alcanzar el objetivo propuesto resultó indispensable estudiar la supremacía del Texto Constitucional y el valor jurídico de la Constitución; en segundo lugar, se establecieron algunas nociones generales sobre los distintos sistemas de control de constitucionalidad de leyes con especial referencia al acogido en Venezuela; y, por último, se indagó sobre el posible empleo por parte de la Administración Pública de la citada forma de control u otras formas alternativas.

1.2 OBJETIVOS.

1.2.1. Objetivo general.

1.2.1.1. Analizar el control difuso de constitucionalidad de leyes y su posible empleo por parte de la Administración Pública.

1.2.2. Objetivos específicos.

1.2.2.1. Determinar el valor jurídico de la Constitución y las consecuencias que se derivan de su supremacía.

1.2.2.2. Analizar los sistemas de control de constitucionalidad de leyes con especial referencia al acogido en Venezuela.

1.2.2.3. Indagar sobre el empleo del control difuso de constitucionalidad de leyes por parte de la Administración Pública y el posible uso de otros mecanismos alternativos.

1.3 JUSTIFICACIÓN.

El estudio del control de constitucionalidad de leyes reviste importancia por su íntima relación con el tema de la defensa de la Constitución y la relevancia que para un Estado tiene mantener la supremacía de dicho texto.

No obstante, el análisis específico del tema relativo al posible empleo por parte de la Administración Pública del control difuso de constitucionalidad de leyes es aún más relevante si se toman en cuenta las consecuencias que ello acarrearía.

Sin embargo, la investigación así planteada no sólo persigue la determinación de si es posible o no la ampliación de las personas encargadas de ejercer dicho control, sino que además se pretende establecer cuáles son las alternativas con que se cuentan en dicho ámbito para ofrecer una mayor tutela de los derechos subjetivos que pudieran verse involucrados en un momento dado.

Por lo tanto, este estudio no puede pasar por alto la legitimidad que se predica del poder judicial para ejercer esta forma de control y las implicaciones que tendría el hecho de que éste sea asignado a la Administración Pública.

Sin embargo, lo novedoso de la investigación consistiría en la profundización respecto a la identificación de los mecanismos de control de constitucionalidad de leyes disponibles por parte de la Administración Pública, ya que, como se señaló en las líneas que anteceden, el análisis no se limitará a responder si es posible o no emplear dicho control, sino que

además tratará de identificar cuales son los mecanismos con que se cuenta en este ámbito específico.

El interés personal de plantear esta investigación, viene dado, por un lado, debido a una especialización previa en Derecho Administrativo, la cual está íntimamente relacionada con el estudio de todo lo atinente a las relaciones que pudieran presentarse entre los ciudadanos y la Administración Pública y por otra parte, dada la vinculación de este tema con mi actividad laboral o profesional, ya que siendo relatora de la Sala Político Administrativa, no me resulta ajeno todo lo concerniente al análisis del control de la juridicidad de las actuaciones de la Administración Pública.

Por último, debo también destacar que a nivel académico la presente investigación reviste importancia, toda vez que hasta la fecha, si bien existen pronunciamientos jurisprudenciales que han tomado postura en contra del empleo del control difuso por parte de la Administración Pública, así como opiniones doctrinales de diversa índole, ello se ha registrado sin que en la mayoría de esos casos se extienda el análisis a una identificación de los posibles mecanismos disponibles en ese ámbito.

Por lo tanto, materializar una investigación con esta perspectiva constituye, a nuestro juicio, un útil aporte para los estudiosos de esta área específica del derecho, al tiempo que permitiría profundizar sobre el empleo de los mecanismos de defensa de la Constitución, lo cual indiscutiblemente produce efectos positivos para la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

II MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Como señalamos en la oportunidad de describir el problema objeto de la investigación, el estudio del tema planteado, requiere, en primer término, un análisis de lo concerniente al concepto actual de Constitución y la importancia de la supremacía del Texto Constitucional.

De esta manera se detectó de la revisión bibliográfica previa que el concepto de Constitución no siempre tuvo el mismo significado o valor, pues como lo señala De Otto, I. (1981) la palabra Constitución "...se encuentra en su origen ostensiblemente cargada del significado político..." (p.11).

No obstante como advierte el autor citado, dicho término "...ya no designa un régimen, sino una norma a la que habrán de sujetarse todos los poderes del Estado..." (De Otto, I., 1981, p. 14)

Bajo esta línea de pensamiento, García, M. (1981), nos comenta lo siguiente:

La Constitución, en tanto norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos y por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios que estos arrancan o se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización se aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado constitucional de Derecho. (p. 18)

Tales afirmaciones son relevantes, ya que uno de los temas que más preocupó a la doctrina extranjera, en especial con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, fue el concerniente a la supremacía del Texto Constitucional y la necesidad de hacerla prevalecer frente a leyes aprobadas por las mayorías parlamentarias en desmedro de los intereses y en ocasiones derechos constitucionales de las minorías.

Del citado aspecto, García de Enterría, E. (1994), apoyándose para ello en las opiniones expresadas por Leibholz y Von Hippel, da cuenta clara cuando expone lo siguiente:

Se ha vivido, sobre todo en los dos grandes países europeos que adoptan el sistema, Alemania e Italia, la trágica experiencia, la enorme experiencia de que el legislador pase a ser la mayor amenaza para la libertad, frente a la concepción tradicional del Estado de Derecho, como un Estado que se somete a las leyes; la ley, hasta ahora vista como garantía, como escudo de la libertad, aparece aquí, como un legislador arbitrario dueño del poder de hacer leyes, como la posibilidad de introducir injusticias sistemáticas, de pervertir el ordenamiento jurídico, en la expresión de una famosa interpretación del orden jurídico nacionalsocialista. Esta experiencia es la que fuerza a los constituyentes de los dos países a fijarse otra vez en la técnica de los Tribunales Constitucionales, para precaverse frente a una actividad legislativa arbitraria, una vez que se ha concretado en el Texto Constitucional un cuadro de valores supremos y tendencialmente inalterables. (p.113).

Similares consideraciones son las expresadas por Canova, A. (s.f.) quien al referirse al tema, señala lo siguiente:

La experiencia de la guerra evidenció que el legislador era falible. Que podía ser tan cruel como el peor monarca absolutista; influenciado, como el más bajo de los cortesanos y ruin y desalmado, como un dictador cualquiera. Toda la

construcción de casi doscientos años sobre el poder soberano del legislador se vino debajo de pronto, al menos en los países que vivieron en carne propia la tiranía y que encendieron la mecha del conflicto. (p.7)

De lo expuesto y en especial ante la evidente decadencia del dogma referente al imperio de la ley, surge la necesidad de idear mecanismos eficaces de defensa del Texto Constitucional, los cuales permitan poner freno a esa mayoría parlamentaria, que como quedó reflejado en las líneas que anteceden, podía llegar a ser aún más cruel que el peor de los monarcas.

En efecto, como ya lo advirtiera Kelsen en el año 1928, citado por Brewer, A. (1996, p. 67):

Si se ve la esencia de la democracia, no en el poder todopoderoso de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y luego en la paz social, la justicia constitucional surge como un medio particularmente adecuado para llevar a cabo esta idea. La simple amenaza de recurso a un Tribunal Constitucional puede ser, en manos de la minoría, un instrumento para impedir a la mayoría violar inconstitucionalmente intereses jurídicamente protegidos, y, para oponerse eventualmente a la dictadura de la mayoría que no es menos peligrosa para la paz social, que la de la minoría.

Empero, todos estos aspectos que resultan de sumo interés para comprender algunos puntos cruciales de la investigación, tales como el atinente a la legitimidad del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de leyes serán abordados a profundidad en el capítulo atinente al desarrollo de la investigación, siendo de momento necesario destacar como otro aspecto que atañe a los antecedentes de este estudio el relativo a los diversos mecanismos e incluso sistemas de protección del

Texto Constitucional, que en muchas ocasiones responden a combinaciones de tales sistemas.

De esta manera, se estimó pertinente dedicar un apartado de la investigación al análisis general de tales sistemas; no obstante, del estudio de estos aspectos se encontró que el constitucionalismo liberal ideó fundamentalmente dos modelos o sistemas: el control por el órgano judicial ordinario, típico del sistema norteamericano, y el control por un órgano político, de raigambre francesa. (Mesía, C., 2007, T I, pp. 173-174).

En este contexto, la investigación efectuó algunas reflexiones sobre las características de los modelos norteamericanos, europeos y mixtos de justicia constitucional.

Asimismo, se determinó cuál es el modelo acogido por nuestro país, que casi siempre suele ser catalogado como un sistema mixto, por las razones que, siguiendo a Brewer, A. (1996), se exponen a continuación:

En Venezuela, al contrario de los sistemas que normalmente se aprecian en el derecho comparado, el control de la constitucionalidad de leyes no puede identificarse en particular con alguno de esos dos métodos o sistemas, sino que, realmente, está conformado por la mezcla de ambos, configurándose entonces como un sistema híbrido y de una amplitud no comparable con otros sistemas de los fundamentales que muestra el derecho comparado. (p. 315).

Tales consideraciones efectuadas en el marco de la Constitución de 1961, mantienen vigencia incluso en la actualidad y son útiles a los fines de esbozar una idea, aunque general, de la forma como operan en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos judiciales de control de

constitucionalidad de leyes conocidos como los métodos difuso y concentrado.

No obstante, en lo atinente al posible empleo del aludido método difuso de control por parte de órganos distintos a los judiciales, la mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de su utilización, asignándole a éste a un carácter principalmente judicial.

Muestra de ello, lo constituye la opinión expresada por Camargo, P. (1999), quien al referirse a la cuestión de inconstitucionalidad en Colombia, equiparable, con sus diferencias, al control difuso en Venezuela, señala lo siguiente:

La excepción de inconstitucionalidad es, por lo general, de carácter judicial, pues no es muy ortodoxo que a las autoridades administrativas corresponda esa atribución, eminentemente jurisdiccional, que es la típica del *diffused control* de constitucionalidad de los Estados Unidos de América que confiere a todo juez el poder de no aplicar, en un caso contrario, una norma contraria a la Constitución Federal.

...omissis...

(...) aquí se insiste en que la excepción de inconstitucionalidad es aplicable sólo por los jueces de la República en los litigios concretos, cuya decisión se traduce en la no aplicación de la ley reputada de inconstitucionalidad. Los demás servidores públicos, si bien están obligados a respetar y obedecer la Constitución, no están facultados para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y de las controversias que surjan con tal motivo se ocupa el Poder Judicial. (pp. 223-225).

En igual sentido, se pronuncia Casal, J. (2006), quien al referirse al tema, trae a colación una sentencia de la Sala Constitucional, señalando lo que a continuación se transcribe:

Según jurisprudencia de la Sala Constitucional están igualmente cubiertas por el artículo 334 algunas de las instancias que desarrollen medios alternativos de resolución de conflictos, como los tribunales arbitrales. En cambio los órganos administrativos no están facultados para el ejercicio del control difuso, ni siquiera cuando cumplen lo que algunos califican de función cuasi-jurisdiccional.

No obstante, no cabe descartar que la Administración Pública, la cual se encuentra sujeta a la Constitución, al igual que los demás órganos del Poder Público (art. 7), se ve obligada, ante violaciones graves y manifiestas de la Constitución derivadas de una Ley o decreto – ley, a ignorar la norma correspondiente, sobre todo cuando ésta sea lesiva de derechos garantizados por la Constitución, ya que su artículo 25 prescribe la nulidad de los actos del Poder Público que los vulneren, por lo que la autoridad o funcionario administrativo mal podría emitir u ordenar actos de ejecución de una ley que flagrantemente los cercene. (p. 165)

Sin embargo, éstos y otros autores que se encuentran citados en el desarrollo del trabajo tienen en común que no explican, una vez descartado el empleo por parte de la Administración Pública del método difuso de control de constitucionalidad de leyes, cuál sería el mecanismo que permitiría en ese ámbito aplicar la Constitución con preeminencia a la Ley.

De la misma forma, se identificó como otra limitante de la investigación la atinente a que en la mayoría de los casos los autores nacionales al analizar el tema recurren casi de manera automática a los pronunciamientos de la Sala Constitucional y sin efectuar mayores consideraciones sobre el asunto concluyen que en nuestro país no es posible el empleo del control difuso de constitucionalidad de leyes por parte de los agentes administrativos.

Por consiguiente, estas breves reflexiones, las cuales serán profundizadas y abordadas con mayor detenimiento en el correspondiente capítulo, permiten dibujar un panorama general de cuales son los antecedentes y tratamiento que ha recibido el tema objeto de la investigación, lo cual refuerza las razones que se esgrimieron al momento de efectuar la correspondiente justificación del estudio.

2.2. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.

Como puede apreciarse de las reflexiones realizadas en las líneas que anteceden la presente investigación se enmarcó dentro del ámbito de la Administración Pública, toda vez que a través de ella pretendemos determinar si es posible el empleo del control difuso de constitucionalidad de leyes por parte de los agentes administrativos o cualquier otros mecanismos que permitan eludir la aplicación de una norma inconstitucional.

No obstante, como lo destaca Severo, M. (1991), la administración tiene hoy día dos significados netamente distintos: "...uno indica actividad, el otro el sujeto..." (p. 39)

De ambos sentidos, el término Administración Pública ha sido empleado en su acepción material, esto es, como comprensivo de todos aquéllos supuestos en los cuales nos encontramos en presencia del cumplimiento de la función administrativa por parte de los distintos órganos del Estado.

Por consiguiente, hecha dicha precisión, conviene advertir que el objetivo central del estudio se traduce en dilucidar si es posible el empleo del método difuso de constitucionalidad de leyes por parte de cualquier órgano de los

poderes públicos en cumplimiento de la función administrativa y no sólo de aquellos que forman parte de ésta desde el punto de vista formal.

III DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. DISEÑO.

Metodológicamente el presente trabajo se ubica en una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una investigación en los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, analizados con sentido crítico y temático, esto es, a través de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y a las consideraciones que ha hecho la doctrina principalmente nacional y por supuesto el conjunto de normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual.

En tal sentido y de acuerdo con los objetivos establecidos en la presente investigación, el trabajo es un estudio monográfico a nivel descriptivo. Monográfico, por cuanto consiste en el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general, el pensamiento de la autora y descriptivo tomando como base lo acotado por Hernández, Fernández y otros (1991), lo cual consiste en especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a su análisis.

Lo antes señalado se reforzó con el uso de la técnica de análisis de contenido y análisis comparativo, lo cual permitió hacer un análisis deductivo inductivo para así cumplir con los objetivos planteados.

3.2. PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN.

3.2.1. ¿Es posible que la Administración Pública aplique el control difuso de constitucionalidad de leyes?.

3.2.2. ¿Qué alternativas se manejan para el ámbito administrativo, a los fines de eludir la aplicación de una norma inconstitucional?

3.3. TÉCNICA E INSTRUMENTOS.

Para la sistematización de la información, se utilizó como técnica el análisis de contenido, para ello se siguió lo señalado por Hernández R., Fernández C. y Baptista, P. (1991, p. 303), quienes sostienen que:

El análisis de contenido se efectúa por la codificación, que es el proceso a través de la cual las características relevantes del contenido de un mensaje son transformadas a unidades que permitan su descripción y análisis preciso. Lo importante del mensaje se convierte en algo susceptible de describir y analizar. Para poder codificar es necesario definir el universo a analizar, las unidades de análisis y las categorías de análisis.

Como instrumento de refuerzo para facilitar la recopilación y clasificación de la información, se utilizaron fichas de trabajo, con las cuales se logró una mejor organización de las mismas.

IV DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN CONSTITUCIÓN Y SU VALOR NORMATIVO.

4.1.1. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS Y SUS DIFERENTES CONCEPCIONES.

Como veremos, más adelante, el concepto de la Constitución ha tenido diversas acepciones cuyo punto de conexión viene dado por el poder político y el Estado.

De hecho, como lo afirma Vanossi, J. (1980), existen dos cosas que pueden cambiar en torno a la Constitución:

Ya sea la Constitución misma o bien el concepto construido en su redor. El primer aspecto se vincula con el tema de fijeza y de los cambios constitucionales, más todas las implicaciones que conlleva. El segundo aspecto está referido a la idea de Constitución adoptada por una corriente de pensamiento o gestada como reflejo de una época determinada. (p. 51)

De esta forma podría hablarse y de hecho, así ocurrió en una fase inicial, del vocablo Constitución para denotar la forma como ha sido llevada a cabo la organización de la fuerza estatal.

Habida cuenta de ello, justo es reconocer que desde antes de que el término “Constitución” fuese empleado, las sociedades, de modo espontáneo, mantenían sus propias formas y reglas de organización.

En este contexto Lassalle, F. (1863, pp. 55-56) sostiene que si bien es cierto que todo país ha mantenido siempre una Constitución real y efectiva, las Constituciones escritas aparecen mucho más tarde como consecuencia de que se haya operado una transformación de los factores reales de poder imperantes en un país.

No obstante, abstracción hecha de dicha distinción entre Constituciones reales y efectivas y aquéllas que en contraposición son catalogadas como escritas, algunos autores consideran que el origen del término Constitución, en el sentido más amplio de la expresión, lo encontramos en la Grecia Clásica, que tuvo como convicción que la comunidad política se gobierna por ley.

De esta manera Velasco M. (2002) aduce que fue Aristóteles quien desarrolló el concepto de Constitución, cuando analizó las formas de gobierno conocidas como monarquía, aristocracia y democracia, señalando que su degradación daría lugar, respectivamente, a la tiranía, oligarquía y democracia exagerada, razón por la cual estimaba, según lo expone la citada autora, que la mejor forma de gobierno era la de la constitución, en la cual se combinaran elementos de las referidas formas de gobierno "...de manera que cada clase de ciudadano tuviera garantizados sus derechos y aceptara sus responsabilidades en favor del bien común..." (Velasco, M. 2002, p. 30)

Empero, hay quienes difieren de dicha concepción señalando que si bien con anterioridad a la Revolución Francesa y Americana se tuvo referencia de documentos como la Carta Magna arrancada en 1215 a Juan sin Tierra por los barones de Inglaterra, o las de los años 1814 y 1830, éstas no son del

todo equiparables al concepto de Constituciones escritas que posteriormente fue manejado.

Así, por ejemplo, se sostiene sobre dicho aspecto lo que a continuación se transcribe:

Ciertamente hay diferencias de forma, porque las Cartas, a diferencia de las Constituciones escritas, no tienen forma de leyes; también es cierto que existen diferencias desde el punto de vista del poder constituyente, porque en la Carta de 1814 el poder constituyente residía tan solo en el rey, en la Carta de 1830 se repartía entre el rey y la nación, mientras que en las Constituciones escritas pertenece únicamente a la nación. Pero en el fondo, y en cuanto constituían el Estatuto del Estado, valían estas Cartas como Constituciones, y es lo notable que a ellas se debe la introducción del verdadero régimen constitucional y parlamentario. (Hauriou, M. 1927, pp. 307-308)

En efecto, a pesar de que tanto en la Inglaterra del siglo XVII, como en formas primitivas de organización adoptadas en esa misma época por quienes para la fecha fungían como colonos de EE.UU., se generaron formas incipientes de constituciones; el movimiento constitucionalista, cuyas consecuencias normativas e ideológicas conocemos hoy día, tal como lo afirma Ferreyra, R. (2001), "...empieza a fines del siglo XVIII..." (p. 104)

De esta manera, García, M. (2000) nos comenta que junto a una versión jurídica "...de las leyes fundamentales, las fracciones políticas en pugna en el siglo XVIII apelan a unas leyes fundamentales que en este caso tenían más principios políticos que normas jurídicas precisas..." (p. 25)

Más específicamente, refiere el autor, (Manuel García Pelayo) que durante la época del estado absolutista, la ciencia jurídica había distinguido unas

normas supuesto de todas las demás, y, por consiguiente, en relación de preeminencia con ellas, normas que se referían al ejercicio del poder del Estado y que portaban en su seno la decisión sobre el modo de existencia política de un pueblo. (García, M. 2000, p. 25)

Habida cuenta de lo anterior, tal como lo destacan López, Massó y Pegorado (2000), "...el concepto de Constitución toma en la Europa Continental y en Estados Unidos dos caminos divergentes...", los cuales identifican en los siguientes términos:

(...) en el primero de los casos, (Europa Continental), en su consideración, durante un largo periodo de tiempo, como mero documento político, y, en el caso americano, en la afirmación desde los momentos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario y a la aprobación del texto de 1787, de las Constituciones como una norma jurídica, con todas las importantísimas consecuencias que ello iba a implicar. Entre otras, y de modo muy fundamental, la de la afirmación de instrumentos de naturaleza netamente diferentes para garantizar, en uno y en otro modelos, la defensa y protección de sus contenidos materiales. (López, Massó y Pegorado, 2000, p. 52).

De esta forma las Constituciones se definen desde que nacen a finales del siglo XVIII y principios del XIX, por la combinación de dos características que las convierten en textos jurídicos especiales, para nada equiparables a los que las habían precedido.

Tales características son la especial materia llamada a regular estos textos jurídicos y la manera como son aprobados, lo cual llevó a Kelsen a distinguir entre Constitución en sentido material y formal. En el primer caso relacionada con el contenido de dicho texto fundamental y en el segundo supuesto, según lo refiere Velasco, M. (2002) concebida como "...un conjunto de

normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas...”. (p. 31)

Paralelamente, debe destacarse que es a partir de las revoluciones norteamericana y francesa que el significado de Constitución escrita adquiere una distancia considerable de las denominadas Constituciones reales o efectivas e incluso de las restantes normas que integran el orden jurídico positivo estatal.

De esta manera Ferreyra, R. (2001) nos comenta que concomitantemente a las mencionadas revoluciones aparece el concepto de supralegalidad constitucional, de acuerdo con el cual “...la Constitución formal es una ‘superley’ que impone limitaciones sustanciales al ejercicio del poder político, a cuyo efecto lo fracciona, lo encierra mediante diversos artificios...” (p. 105).

No obstante, según lo expone el aludido autor, dicho concepto de constitución escrita sobrevenidamente entró en crisis por la existencia de un divorcio entre ésta y aquella que en contraposición es real o efectiva.

Bajo dicha premisa Ferreyra, R. (2001), retoma las palabras de Lassalle, quien como hemos expresado en las líneas que anteceden, distinguió entre Constituciones reales y las escritas, a los fines de expresar la poca conveniencia de consagrar diferencias notables entre uno y otro tipo de Constitución, por las razones que se exponen a continuación:

Lo que usualmente se denomina Constitución, la Constitución jurídica, sólo es, en palabras de Lassalle, un trozo de papel. La aptitud de la Constitución jurídica para interpretar o motivar conductas, es decir su capacidad para la regulación de la vida

comunitaria y la organización fundamental de la fuerza estatal, valdría hasta su coincidencia con las prescripciones de la Constitución real. Los desajustes entre texto constitucional y realidad producían un conflicto en el cual, finalmente la simple hoja de papel termina claudicando ante las efectivas relaciones de poder existentes en el Estado (p. 107).

Tal adecuación con la realidad del momento histórico que se viva y las particularidades que se presentan en cada país, es lo que explica, a su vez, la dificultad de establecer un concepto uniforme de la palabra Constitución al tiempo que nos muestra la justificación del por qué dicha noción frecuentemente se le ve acompañada de un adjetivo, y "...se hable así de constitución jurídica o de constitución real, de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o sentido restringido..." (García, M. 2000, p. 33).

Por ello, a continuación y siguiendo para esos fines la metodología empleada por García, M. (2000) trataremos de sintetizar tres grupos de conceptos que se han ofrecido en torno a dicha noción, los cuales si bien no tienen vigencia en la actualidad, son ilustrativos a los efectos de establecer algunas nociones que se han manejado en torno al referido concepto.

4.1.1.1. El Concepto racional normativo.

Bajo dicha concepción la Constitución es concebida como un sistema de normas que no sólo expresa un orden, sino que es ella quien lo crea. Por ello dicho concepto racional convierte al texto fundamental como algo perfectamente encuadrado dentro del proceso histórico de la racionalización, objetivación y despersonalización del Estado.

Asimismo, y, teniendo presente que conforme a un concepto racional de Constitución, los órganos e instituciones fundamentales del Estado existen por dicho Texto y derivan de ella, luego resulta lógico suponer que sean inherentes a la mencionada concepción la distinción entre poder constituyente y poder constituido, de forma que únicamente al primero le incumbe decidir sobre la constitución como totalidad o sobre sus reformas parciales.

De esta forma, García, M. (2000), expone que bajo dicha noción no resulta constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquélla que reúne las siguientes condiciones:

a) La garantía de los derechos individuales; b) la división de los poderes que sirve de efectividad a aquéllos (...). Y la mayoría de los tratadistas estuvieron, en efecto, de acuerdo en considerar como constitución solamente a la que reuniera estas dos condiciones, pues aunque algunos admitieron un concepto 'neutral' de constitución, y aunque los juristas alemanes establecieron la distinción entre 'constitución (*Verfassung*) y 'constitución constitucional' (*Konstitutionelle Verfassung*), lo cierto es que sólo consideraron como constitucional aquel régimen que reunía los dos caracteres arriba indicados. (p. 39)

Por ello, como lo destaca Manuel García Pelayo, resulta como una nota distintiva de la Constitución así entendida que ésta sólo sea expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrecería garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre.

4.1.1.2. El Concepto Histórico tradicional.

De la polémica del concepto racional de constitución surge el que en contraposición es catalogado como histórico tradicional, conforme al cual la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen una pluralidad de elementos irracionales y fortuitos, situación que conlleva a considerar al Texto Fundamental como el producto de actos parciales reflejo de situaciones concretas, frecuentemente asociados a usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha es imprecisa.

Por lo tanto, a diferencia del concepto racional, la Constitución no se crea en un solo acto ni es producto de la razón, sino que la misma se genera lentamente por acontecimientos de la historia.

Empero, dentro de dicha posición suelen distinguirse dos posturas. La primera que considera la constitución como una institución puramente histórica, y, por consiguiente, como un campo rebelde a la razón y a la planificación humana; en tanto que una segunda tesis, consideraría que si bien el Texto Fundamental es producto de la historia, la razón puede moldear ésta en cierta medida.

En todo caso, independientemente de la posición adoptada, en ambas situaciones, se identifica como característica de este concepto de constitución la de no reconocer distinción entre leyes constitucionales y ordinarias.

Lo anterior obedece a que siendo la historia un constante acontecer de nuevos hechos, no resultaría apropiado dar más relevancia a regulaciones

que surgieron dentro de una circunstancia dada. De ahí que, conforme a los postulados de dicha postura se desconozca el concepto formal de Constitución ofrecido por Kelsen, entendida como una norma organizativa y procedimental que regula la producción de normas generales sin incluir en su contenido un sistema de valores y principios.

4.1.1.3. El Concepto sociológico.

Bajo dicha concepción quedan relativizados la política, el derecho y la cultura a situaciones sociales y por tanto, el concepto del texto fundamental quedaría circunscrito a las siguientes afirmaciones: a) la constitución es primordialmente una forma de ser, y no de deber ser; b) la constitución no es el resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX se identificaban con situaciones y relaciones económicas; c) la constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia legalidad, rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella; d) en fin, si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre la legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre la vigencia (García, M., 2000, pp. 46-47).

No obstante, de estos tres conceptos de Constituciones sólo el racional normativo tuvo importancia para la formación de la ciencia del derecho constitucional, ya que las otras dos nociones tuvieron relevancia para la polémica política, más no lograron influir considerablemente en la opinión de los juristas, y en tal virtud la doctrina dominante se construyó bajo un concepto de constitución racional.

Empero y sin que nos corresponda en esta oportunidad abundar en lo que atañe a la crisis de la legalidad y los métodos positivistas, cabe señalar que posteriormente se produjo una tendencia a abandonar el concepto racional normativo de constitución y en este contexto García, M. (2000), nos comenta lo siguiente:

La tendencia hacia los juicios de valor de modo amplio caracteriza a parte de las consideraciones científico – jurídicas contemporáneas, se manifiesta aquí una ‘politización’ del concepto de constitución; ‘politización’ no significa en este caso la conversión del concepto de constitución en un instrumento de lucha política, sino simplemente el criterio de que la constitución no es una pura normatividad, sino un ‘modo de existencia política’, ‘un derecho para la política’, una normatividad con contenido político, ‘una transposición de determinadas convicciones políticas’ (p. 81)

Asimismo, Lejarza, J. (1999), apoyándose en la opinión de Santi Romano y Bidart Campos, señala lo siguiente:

La sola referencia constitucional al ordenamiento resulta suficiente para entender superado el modelo de la teoría positivista del Derecho, implicando prioritariamente, la sujeción del ordenamiento a un orden valorativo (...). Y es que, en definitiva, como indica BIDART CAMPOS, ‘...ninguna constitución es neutra o aséptica ideológica o valorativamente. Aunque no defina valores ni principios, y aunque acaso solo dedique su articulado a la organización del poder, siempre asume una determinada filosofía política en su techo ideológico’ y concluye estas reflexiones con una hermosa frase de que toda Constitución ‘...respira siempre la atmósfera de un sistema de valores inconfesado’. Lenguaje figurado al que ha recurrido también el Tribunal Constitucional español al referirse a la Constitución como, ‘la atmósfera en que se desarrolla la vía jurídica, el oxígeno que respiran las normas’. (TCE Sent. 88) (p. 196).

No obstante, cabría señalar que el abandono del concepto racional de la constitución y de la corriente positivista antes mencionada, no involucra un desconocimiento del valor normativo que actualmente se predica del Texto Constitucional y a ese respecto Bidart, G. (1995) se plantea como interrogante ¿Cuál es, entonces, la diferencia entre esta negación y la afirmación de la fuerza normativa de la constitución?, respondiendo sobre dicho aspecto, lo siguiente:

Una bien visible, Predicar la fuerza normativa de la constitución es, solamente, atribuir a la constitución como norma el efecto necesario de operabilidad, aplicabilidad y funcionamiento directos e inmediatos que debe lograr a través de los operadores que tienen que cumplirla. Eso y sólo eso. Pero es mucho, y puede rendir beneficios. En tanto, es improductiva – y hasta susceptible de burla – la tesis de que la norma consigue por sí sola que la realidad se ajuste a lo que la norma dice.

En suma, de cuanto se carga ideológicamente al concepto racional – normativo sólo se comparte, en la teoría de la fuerza normativa de la constitución, la afirmación primera de que la constitución escrita es un sistema normativo; todo lo demás le es ajeno. Y lo que la teoría de la fuerza normativa de la constitución sostiene – a distancia de todo ese bagaje ideológico del tipo racional – normativo – es que por ser ella el sistema normativo primario, fundamental y fontanal del ordenamiento jurídico, las normas de la constitución son directa e inmediatamente aplicables y susceptibles de cumplimiento por parte de los operadores gubernamentales y de los particulares – en la esfera propia que pertenece a cada grupo - . (pp. 61-62).

Similares consideraciones, efectúa Duque, R. (2008), cuando al referirse al alcance de las Constituciones modernas nos comenta lo siguiente:

Las Constituciones modernas tienen un contenido omnicomprensivo, porque contienen en un solo texto la Constitución Política, la Constitución Social, la Constitución

Económica, La Constitución Educativa y Cultural y, sobre todo contiene un condicionamiento dogmático de sus propias normas y de todo el ordenamiento jurídico. Ello es fruto del neo iusnaturalismo que impregna las más modernas Constituciones. (p. 82)

De manera que, la fuerza normativa de la Constitución, no es sólo una cuestión de normas o reglas jurídicas, estrictamente hablando, sino que comprende un conjunto “...de valores y principios constitucionales positivizados, que a su vez, son fuentes de interpretación de sus propias normas y de todo el ordenamiento jurídico...” (Duque, R. 2008, p. 83).

No obstante, en el título siguiente, analizaremos con mayor detenimiento el origen de dicho valor normativo de los Textos Constitucionales y algunas de las implicaciones que de éste se derivan.

4.1.2 VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN.

4.1.2.1. *La Constitución como norma jurídica.*

Al referirnos al tema, resulta inevitable la reseña del trabajo elaborado por García, E. (1985), quien al expresar su opinión sobre el valor normativo de la Constitución, nos explica lo siguiente:

Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII (...), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Estos supuestos radican en su origen popular y comunitario y (...) su contenido lo indica con toda precisión el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: ‘Toda sociedad en la cual no

esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución' (p. 41)

No obstante, advierte el mencionado autor que la Constitución así entendida sufre en la Europa continental un fuerte embate por la derecha y por la izquierda.

Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de NAPOLEÓN. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene la codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que se pasa a hacer una simple retórica. (...) En una segunda fase querrán las Monarquías restablecer el concepto medieval de pacto entre Corona y el pueblo, idea que entre nosotros tendrá aún su último representante en Cánovas, y que, como se comprende, coloca al Monarca en una situación propia pre y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.

El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la reducción de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional. (García, E. 1985, pp. 41-42).

Tales embates, continúa expresado el autor, son decisivos hasta el punto de que en Europa continental se pierde, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX y prácticamente hasta la segunda postguerra. (García, E. 1985, p. 42).

En este sentido, De Otto, I. (2001, p. 13), nos comenta que en Europa a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos, las monarquías fueron las

responsables de que no se llegase a afianzar claramente la idea de que esa Constitución escrita era efectivamente una norma jurídica que obligaba a los poderes del Estado y cuya infracción es antijurídica.

Fundamenta lo expuesto, distinguiendo las condiciones políticas que se verificaron tanto en Europa como en América y las cuales determinaron el alcance y sentido atribuido al Texto Constitucional, por las razones siguientes:

(En Europa) la finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna – por decirlo así – al aparato de poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley.

Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de constitucionalidad del mismo. (De Otto, I. 2001, pp. 13-14).

No obstante, según lo expresa Brewer, A. (1996, p. 23, T. VI) fue hasta terminada la Segunda Guerra Mundial cuando la Europa Continental recupera el concepto de constitución entendido como norma suprema y

fundamental del ordenamiento jurídico, directamente aplicada tanto a los órganos del Estado como a los individuos, dejando de ser tales Texto Jurídicos, simples buenas intenciones o adagios trillados desprovistos de valor normativo.

Paralelamente, surge en Francia la necesidad de crear la noción conocida como “el bloque de constitucionalidad”, lo cual obedeció a que inicialmente habría sido desconocida la fuerza normativa de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debido a su falta de inclusión en el Texto de la Constitución. Sin embargo, tras varias decisiones del Consejo Constitucional Francés adoptadas en los años setenta, el mencionado bloque de constitucionalidad ha sido ampliado, según lo refiere Brewer, A. (1996) “...para incluir en el mismo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958, y a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República...” (pp. 23-24, T VI).

En todo caso, en la actualidad resulta difícil imaginar un texto constitucional cuyo valor no sea el de una verdadera norma jurídica, situación que, como veremos más adelante, genera importantísimas consecuencias para la construcción del sistema de justicia constitucional y el método de interpretación que se emplee.

4.1.2.2. La posición del constituyente de 1999 respecto al valor normativo de la Constitución.

En Venezuela el vigente Texto Constitucional (1999) recoge en su artículo 7 el concepto de constitución como norma jurídica cuando afirma lo siguiente:

La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejerzan el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

Dicho valor normativo se ve reforzado por lo establecido en el artículo 335 *eiusdem*, que al efecto consagra:

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Paralelamente, la Exposición de Motivos del Texto Constitucional (1999) subraya los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, y al efecto prevé que "...dichos principios, constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional...".

No obstante, cabe mencionar que tales preceptos del Texto constitucional vigente (1999) no hacen sino reconocer el principio de supremacía y valor normativo de la Constitución, el cual en América Latina se arraigó desde el siglo pasado, con una clara influencia norteamericana, según lo comenta Escudero, M. (2005, p. 61), quien además destaca que así lo reflejaba la Constitución Venezolana de 1811.

Sin embargo, en el siguiente Capítulo se abordarán con mayor profundidad dichos aspectos, toda vez que tanto el valor normativo como la supremacía

que se predica respecto al Texto Constitucional, son uno de los principales aportes de la revolución norteamericana, a cuyo modelo de justicia constitucional dedicaremos algunas reflexiones más adelante.

De manera que, sin pretender agotar en esta oportunidad, todos los comentarios que amerita la referencia al valor normativo de la constitución, baste con señalar, de momento, que en Venezuela no queda duda que el Texto Fundamental del Estado tiene un indiscutible valor normativo, incluso desde antes de la Constitución de 1999.

Empero, cabe acotar, aunque de manera incidental, que el aludido carácter normativo ha provocado cambios con relación a las denominadas normas programáticas, las cuales se consideraban como normas directamente aplicables sólo al Legislador.

Dicha tendencia se registraba principalmente en materia de derechos económicos y sociales, en las cuales se consagraban normas cuyas enunciaciones estaban redactadas como si se tratara de pautas o programas políticos dirigidos sólo al Legislador.

Habida cuenta de ello, el valor normativo de la Constitución conlleva a la "...separación del carácter programático atribuido a algunas normas constitucionales, y a su ejecución por los tribunales, como normas directamente aplicables a los individuos, dejando de ser consideradas sólo como aquellas buenas intenciones..." (Brewer, A. 1996, p. 24).

No obstante, al referirse al tema Linares, G. (1999), comenta que "...uno de los argumentos que subyace en la tesis del carácter programático de algunas normas constitucionales es la imprecisión e indeterminación de tales

dispositivos, que serían por tanto inaplicables hasta que fueran determinados y concretados por la legislación posterior...” (p. 135)

Lo expuesto resulta relevante, ya que sin pretender efectuar un desarrollo exhaustivo del tema, es menester realizar una breve referencia al criterio sentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1278 del 17 de junio de 2005, recaída en el caso: Adriana Vigilancia García y otros, con ocasión del cual se dispuso lo siguiente:

(...) la Sala, ante todo, recordar que las Constituciones modernas, entre ellas la venezolana, contienen auténticas normas de Derecho, por lo que no es posible hablar de disposiciones programáticas, salvo que así lo haya establecido expresa y claramente el Texto Fundamental.

(...)

La determinación de la naturaleza normativa (vinculante) de las disposiciones constitucionales fue uno de los grandes avances del Derecho Público. De hecho, la jurisdicción constitucional – que esta Sala representa en el ordenamiento venezolano- sólo puede basarse en la afirmación del carácter normativo del Texto Fundamental. Sería imposible censurar al legislador en caso de que sus actos se aparten de la Carta Magna y, en consecuencia, anularlos, si no estuviera sometido a mandatos categóricos consagrados por el Constituyente.

Por supuesto, no toda disposición constitucional es de aplicación directa e inmediata. Las Constituciones son, entre otras cosas, textos en los que las sociedades jurídicamente organizadas regulan su estructura y funcionamiento, así como precisan el alcance de los derechos ciudadanos y de las potestades públicas, pero también son textos en los que se exponen los deseos de esa misma sociedad –a veces de difícil realización- y los medios que, para satisfacerlos, han ideado.

Las disposiciones constitucionales, por ello, son de muy diverso contenido. Rara vez se encontrarán disposiciones

legales o sublegales que consistan en declaraciones de propósitos. En cambio, las Constituciones sí suelen incluir declaraciones de la más variada índole. Basta leer el Preámbulo que antecede a muchas de ellas, como es el caso venezolano, para confirmar este aserto.

Ahora, al ser la Constitución el documento en el que se reflejan los valores generalmente compartidos por la sociedad de que se trate, esas declaratorias de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad. Los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutadas. De poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares.

Lo que sí resulta cierto es que, aunque pueda afirmarse que toda la Constitución contiene disposiciones que deben ser ejecutadas, no todas son de naturaleza idéntica: algunas son mandatos al legislador para que, haciendo uso de su libertad de apreciación y decisión, escoja los mecanismos más idóneos para dar satisfacción al propósito del Constituyente. Es el caso, precisamente, de las llamadas normas programáticas: aquellas que, inspiradas en un fin, prevén la necesidad de materializarlo, pero dejan su desarrollo al legislador, representante de la voluntad popular.

Una disposición programática no contiene un mandato directamente ejecutable por toda la colectividad: tiene destinatarios específicos, que deben desarrollarlo de manera tal que el propósito perseguido logre cumplirse. Antaño existió la tendencia a estimar como programáticas disposiciones que no lo eran, desconociendo su naturaleza. Hoy en día, en buena medida gracias a la interpretación del Máximo Tribunal, se deslindaron las disposiciones programáticas (mandatos al Legislador, por lo general) de las inmediatamente ejecutables por todas las autoridades públicas y los particulares.

Dicha decisión, lejos de constituir un pronunciamiento aislado de la referida Sala Constitucional, ha sido ratificada, entre otras, en sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008, de cuya lectura se evidencia que la aludida Sala, sin

desconocer el carácter normativo de la Constitución Bolivariana de Venezuela; ha aceptado como válida la existencia de normas de muy diverso contenido que, en ocasiones, no son susceptibles de ser invocadas y aplicadas directamente por los Tribunales y ello principalmente ocurriría, como lo destacó Linares, G. (1999) cuando tales disposiciones poseen un carácter general o impreciso.

Empero, en contraposición a la opinión antes esbozada, debe señalarse que la circunstancia de que existan cláusulas constitucionales abiertas que requieran ser concretadas a través de la interpretación, no debe traducirse en que éstas carecen de valor normativo; por el contrario, las mismas son vinculantes y pueden ser invocadas directamente ante los Tribunales, siendo los operadores jurídicos los llamados a concretar tales enunciados según las circunstancias de cada caso concreto.

De hecho, como lo expresa Peña, J. (2008) las normas que integran la Constitución (1999) están redactadas “...en una especie de continuo que va desde un alto grado de abstracción (...) hasta un significativo nivel de concreción...” (T. I, p. 126); no obstante, en ambos casos se trata de verdaderas normas jurídicas que se clasifican en reglas clásicas del derecho, principios y valores, al punto que el artículo 335 del Texto Fundamental (1999) establece que las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido de las normas y principios constitucionales son vinculantes.

Habida cuenta de ello, el autor citado, a pesar de reconocer que la inclusión de los valores y principio en la normas de la Constitución constituye un avance teórico, admite expresamente que ello plantea, a su vez, como dificultad dilucidar su alcance (Peña, J., 2008, T. I, p. 127)

De manera que, aun cuando no pretendemos desarrollar dicho planteamiento a profundidad, por exceder esa tarea de los objetivos trazados por esta investigación, la anterior referencia resulta indispensable a los efectos de explicar el sentido y alcance que se le ha atribuido en Venezuela al valor normativo de la Constitución, y, por consiguiente, teniendo presente dichas premisas, a continuación analizaremos otro de los principios claves en el estudio del control de constitucionalidad de las leyes, esto es, el principio de supremacía del Texto Constitucional.

4.1.2.3. Principio de Supremacía constitucional.

En íntima relación con el carácter normativo del Texto Constitucional la doctrina suele postular el denominado principio de supremacía de dicho Texto.

Bajo esta premisa, se afirma que en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional es fundamentalmente posible "...no sólo cuando existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho..." (Brewer, A., 1996, p. 25)

En sintonía con lo expuesto, se ha indicado que la Constitución es la norma de mayor jerarquía, pudiendo distinguirse dos orientaciones de esta última expresión, las cuales han sido explicadas por Ferreyra, R. (2001) en los siguientes términos:

- A) La jerarquía lógico – normativa de la Constitución.

Si se circunscribe el análisis a un punto de vista lógico, la tarea no tiene mayores inconvenientes. Se verifica que la Constitución es superior al resto de la producción jurídico estatal. ¿Por qué? Porque la Constitución, que es la norma que programa la producción jurídica estatal es formalmente superior a las normas cuya producción programa, ya que la Constitución es lógicamente anterior a las normas infraconstitucionales. La Constitución es la metanorma del ordenamiento jurídico como consecuencia de una decisión positiva del poder estatal. Tan sencillo como ello.

(...)

B) La jerarquía axiológica de la Constitución.

Señala Guastini que las jerarquías axiológicas se dan entre dos normas cuando una de ellas es el basamento de la otra o, más en general, cuando una de ellas tiene valor de principio normativo y la otra tiene valor de mera o simple norma.

(...)

Según este modelo teórico en un ordenamiento jurídico dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con los procedimientos constitucionales predispuestos para su configuración formal, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios axiológicos receptados básicamente en los derechos fundamentales estipulados en el documento constitucional. (pp. 66-68)

No obstante, más allá de las distintas orientaciones que podrían darse a la expresión jerarquía constitucional, lo que nos interesa resaltar en esta oportunidad es que la concepción de la Constitución como ley suprema o fundamental, si bien nace en Norteamérica con ocasión del empleo de la técnica de justicia constitucional, ésta derivó de esa supremacía constitucional que provino del *common law* británico, considerado en sí mismo como ley fundamental.

De lo anterior, da cuenta clara Brewer, A. (1996), quien al referirse al tema expone lo siguiente:

En efecto, antes del Siglo XVII, en el sistema británico, el *common law*, es decir la ley no legislada, prevalecía sobre las leyes formales o *statutes* que eran consideradas como normas particulares o excepcionales en relación al derecho consuetudinario previamente establecido. Esa práctica de la supremacía del *common law* sobre las leyes formales o, como lo expuso el Juez Edward Coke, 'la supremacía tradicional del *common law* sobre la autoridad del Parlamento' plasmó en el famoso caso Bonham de 1610, en el que Coke afirmó:

'Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto Parlamentario va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law* lo controlará y juzgará como nulo'

Este 'sentido común y la razón', sin duda, era algo fundamental y permanente, en pocas palabras, una ley suprema, obligante para el Parlamento y para los tribunales ordinarios.

Una de esas leyes fundamentales, de acuerdo con Coke, era, precisamente, la Carta Magna. (pp. 25-26).

Similares consideraciones, efectúa Peña, J. (2008) quien en torno al carácter superior que se le atribuía al *common law*, incluso desde la Carta Magna de 1215, nos comenta que "...esa característica del mencionado derecho fue formalizada, de manera casi general, por el juez Edgard Coke en la famosa sentencia Bonham's Case, dictada en 1610, en la cual se declara que el *common law* (derecho común) es un derecho superior al emanado tanto del Parlamento como del Rey..." (T. I, p.178).

Habida cuenta de ello, advierte el autor citado, más adelante, que si bien los colonos americanos en sus luchas contra la metrópolis invocaron el referido concepto de derecho superior, no deja de ser menos cierto que luego de la revolución se impuso la soberanía del Parlamento en Inglaterra, careciendo de sentido la reivindicación del *common law*, como derecho superior; no obstante, concluye que debe reconocerse que éste constituye un antecedente del carácter de norma suprema que hoy ostentan las Constituciones escritas (Peña, J. 2008, T. I, pp. 178-179).

En sintonía con lo expuesto, Duque, R. (2008), al referirse al tema de los antecedentes del principio de supremacía constitucional, señala lo siguiente:

Este principio surge propiamente con el llamado constitucionalismo moderno. Sin embargo, en Atenas en el siglo de Pericles, año V A.C., las leyes fundamentales de la *polis* no podían ser violadas por otras disposiciones y los ciudadanos podían impugnar las propuestas que contrariaban estas leyes fundamentales y los tribunales estaban facultados para anularlas y para castigar a sus autores mediante una acción denominada *graphé paranomón*. En la Edad Media en Aragón (año 1283) el 'Justicia', especie del defensor del pueblo de los tiempos modernos, podía denunciar las violaciones al fuero de Aragón (...), por su carácter supremo. En Inglaterra en 1610, el Juez Edward Coke, anuló un sanción impuesta a Thomas Bonham por el Real Colegio de Médicos que se basó en normas legales, por violar postulados fundamentales del *common law*. En la misma Inglaterra el Pacto Popular de 1647 y el Instrumento de Gobierno de 1653 establecían la diferencia entre los poderes de la Nación y los Poderes del Parlamento que quedaron sujetos a los primeros. (...). A partir de 1688, sin embargo, el Parlamento inglés asumió poderes constituyentes. Y, en América del Norte en 1765 la Asamblea de Massachussets anuló la Stamp Act del Parlamento Inglés por contrariar a la razón natural del *common law*. La Constitución Norteamericana de 1787, por su parte, consagró la supremacía constitucional en su Artículo VI, párrafo segundo, al proclamar que la Constitución es la Ley Suprema

del país y que los jueces quedan sujetos a ella a pesar de cualquier disposición contraria de las constituciones o leyes de otro Estado. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1803 al resolver la causa 'Marbury vs. Madison', sobre la base de un voto de su Presidente John Marshall, consideró que la Judiciary Act de 1798 excedía atribuciones constitucionales, por lo que los tribunales no estaban obligados a aplicarla para no destruir el fundamento básico del constitucionalismo que es la supremacía de la Constitución. (pp 94-95).

Como puede apreciarse, y haciendo abstracción de los antecedentes remotos de dicho principio, la supremacía constitucional fue formulada por primera vez en Inglaterra, dentro de lo que se conoce como constitucionalismo moderno, a pesar de que, como veremos más adelante, fueron los norteamericanos quienes lograron efectuar un mayor aporte de las derivaciones que se deducen de dicho principio, entre las cuales destaca la atinente al diseño de la forma de control de constitucionalidad de leyes.

No obstante será en el siguiente capítulo de la investigación donde abordaremos con mayor detenimiento las implicaciones del mencionado principio en el sistema de justicia constitucional conocido como norteamericano.

De momento, debemos destacar que en Venezuela desde 1858, tal como lo sostiene Duque, R. (2008, p. 95) se reconocía este principio de supremacía al contemplarse una acción popular contra leyes y demás actos contrarios a la Constitución; no obstante, como lo advierte el aludido autor, es a partir de la Constitución de 1961 cuando dicho principio se fue consolidando con la previsión de la jurisdicción constitucional en la entonces Corte en Pleno (Art. 215) y de la competencia de todos los jueces para dispensar amparos constitucionales (Art. 49) y con la consagración del principio de la aplicación

directa de las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales en ausencia de reglamentación legal de su ejercicio (Art. 50) y con la previsión en el ámbito legislativo procesal del control constitucional difuso a cargo de de los tribunales.

Empero, en cuanto a la utilidad de dicho principio, conviene traer a colación lo expresado por Bidart, G. (1999) quien se plantea la interrogante relativa a ¿De qué serviría predicar que la constitución es suprema si la fuerza de su juridicidad no existiera dentro de ella misma y no se expandiera desde ella hacia todos los intersticios del mundo jurídico? (p.1), respondiendo dicho planteamiento señalando que de ser ello así, la Constitución “...no sería más que una doctrina recitada, sin efectos prácticos. Y lo que la teoría de la supremacía quiso y quiere es, precisamente, que la constitución como derecho obligue y vincule por su propio imperio...” (p.1)

Similares consideraciones son las expuestas por Peña, J. (2008) quien al referirse al tema sostiene:

Sin supremacía, desde luego en el marco de una Constitución normativa, resultaría muy difícil el funcionamiento del ordenamiento jurídico, pues conviene recordar que la Constitución no es más que la ‘juridificación’ de la organización política de la sociedad o del Estado, y esa juridificación se extiende hacia abajo, y tiende a funcionar más o menos coherentemente, porque todo el ordenamiento aparece articulado a la norma suprema, o en otras palabras, al principio de supremacía constitucional. (T. I, p.203)

No obstante, para lograr el objetivo perseguido por dicho principio es preciso fijar los medios de protección del Texto Constitucional, ya que de lo contrario la aludida supremacía constitucional carecería de todo significado, siendo útil recordar las palabras que sobre dicho aspecto escribió Brewer, A. (1997):

La supremacía de la Constitución sería imperfecta o inoperante desde el punto de vista jurídico si no se establecieran en la misma las garantías que la protegen de los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento constitucional. La supremacía de la Constitución significaría nada si no se fijaran, con precisión, los medios para protegerla tanto en su parte orgánica, incluyendo los procedimientos constitucionales, como en la dogmática que se refiere a los derechos fundamentales. De allí las garantías de la Constitución, entre ellas, los sistemas de justicia constitucional. (pp. 544 – 545).

Lo anterior, no hace sino reproducir la opinión de Hans Kelsen, recogida en el famoso ensayo de 1928, citado por Escudero, M. (2005), en los siguientes términos:

Una Constitución en la cual no exista la garantía de la anulación de actos inconstitucionales, no es, en sentido técnico, plenamente obligatoria (...) Una Constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales, permanezcan igual de válidas – porque su inconstitucionalidad no permite anularlas – equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, más o menos a un acto sin fuerza obligatoria. (p. 62)

No obstante, viene de inmediato a colación como pregunta que debe ser resuelta la atinente a cuáles son los mecanismos diseñados para garantizar dicha supremacía, debiendo señalarse que estos varían según el modelo de justicia constitucional adoptado en cada país.

Sin embargo, aun cuando no nos corresponde desarrollar a profundidad estos temas, en el capítulo siguiente haremos una breve referencia de dichos

modelos y en especial centraremos nuestra atención en el método difuso y concentrado de constitucionalidad de leyes aplicado en Venezuela.

4.2. CONTROLES JUDICIALES DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.

4.2.1. ASPECTOS GENERALES.

Tal como lo mencionamos en el Capítulo anterior la supremacía constitucional ha sido utilizada en el debate como argumento a favor de las bondades de la revisión judicial.

Así lo demuestra la decisión recaída en el caso *Mabury v. Madison*, dictada en 1803 por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y ampliamente difundida tanto por la doctrina nacional como extranjera.

En dicho fallo se hace uso del principio de supremacía de la Constitución, así como de la concepción normativa de ese texto, a los fines de concluir que cuando una disposición legal contraríe la norma suprema, la primera debe ceder a favor de la aplicación de esta última.

Concretamente, Tovar, O. (1983), sintetiza el célebre pronunciamiento del juez Marshall, recaído en la aludida decisión de 1803, en los siguientes términos:

El caso planteado fue el siguiente: El presidente Jefferson anuló el nombramiento de algunos jueces de Paz hecho por su antecesor el Presidente Adams. Margusi, uno de los jueces, demandó al Secretario de Estado Madison por haber actuado inconstitucionalmente. Marshall razonó: 'Los poderes de la

legislatura son definidos y limitados y para que estos límites no sean confundidos u olvidados la Constitución es escrita. ¿Por qué estos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados en un escrito, si pudieran ser en todo momento traspasados por aquellos mismos que se ha tenido el interés de contener? Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las Constituciones escritas las contemplaron como formando la Ley Fundamental de la Nación y, consecuentemente, la teoría de cada uno, en tal gobierno, debe ser que una Ley de la Legislatura, repugnante a la Constitución, es nula' (pp.28-29)

Como puede apreciarse, en Norteamérica, fue la noción de constituciones escritas la que, a su vez, dio paso al carácter de supremacía de sus disposiciones o al establecimiento de las denominadas leyes fundamentales.

En este contexto, Hauriou, M. (1927) sostiene que el movimiento que ha originado, a fines del siglo XVIII, en América y en los Estados de la Europa continental, el establecimiento de una superlegalidad constitucional o de Constituciones escrita rígidas cabe referirlo a dos ideas, que enunció en los siguientes términos:

1ª La idea de leyes fundamentales, es decir, de leyes superiores al poder legislativo ordinario, y cuya utilidad estriba en dar fuerza de ley normativa a las prácticas y costumbres esenciales de la Constitución. Esta idea ha sido sugerida por la existencia, en todos los Estados monárquicos, de leyes fundamentales del reino;

2ª La idea de un Estado corporativo del Estado, idea suscitada por la creencia de que el Estado es una especie de corporación, creencia que, a su vez, es el resultado del desenvolvimiento del régimen representativo y de los progresos de la soberanía nacional.

La idea de leyes fundamentales ha originado la importantísima consecuencia de que las reglas del Estatuto corporativo del

Estado adoptaran finalmente la forma de leyes constitucionales, o sea, de supralegalidad que es también un género de la legalidad. Pero la idea que ha desplegado la acción más decisiva es la del Estatuto corporativo bajo forma de Carta estatutaria acordada por un poder constituyente. (p.304)

No obstante, sería carente de significado proclamar un principio de supremacía del Texto Constitucional o su valor normativo, sin que se prevean los medios efectivos que permitan garantizar la superioridad y fuerza normativa que se atribuyen a las normas constitucionales.

De esta forma, según nos comenta, Nogueira, H. (2006) "...nace la justicia y la jurisdicción constitucional, no existe la soberanía del legislador dentro de un Estado constitucional, ya que éste está subordinado a la Carta Fundamental..." (p. 25)

Más concretamente, destaca el referido autor que la defensa de la Constitución se concreta:

A través de un conjunto de instituciones e instrumentos jurídicos y procesales establecidos por el constituyente para mantener a los órganos y agentes del Estado dentro de las competencias trazadas por la Carta Fundamental, como asimismo, dentro del respeto de los derechos fundamentales, con el objeto de prevenir y eventualmente reprimir su incumplimiento, restableciendo la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución. (Nogueira, H., 2006, p. 25)

Asimismo, refiere el mencionado autor que la defensa del Texto Fundamental es la que "...permite que la Constitución formal se constituya en Constitución real y efectiva..." (p. 25)

Lo anterior adquirió especial significación en Europa después de concluida la Segunda Guerra Mundial, por las razones que Canova, A. (1999), expone en los siguientes términos:

La experiencia de la guerra evidenció que el legislador era falible. Que podía ser tan cruel como el peor monarca absolutista; influenciado, como el más bajo de los cortesanos y ruin y desalmado, como un dictador cualquiera. Toda la construcción de casi doscientos años sobre el poder soberano del legislador se vino debajo de pronto, al menos en los países que vivieron en carne propia la tiranía y que encendieron la mecha del conflicto. (p. 7)

Sin embargo, tales factores políticos y sociales, influyeron, como veremos más adelante, en la forma de modelo de justicia constitucional adoptado en ese Continente, el cual presentó importantes diferencias con el modelo norteamericano.

Por lo tanto, teniendo presente el origen y significado de la supremacía constitucional, así como la indiscutible relación que surge entre dicho principio y los diferentes modelos de justicia constitucional, a continuación analizaremos brevemente cada uno de los mencionados modelos.

4.2.2. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

4.2.2.1. Planteamiento introductorio.

Como señalamos en el título anterior la idea de supremacía y valor normativo del Texto Constitucional, muy pronto obligó a los juristas de la época a establecer mecanismos para garantizar tales principios, a los fines de que éstos no fueran simples enunciados sin ningún tipo de utilidad práctica.

Así, por ejemplo, se generó toda una controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, en torno a si sería el poder judicial o el Jefe de estado el encargado de la defensa de la Constitución.

De dicha controversia, da cuenta clara Losing, N. (2005), quien al referirse a la posición sostenida para la fecha por Carl Schmitt, expresó lo siguiente:

Carl Schmitt retomaba así las reservas expresada en Francia después de la Revolución contra 'un gobierno de los jueces' al afirmar que:

'Una expansión sin inhibiciones del poder judicial no transformaría el Estado de administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría a los tribunales en instancias políticas. No se justificaría la política, sino que se politizaría la justicia. Justicia Constitucional sería, pues, una contradicción en si misma' (p. 98).

No obstante, advierte el mencionado autor, que la misma experiencia durante la República de Weimar, donde el Jefe de Estado era, según el concepto constitucional, el guardián de la Constitución y en realidad resultó ser el sepulturero de dicho Texto, parece desarticular la argumentación ofrecida por Carl Schmitt. (Losing, N, 2005, p. 98)

Empero, conviene destacar que al hablar de modelos de controles de constitucionalidad de leyes, podemos encontrar una extensa clasificación que, siguiendo para ello a Nogueira, H. (2006, p. 39 y ss), responde a los criterios que se sintetizan a continuación:

a. En función a la admisión o no del sistema de control de constitucionalidad.

En este sentido, se suele hablar de sistemas positivos y negativos. Los primeros, admiten la presencia de sistemas de control de constitucionalidad de leyes y los segundos niegan su existencia.

b. En función al órgano que realiza el control.

Aquí podemos, a su vez, detenernos en las subclasificaciones que se exponen a continuación:

b.1. De acuerdo al criterio de la naturaleza del órgano que realiza el control. Este podría ser realizado por órganos políticos o tribunales, ya sean ordinarios o especializados.

b.2. En virtud de su ámbito de acción, podríamos ubicar controles nacionales o aquéllos que en contraposición son internacional o supranacional.

b.3. Atendiendo a su composición, se clasificarían en: a. órganos letrados, b. órganos legos y, por último, c. órganos mixtos.

b.4. De acuerdo a su duración, estaríamos hablando de Tribunales permanentes o Tribunales ad hoc, siendo un ejemplo de este último supuesto, el Tribunal ad – hoc existente en Grecia.

c. En función del procedimiento del control.

Dentro de esta clasificación podemos también encontrar otros criterios clasificadores que encuadran en dicho género, los cuales se circunscribirían a: 3.1. en virtud del momento en que se realiza el control; 3.2. en virtud del modo como se activa el control; 3.3. por la modalidad como se expresa el control; 3.4. por la forma en que se tramita; y, 3.5. en virtud de los sujetos que lo impulsan.

d. En función del radio de acción del control de constitucionalidad.

De esta manera se suele hablar de controles totales o parciales, así como controles por acción o por omisión.

Los primeros se dan cuando cualquier norma, acto u omisión estatal puede verse sometido al control de constitucionalidad; mientras que los parciales solo admiten determinadas categorías de actos.

Asimismo, se reconoce que estos controles operan generalmente por acción pero pueden funcionar frente omisiones y por consiguiente, el órgano constitucional le ordena al legislador regular, por ley, normas que la Carta Fundamental manda concretizar.

e. En virtud del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad.

Bajo este criterio cabe distinguir entre sistemas que conducen a que las sentencias dictadas en la materia produzcan efectos vinculantes o no, así

como la presencia de efectos *erga omnes* o *inter partes*; y los denominados efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

No obstante, como puede apreciarse de la síntesis efectuada respecto a la clasificación ofrecida por Nogueira, H. (2006) sobre los distintos modelos o sistemas de control de constitucionalidad, cabe destacar que el desarrollo de cada una de las mencionadas categorías escapa a los objetivos trazados por la presente investigación; sin embargo, al margen de ello, lo que nos interesa destacar en esta oportunidad son los denominados modelos clásicos de jurisdicción constitucional.

Nos referimos, entonces, al modelo europeo germano austríaco de jurisdicción constitucional concentrada y al modelo norteamericano de jurisdicción constitucional difusa, así como a los denominados modelos mixtos, cada uno de los cuales serán comentados en el siguiente título.

4.2.2.2. Modelos de justicia constitucional

a. El modelo austríaco o Kelseniano.

Como lo refiere la doctrina constitucional, Kelsen fue el propulsor del sistema de justicia constitucional conocido como concentrado y el cual consistiría en otorgar a un único órgano especializado la posibilidad de realizar un juicio de compatibilidad lógico, a los fines de apreciar la validez de la norma inferior al compararla con la superior.

De esta forma, Nogueira, H. (2006) sostiene que en el modelo concentrado germano austríaco se perfila con las siguientes características:

lo contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario, siendo centralmente un control represivo o reparador, es competencia de un solo tribunal determinado constitucionalmente con tal fin, el que resuelve dichas controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia efecto de cosa juzgada y *erga omnes*, como asimismo la sentencia tiene carácter constitutivo y efectos *ex nunc*. (pp. 52-54)

En efecto, como lo advierte Sánchez, A. (2005, p. 482) en dicho modelo si bien es cierto que el órgano encargado de velar por la defensa de la Constitución posee naturaleza jurisdiccional, el mismo es concebido como distinto a los tribunales ordinarios.

Concretamente, nos comenta el referido autor en torno al modelo ideado por el jurista vienes, lo siguiente:

El planteamiento de KELSEN, de una parte, respeta el lugar que le corresponde al legislador que, en lugar de ser desplazado, resulta complementado por el Tribunal Constitucional erigido en 'legislador negativo', por cuanto 'pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica' y, de otra parte, preserva la posición de los tribunales ordinarios en cuanto encargados de aplicar la ley a casos concretos, despojándolos de competencias para interpretar y aplicar la Constitución. Nuestro autor separa así, en forma radical, las esferas de actuación de las dos jurisdicciones: los jueces ordinarios interpretan y aplican la ley, y el Tribunal Constitucional interpreta y aplica la Constitución. (p.483)

No obstante, recordemos que Kelsen se enfrenta para el momento en que diseñó dicha teoría a dos realidades. En primer lugar, a la desconfianza que se tenía en Europa a los jueces, luego de la revolución francesa y en segundo término, íntimamente relacionado con lo primero, a la vigencia

absoluta que para la fecha tenían el principio de separación de poderes y el dogma de la supremacía de la ley.

A lo anterior se suma el hecho, tal como lo observa Sánchez, A. (2005) de que la Constitución para cuya garantía Kelsen "...ideó el modelo de justicia constitucional es, en su teoría, una norma organizativa y procedimental que regula la producción de normas generales sin incluir en su contenido un sistema de valores y principios..." (p. 483)

Por lo tanto careciendo de parte dogmática dicha Constitución, ésta en el modelo Kelsiano "...establece obligaciones jurídicas sólo para el legislador y es aplicable por el Tribunal Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de leyes..." (Sánchez, A, 2005, p. 483)

Dicho modelo si bien tuvo gran influencia en los países del viejo continente, como lo explica Canova A. (1999) "...en la Europa actual la justicia constitucional ha sido concebida de manera mixta, dada la intervención conjunta de un tribunal constitucional y del Poder Judicial, globalmente considerado..." (p.13)

De esta forma, el mencionado autor nos comenta que en Europa los tribunales de justicia están habilitados para ponderar la constitucionalidad de la ley libremente en cualquier proceso, sólo que si estiman que vulnera algún precepto o principio constitucional se ven conminados, en lugar de desatender su mandato, a esperar la resolución respectiva del tribunal constitucional, paralizando el curso del proceso del cual conozcan. (Canova, A., 1999).

Lo anterior se justifica, según lo refiere Nogueira, H. (2006), por las razones siguientes:

La segunda generación de tribunales constitucionales europeos de post Segunda Guerra Mundial, responde a un nuevo tipo de Constitución, a una constitución en la que ocupan un lugar central los derechos fundamentales, los cuales son directamente exigibles al legislador, todo ello además de una concepción de Constitución que se distingue por su plena eficacia normativa (...). La jurisdicción constitucional se desarrolla para defender y garantizar la Constitución de los derechos fundamentales, para reemplazar el estado legal de derecho por el Estado Constitucional, subordinando todos los poderes a los derechos fundamentales. (p. 58)

No obstante, teniendo presente la situación actual en Europa y antes de adentrarnos en la explicación respecto a los sistemas de justicia constitucional mixtos, a continuación, abordaremos el que, en contraposición al analizado, es denominado sistema norteamericano.

b. El modelo norteamericano.

Cuando se aborda el tema de los modelos de justicia constitucional, resulta inevitable referirnos al sistema norteamericano, en primer lugar, por haber sido uno de los pioneros en la materia, y, en segundo término, por la influencia que éste ha tenido en el resto de los ordenamientos jurídicos.

De hecho, en palabras de Aragón M. (1998) este sistema norteamericano o método difuso de control de constitucionalidad de leyes es el que mejor se adapta al concepto que actualmente se maneja de la Constitución, ya que a través de su implementación en lugar de dos órdenes de jurisdicción que apliquen la Constitución, se propone "...un único orden jurisdiccional, que es

el modelo lógico cuando resulta que la Constitución vincula al Poder Judicial y que es el modelo que disipa la confusión y garantiza la unidad interpretativa...” (p. 133-134)

Por ello, constituye una referencia obligada la atinente a la revolución norteamericana que, en muchos aspectos, constituyó un aporte fundamental del Derecho Constitucional vigente hasta la fecha en el mundo, o, más concretamente, en Occidente.

Dos de sus principales contribuciones, se consagraron en la Constitución de 1787, en la cual se propone el principio de separación de poderes y la rigidez constitucional.

Empero, en cuanto al primero, es decir, el principio de separación de poderes, a diferencia de lo ocurrido en Europa, éste no fue concebido como una división absoluta de los diferentes Poderes del Estado, sino que se entendió de modo relativo, al punto que tal principio fue acompañado de un sistema de controles entre los diferentes órganos que funcionan como una especie de pesos y contrapesos.

Más específicamente, cabría destacar que tales bases del sistema de justicia constitucional norteamericano se apoyan en proponer a la Constitución como una norma jurídica superior, obligatoria en cuanto a su cumplimiento por todos los actos estatales, inclusive los proveniente del Poder Legislativo.

Habida cuenta de ello, es importante destacar que la Constitución norteamericana no tenía una referencia expresa acerca de la prerrogativa de los jueces de desaplicar una disposición legal cuando coligiera con el Texto Fundamental. Empero, como lo sostiene Canova, A. (s.f) “...no sería ello

óbice para su admisión, respaldado, simplemente, en la naturaleza jurídica y superior de aquélla..” (p. 9)

Así, se llegó al célebre fallo de la Corte Suprema de 1803, recaído en el Caso: *Marbury vs. Madison*, al cual hemos hecho referencia en las líneas que anteceden, y cuyo aporte fundamental consistió en considerar procedente la revisión judicial de las leyes federales.

Sin embargo, una importante advertencia en torno a la intención que se perseguía a través de dicha decisión de la Corte Suprema Norteamericana, es la efectuada por Canova, A. (s.f.), cuando expone lo siguiente:

La razón escondida en la decisión adoptada en el referido ‘*Mandamus case*’ debe buscarse en la intención de los federalistas, con el Presidente de la Corte John MARSHALL a la cabeza, de imponer el principio constitucional de la supremacía federal sobre los distintos estados de la Unión. LAMBERT, al analizar el punto, destaca que el pronunciamiento allí contenido fue en su momento dirigido mucho más contra los Estados de la Unión que contra el Congreso Federal, cuya ley fue tachada en esa oportunidad de inconstitucional, MARSHALL quería afirmar, según el autor referido ‘...la existencia de un poder interestatal, el de la Corte Suprema, que sería la encargada de decidir qué leyes no deberían ser obedecidas, en lugar de dejar tal determinación a cada uno de los estados...’ (p.11).

Corroborando lo expuesto, la circunstancia de que posteriormente a proferida la sentencia líder en la materia (1803) ésta no devino en otro pronunciamiento hasta el año 1857, por lo que según lo comenta el autor en referencia “...la doctrina del *judicial review*, se asentó y consolidó por su falta de aplicación...” (Canova, A. s.f, p. 10).

Similares consideraciones son las expuestas por Nogueira, H. (2006), quien al referirse al tema expone lo siguiente:

(...) este precedente histórico de 1803 no tiene continuidad hasta el año 1857, en el caso: Dred Scott, en que se declara inaplicable una ley atacando el compromiso de Missouri. En todo caso, la revisión judicial de la constitucionalidad de leyes se generaliza después de la Guerra civil, en aplicación de las enmiendas constitucionales, a través de la teoría de la incorporación. (p. 52)

No obstante, al margen de las razones que inspiraron al juez Marshall para dictar la mencionada sentencia, lo importante es que a través de dicho pronunciamiento se fijaron las bases del sistema de control de constitucionalidad de leyes aplicado hasta la fecha en Norteamérica y entre cuyas características pueden destacarse las siguientes:

En primer lugar, resalta como nota distintiva de dicho sistema la circunstancia de que no existen procesos especiales para controlar la constitucionalidad de las leyes, antes, por el contrario, se observa que la atribución de vigilar el respeto de las leyes al Texto Constitucional es realizado en el marco de cualquier proceso judicial ordinario.

Similares consideraciones deben efectuarse en cuanto a la protección de derechos fundamentales y cuyo análisis no nos corresponde realizar en esta oportunidad, ya que según la opinión de algunos autores ni el *writ of error* o el *writ of certiorari*, fueron concebidos como mecanismos específicos de protección de los ciudadanos, aunque se reconoce que gracias a su existencia muchas de las libertades gozan de amparo sistemático. (Canova, A. s.f., p.17).

Por consiguiente, ante la ausencia de procesos constitucionales distintos a los ordinarios para el control de constitucionalidad de leyes, surge una segunda característica de este sistema, esto es, que todos los jueces se encuentran habilitados para desaplicar una norma que colige con la Constitución.

Tales desaplicaciones a pesar de que pueden ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia, a través del *writ of certiorari*, cabe destacar que dicho mecanismo es de carácter absolutamente discrecional para el más Alto Tribunal, que puede a su libre elección escoger si revisa o no un determinado asunto.

De manera que, surge de inmediato como interrogante que debe ser resuelta la relativa a ¿cuáles serían los mecanismos para unificar los criterios que al respecto pudieran presentarse?, siendo la respuesta a dicho planteamiento la especial estructura organizativa del Poder Judicial en un país que proviene del sistema denominado *common law*. Así, se expone lo siguiente:

Esta jerarquía perfecta del sistema de justicia norteamericana se complementa con el principio *stare decisis*, que tiene su punto de partida en la figura del precedente.

Este principio, propio de los países de *common law*, supone que una decisión de la Corte Suprema limita la libertad de los jueces al decidir conforme a Derecho el mismo caso fáctico, a menos que otra decisión posterior del mismo alto tribunal, o la legislación subsecuente, mine el criterio inicialmente adoptado. Aunque un criterio jurisprudencial dotado con la fuerza de obligatoriedad no elimina la posibilidad de un cambio de postura es parte fundamental de la política jurisprudencial que el precedente aplicable anterior sea seguido en el futuro. (Canova, s.f. p. 22).

En sintonía con lo anterior, Rubio, F. (1993) afirma que “...no habría un orden jurídico único, sino tantos como jueces creadores de Derecho, si el principio *stare decisis* actuase únicamente como vinculación de cada juez a sus propios precedentes. Es indispensable, además, que la jurisdicción sea concebida como actuación de un poder único...” (p. 469)

Asimismo, Sanin, R. (2006), sostiene en torno al principio del *stare decisis*, que a través de éste se inhibe la arbitrariedad judicial y en tal sentido alude a una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la cual se dispuso que “...el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que le es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente carácter análogo...” (p. 112)

Similares consideraciones efectúa Nogueira, H. (2006) cuando afirma que en el sistema norteamericano “...al aplicarse el sistema del precedente y el principio del *stare decisis*, éstos actúan como un correctivo del sistema, determinando que los tribunales inferiores quedan vinculados por los principios de derecho que emanan de los fallos de los tribunales superiores en los casos análogos que les toque resolver...” (p. 51)

No obstante, al margen de lo interesante que resulta esta especial configuración del Poder Judicial de los Estados Unidos de Norte América, y sobre la cual no nos corresponde profundizar, conviene señalar que más adelante volveremos sobre este tema, al referirnos al empleo del control difuso en Venezuela y el carácter vinculante que se le atribuyen a las interpretaciones que en ese sentido realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Empero, de momento baste con señalar, que las notas descritas en las líneas que anteceden son algunas de las características más resaltantes del sistema de justicia constitucional implementado en Estados Unidos de Norte y las cuales Nogueira, H. (2006), sintetiza en el siguiente orden:

Las características básicas del modelo están dadas por se un control judicial, practicado por los jueces y tribunales que integran el poder judicial; es un control constitucional difuso, vale decir, practicado por todos los jueces y cortes; es un control represivo o reparador, se concreta respecto de normas vigentes que integran el ordenamiento jurídico; es de carácter concreto, al desarrollarse a partir de la impugnación de un precepto legal que intenta aplicarse en un procedimiento judicial en curso; es un control por vía de excepción, por regla general, lo que indica que en el litigio se impugna el precepto considerado inconstitucional, solicitando al tribunal que no lo aplique a dicho caso; y las sentencias tienen efectos de cosa juzgada pero solo inter partes (...). La sentencia es de carácter declarativo y produce efectos ex tunc, ya que la sentencia de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente. (p. 51)

De manera que, en la cita anterior se recogen las notas distintivas que resaltan del sistema norteamericano, cuya influencia en América y Occidente es indiscutible.

c. Sistemas mixtos de justicia constitucional.

Hechas las anteriores precisiones sobre los modelos de justicia constitucional conocidos como austríacos y norteamericano, a continuación nos corresponde efectuar unas breves reflexiones sobre una tercera categoría que resulta de la fusión de las dos primeras.

Se trata de los sistemas de justicia constitucional mixtos, los cuales según nos explican López y Massó (2000), funcionarían de la siguiente manera:

El órgano llamado a ejercitar la justicia constitucional es único y especializado, como en Austria; pero, al igual que en los Estados Unidos, cada juez está involucrado en el ejercicio del control de constitucionalidad: puede, y en ciertas circunstancias más bien debe, llevar a cabo un juicio preliminar de conformidad a la Constitución de la ley aplicable a un caso concreto y, sólo si tiene la duda (o la razonable certeza) de que existe una contradicción, interpone la cuestión ante el Tribunal Constitucional. He aquí la razón del *nomen* atribuido a este modelo, definido como incidental puesto que se articula en torno a un incidente o excepción procesal, y no a un recurso directo. (p. 422).

Similares consideraciones efectúa García, D. (1991, p. 196), quien al referirse al aporte del modelo americano sostiene que éste ha sido un campo fecundo para los diversos modelos de jurisdicción constitucional, porque además de haber creado uno de ellos (el americano), a partir de este se ha avanzado lejos, anticipando el tardío modelo europeo y creando además dos categorías derivadas, pero no menos importante: la mixta y la dual o paralela.

Específicamente, Fernández, F. (2001) señala en torno a este fenómeno en Latinoamérica, lo siguiente:

Hoy asistimos a una verdadera eclosión de los tribunales constitucionales en Latinoamérica, circunstancia que ha acentuado la pluralidad y heterogeneidad de modelos de control de constitucionalidad, generando fórmulas e instrumentos procesales en verdad sugestivos y originales, que en algunos casos, no en todos desafortunadamente, funcionan de modo muy satisfactorio. (p. 454)

En esa misma dirección, Casal, J. (2006), nos comenta que después “...del establecimiento en varios países latinoamericanos de sistemas mixtos o integrales de control de constitucionalidad, en 1979 se inició, dejando a salvo algunas previsiones constitucionales anteriores, una tendencia favorable a la creación de Salas o Tribunales Constitucionales...”.

Por su parte, en la Europa actual se incorporaron mecanismo típicos de la justicia constitucional norteamericana. Así, lo refleja Canova, A. (1999) quien al referirse al punto sostiene que “...en la Europa actual la justicia constitucional ha sido concebida de manera mixta, dada la intervención conjunta de un tribunal constitucional y del Poder Judicial, globalmente considerado...” (p.13)

De esta manera, se observa que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, se consagra junto al Tribunal Constitucional, la atribución de los jueces ordinarios de interponer con ocasión de cualquier proceso, lo que se denomina el incidente de inconstitucionalidad.

En efecto, como lo advierte Casal, J. (2006) “...la caracterización tradicional de los modelos difuso y concentrado como los grandes sistemas de control de constitucionalidad dista mucho de corresponder con la heterogeneidad de los sistemas europeos de jurisdicción constitucional, y con la evolución de éstos y de la revisión judicial de Leyes en los Estados Unidos...” (p. 148)

Por lo tanto, concluye el autor citado que a partir de esa gran clasificación de modelos de justicia constitucional se ha reconocido una categoría intermedia, representada por los sistemas mixtos o duales, en los cuales concurren elementos propios de los modelos concentrado y difuso. (Casal, J., 2006, pp. 148-149)

Empero, al margen de las particulares que dicho tema plantea, la presente investigación no pretende efectuar un análisis de ese aspecto, sino, por el contrario, a través de estos comentarios se trata de realizar una breve referencia a la situación que actualmente se vive en el derecho comparado respecto al empleo de los diversos modelos de justicia constitucional, debiendo, por consiguiente, centrar nuestra atención, tal como se hará en el título siguiente en el sistema adoptado por Venezuela.

d. Sistema aplicado en Venezuela.

Tradicionalmente se identifica el sistema de justicia constitucional venezolano como un sistema mixto. En este contexto, Brewer, A. (1996), nos comenta lo siguiente:

En Venezuela, al contrario de los sistemas que normalmente se aprecian en el derecho comparado, el control de la constitucionalidad de leyes no puede identificarse en particular con alguno de esos dos métodos o sistemas, sino que, realmente, está conformado por la mezcla de ambos, configurándose entonces como un sistema híbrido y de una amplitud no comparable con otros sistemas de los fundamentales que muestra el derecho comparado. (p. 315).

Tales consideraciones efectuadas en el marco de la Constitución de 1961, mantienen vigencia incluso en la actualidad y son útiles a los fines de esbozar una idea, aunque general, de la forma como operan en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos judiciales de control de constitucionalidad de leyes conocidos como los métodos difuso y concentrado.

Empero, cabría destacar que siguiendo la denominación propuesta por García, D. (1991, p. 196), sería más apropiado identificar a nuestro sistema como un modelo paralelo en lugar de mixto.

En efecto, según lo refiere Haro, J. (1999), siguiendo a Lucio Pegoraro, en la actualidad se habla de un cuarto modelo que es el existente en países Latinoamericanos como el nuestro, explicando en tal sentido lo siguiente:

En estos países, coexisten los sistemas difuso y concentrado de control de la constitucionalidad, pero ya no se trata de un acercamiento entre los dos sistemas clásicos de control, a diferencia de lo que ocurre en los países que forman parte del tercer modelo (...) (sistemas mixtos), sino una verdadera fusión entre estos dos sistemas. (p. 142)

Sin embargo, advierte el mencionado autor que comúnmente a estos sistemas se les denominada también mixtos o integrales. Empero, nos refiere que parte de la doctrina, tal es el caso de Yépez Arcila, han criticado esa y otras clasificaciones que se le han dado al sistema colombo – venezolano, por considerar que no lo describen completamente, por las razones siguientes:

debido que la realidad estructural del sistema no lo configura como una modalidad mixta, dada la inexistencia de imbricación entre su modalidad de jurisdicción concentrada y su modalidad de jurisdicción difusa. Por ello, resalta el referido autor, se trata más que de un sistema mixto, de dos modalidades paralelas establecidas una al lado de la otra sin conexión entre sí. No obstante, al menos en el caso venezolano, esta situación ha cambiado con la Constitución de 1999, donde por primera vez en el constitucionalismo venezolano y dejando a salvo la regulación de la Constitución de 1901, se establece un mecanismo de articulación entre el control difuso y concentrado (pp. 142-143)

Habida cuenta de ello y sin importar la denominación que se adopte para definir nuestro sistema, lo relevante es que en Venezuela se conjugan el empleo del método concentrado y difuso de control de constitucionalidad de leyes.

En tal sentido, Henríquez, G. (2004), al referirse al sistema de justicia constitucional existente en Venezuela, observa lo siguiente:

pareciera entonces que en Venezuela se configura un sistema híbrido y de una amplitud no comparable con otros sistemas de los fundamentales que muestra el derecho comparado, excepción hecha del sistema en Portugal, país en el que existe la *apreciacao da inconstitucionalidade* como competencia tanto de los Juzgados Generales como del Tribunal Constitucional, a tenor de los artículos 204, 223 y 277 de la Constitución de ese país. Además de esto, la amplitud de nuestro sistema, puede decirse, está en vigencia desde 1897, cuando el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, aunado al artículo 11º.8 de la Constitución de 1893, que disponía el control concentrado, establecía la posibilidad de control difuso. (p. 285)

Así, encontramos que el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra, entre las atribuciones de la Sala Constitucional, las descritas en los numerales primero, segundo y tercero del mencionado dispositivo, en los siguientes términos:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

Dicha norma, en concordancia con el último aparte del artículo 334 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, constituyen, sin lugar a dudas, las bases legales del denominado control concentrado en Venezuela, el cual tiene como antecedentes, según lo refiere Brewer, A. (1996), la Constitución de 1858 que atribuía a la Corte Suprema competencia para "...declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución...".

En este contexto, sostiene el mencionado autor lo que a continuación se transcribe:

Por tanto en 1858 fue establecida en Venezuela una acción popular con el objeto de controlar la constitucionalidad de las leyes y otros actos legislativos adoptados por las Legislaturas de las Provincias que componían la República. Se trataba de un sistema limitado de justicia constitucional concentrado, el cual no abarcaba los actos legislativos nacionales; sin embargo, sin duda puede considerarse como el antecedente directo de la acción popular establecida desde 1893 y que todavía existe. (Brewer, A. 1996, p. 130)

Similares consideraciones efectúa Fernández, F. (1997), quien sostiene, que tal vez fue Venezuela a través de la Constitución de 1858, la pionera en la consagración de un control concentrado, al prever de modo expreso "...el control judicial objetivo de la constitucionalidad, asignándole el carácter de acción popular, y atribuyéndole a la Corte Suprema la competencia para declarar 'la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales' cuando los entendiere contrarios a la Constitución..." (p. 58)

En sintonía con lo anterior, Harol, J. (1999) al referirse al tema sostiene que “...Venezuela con su regulación se adelantó por más de medio siglo al sistema concentrado de control de constitucionalidad ideado por KELSEN y plasmado finalmente en la constitución austríaca de 1920, claro está, todo ello dentro de los parámetros y particularidades ya citadas...” (p. 145).

Similares consideraciones son las realizadas por Farías, M. (2004), quien al referirse al modelo concentrado de justicia constitucional, efectúa las siguientes precisiones:

Sin embargo, este modelo existe en América Latina mucho antes que HANS KELSEN implementase el modelo en Europa y se ha venido perfeccionando en un lapso de 150 años. A mediados del siglo XIX, muchos países latinoamericanos habían adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes confiriendo a la Corte Suprema de Justicia respectiva el poder de decidir la nulidad de las leyes. Mucho tiempo antes de que KELSEN inventara el control concentrado, específicamente desde el año 1858, éste ya existía en Venezuela porque se le dio a la Corte Suprema de Justicia el monopolio de la anulación de las leyes. Colombia también lo ha tenido desde esa misma época, pero fue en 1991 cuando este poder fue conferido a un Tribunal Constitucional (p. 166)

No obstante, visto que el objetivo del presente estudio no lo constituye un análisis exhaustivo de las regulaciones que sobre esta forma de control han hecho los diversos Textos Constitucionales en Venezuela, de momento resulta suficiente señalar que, a excepción de la regulación de la Constitución de 1864, en nuestro país el método concentrado de control de constitucionalidad siempre ha sido consagrado como una acción popular, incluso antes de que este fuese propuesto por la Constitución austríaca de 1920.

Empero, una importante precisión es la efectuada por Farías, M. (2004), quien al referirse al tema sostiene que de acuerdo a las previsiones de la Constitución venezolana, la Sala Constitucional ejerce esta forma de control tanto *a priori* o preventivamente, como *a posteriori*. A tal efecto, advierte la mencionada autora lo siguiente:

Con respecto al control concentrado *a priori* se ha introducido la figura del control preventivo de los tratados internacionales y respecto a las leyes orgánicas, desligando el control de la constitucionalidad por iniciativa del Presidente de la República del veto presidencial de las leyes.

(...)

También, como parte del control preventivo, el Presidente de la República después de la sanción y antes de la promulgación de una ley, remite el texto a la Sala Constitucional con el objeto de solicitar una revisión judicial acerca de la constitucionalidad del texto en general o sólo de algunos artículos, dependiendo de lo que se haya solicitado (...)

Como control concentrado *a priori* también se encuentra el ejercicio a través de la acción de amparo constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantía Constitucionales, normas aún vigentes.

Sobre el control concentrado *a posteriori*, todavía se ejerce por la acción popular de inconstitucionalidad tal como lo establece la Constitución (artículo 336) (pp.177-178)

No obstante, dado que el objetivo de la presente investigación no lo constituye una explicación pormenorizada de esta forma de control, baste con la precisiones efectuadas en las líneas que anteceden, las cuales resultan ilustrativas, a los efectos de entender el sistema de justicia constitucional adoptado en Venezuela.

Asimismo, cabe destacar, como se advirtió anteriormente, que al lado de dicho método concentrado o abstracto, en nuestro país encontramos el que, en contraposición, se denomina difuso o concreto y el cual consistiría en la posibilidad que cualquier juez de la República desaplique una norma cuando ésta colige con la Constitución.

En cuanto a los antecedentes legislativos del aludido control difuso, se suele afirmar que fue el Código de Procedimiento Civil de 1897 el que lo consagró por primera vez, manteniéndose posteriormente su formulación en el artículo 20 del Texto Adjetivo Civil. Sin embargo, según lo refiere Harol, J. (2004) algunos autores consideran que el método difuso estaba implícitamente reconocido en la constitución de 1811 (p. 254)

En la actualidad, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), consagra esta forma de control en el encabezado y primer aparte de dicho artículo, cuando establece lo siguiente:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

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

Dicha norma, se conjuga, a su vez, con lo consagrado en el numeral 10. del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que consagra el recurso de revisión, el cual actúa en nuestro sistema como una especie de *write of certiorari*, que permite, entre otras cosas,

unificar los criterios que se emitan con ocasión de las desaplicaciones que efectúen los jueces de la República.

En efecto, recordemos que de acuerdo a la definición constitucional, el control difuso consistiría en la desaplicación para un caso concreto de una norma que vulnera la Constitución.

Más concretamente, Harol, J. (2004) nos comenta que dicha forma de control es ejercido en Venezuela de la siguiente forma: "...cuando un juez en un caso concreto que le corresponde conocer y decidir se percata de que una norma que en principio debe aplicar a ese caso concreto colide con una norma o principio constitucional, debe desaplicar la norma legal en referencia y aplicar, en su lugar, la norma o principio constitucional..." (p. 256).

Sin embargo, como veremos en el siguiente capítulo de la presente investigación esa desaplicación para el caso concreto parece no estar clara en la actualidad, tanto por decisiones que se han proferido en la materia, como por el hecho de que en la actualidad, a tenor de lo establecido en el numeral 10 del artículo 336 del Texto Fundamental las sentencias definitiva sobre el mencionado control difuso de constitucionalidad deben ser remitidas en consulta a la Sala Constitucional, la cual efectúa una revisión de dicho pronunciamiento, a través de sentencias cuya *ratio decidendi* vincula a todos los jueces, ciudadanos y órganos del poder público en general.

No obstante, de momento preferimos no adentrarnos en este tema cuya implicaciones será analizadas con mayor detenimiento más adelante, siendo por ahora suficiente precisar que lo expuesto constituye los rasgos generales que caracterizan el modelo de justicia constitucional en Venezuela.

De manera que, en el siguiente Capítulo este estudio se planteará la interrogante relativa a si es posible o no extender el denominado método difuso al ámbito administrativo.

Asimismo, se abordarán aspectos tales como los mecanismos con que cuenta la Administración Pública, a los fines de evadir la aplicación de una norma que colige con la Constitución.

4.3. APLICACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.

4.3.1. DIFERENCIAS ENTRE JUECES Y ADMINISTRACIÓN.

4.3.1.1. Planteamiento general.

Las diferencias entre jueces y Administración Pública atienden a distintos momentos históricos, los cuales si bien no nos corresponde analizar a profundidad, vale la pena destacar que han incidido en la concepción y atribuciones que se asignan a cada uno de estos Poderes del Estado.

Sin embargo, conviene advertir que la forma de Estado registrada durante el Estado Moderno o Absoluto difiere notablemente de la manera como posteriormente se configuraron la Administración Pública y el Poder Judicial en el Estado Liberal Burgués o Estado de Derecho.

De esta forma debemos precisar, sin pretender con ello efectuar un análisis exhaustivo de este aspecto, que el absolutismo fue un fenómeno generalizado en Europa que se identificaba con el poder absoluto del monarca.

Al referirse al tema, Jarillo, J. (2005) sostiene que como ejemplo de esta forma de Estado, "...hay tres países importantes, pero con características diferentes: Francia, España e Inglaterra..."; sin embargo, expone el autor citado, que aun así pueden identificarse como notas distintivas de dicha forma de Estado las siguientes:

El absolutismo supone un paso más a la afirmación del poder real. Desde el punto de vista negativo supone la negación del feudalismo. El feudalismo implicaba vínculos en esa línea jerárquica que significaba el monarca. Antecedente más directo Bodino. Pero hay que remontarse a Maquiavelo: entusiasta del poder. Y en última instancia a Maxilio de Padua; afirmaba que sólo había un poder temporal.

También las causas religiosas lo refuerzan. Las guerras de la región no siempre, pero sí generalmente, refuerzan el absolutismo, al establecer una religión entre poder y la religión de los súbditos. (pp. 1-2)

De esta manera suele argumentarse que durante el Estado Moderno o Absoluto "...es la persona del Rey, quien encarna todos los poderes, incluyendo aquellos que en el siglo anterior habían logrado reivindicar las asambleas estamentales; por tanto, resultaba obvio que esta situación modificara la posición jurídica del Monarca..." (Peña, J. 2006, V. I., p. 89)

En este contexto Santamaría, J. (1991) señala que tal modificación en la posición jurídica del rey se reflejaba debido a que éste es superior a la ley, es su autor y no está obligado por ella, y, por consiguiente, no puede quedar vinculado por sus propios mandatos.

En tal virtud, durante esta fase, dada la concentración del poder en manos de una sola persona, existía una confusión entre las atribuciones que hoy día son reconocidas a la Administración Pública y a los jueces.

De ahí que se haya dado paso al Estado Liberal Burgués o Estado de Derecho, surgido con ocasión a las revoluciones liberales, en especial la Francesa, el cual puso fin al mencionado Estado Absoluto o Moderno, convirtiéndolo en el Antiguo Régimen.

Sin embargo, según lo advierte Peña, J. (2006), a diferencia del período histórico correspondiente al Estado Moderno, resulta muy difícil intentar colocarle hitos al Estado de Derecho, por las razones que se exponen a continuación:

(...) con la definitiva derrota de Napoleón en 1815 se produjo la denominada restauración del antiguo régimen, y a finales del siglo XIX y comienzos del XX, la mayoría de los Estados Europeos, pasan de Estados Liberales de Derecho a Estados Sociales de Derecho. Pero si todas estas vicisitudes históricas imposibilitan la colocación de los aludidos hitos, en cambio, no impiden afirmar que las características estructurales del Estado de derecho se han mantenido, con mayores o menores matizaciones, incólumes desde la Revolución Francesa, inclusive durante el periodo en que toda la realeza europea se une a los fines de restaurar en sus tronos a los monarcas que los habían perdido como consecuencia de las Revoluciones Burguesas y de las Guerras iniciadas por Napoleón, hasta la actualidad, o dicho de otra manera: los principios fundamentales del estado de Derecho han pervivido desde la revolución Francesa hasta Nuestros tiempos. (p. 93)

No obstante, más allá de las dificultades para precisar cuándo realmente surgió el Estado de Derecho, lo que sí resulta indiscutible es que consecuencia de éste se plantean como principios fundamentales los

siguientes: el liberalismo, la separación de poderes, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y la primacía de la Ley.

Tales principios y en especial el atinente a la separación de poderes, permitió establecer con mayor claridad una diferencia en torno a la Administración Pública y los jueces.

De manera que, sin pretender hacer un estudio pormenorizado de la evolución de dicho principio, en el título siguiente intentaremos ofrecer algunas precisiones conceptuales respecto al desarrollo de la referida noción y su concepción actual.

4.3.1.2. Principio de división, separación de poderes y la colaboración de éstos en las constituciones actuales.

Como se expuso en el título anterior, con ocasión al nacimiento del denominado Estado de Derecho, lo cual históricamente se ubica a partir de las Revoluciones liberales, se postulan, entre otros, el principio de división de poderes.

Su formulación original se atribuye a Locke, quien en el año 1690 había propuesto la existencia de tres poderes claramente distinguidos, a los cuales llamó legislativo, ejecutivo y federativo.

En torno a las funciones desplegadas por dichos poderes García, E. (1994), nos comenta lo siguiente:

El legislativo (*legislative power*) es para Locke el que hace el Derecho, pero claramente incluye en sus funciones, además de

las genuinas del legislativo de Montesquieu, las que en este autor serán más tarde específicas del poder judicial (...). En segundo lugar, Locke concibe como *executive power* el respaldo de la fuerza (...) a las decisiones del poder legislativo (...). Finalmente el tercer poder, *federative power*, reduce su función a la paz y a la guerra, ligas y alianzas; es un poder de relación externa de la comunidad como un todo. (p. 30)

Por lo tanto, John Locke, según expone, entre otros, Escudero, M. (2005, p. 11), se constituye en el primer doctrinario que se pronuncia a favor de la limitación del poder del Monarca y la declaratoria de la supremacía del Parlamento.

Concretamente, la mencionada autora señala que el aludido filósofo inglés en su obra *The Second Treatise of Civil Government* de sus *Two Treatises of Government*, aparecida en 1690, postula la necesaria limitación del poder, visto que los hombres no abandonarían el estado de la naturaleza para someterse a gobiernos arbitrarios, refiriendo en respaldo de dicha afirmación la siguiente cita textual del comentado estudio:

Ni el poder arbitrario ni el gobierno sin leyes y permanentes pueden ser compatibles con los fines de la sociedad y gobierno, pues los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se sujetarían a la sociedad política si no fuera para preservar sus vidas, libertades y fortunas, mediante promulgadas normas de derecho y propiedad que aseguran su fácil sosiego. No cabe suponer que entendieran, aún si hubiesen tenido el poder de hacerlo, atribuir a uno cualquiera, o más de uno, un poder arbitrario absoluto sobre sus personas y haciendas, y dejar en manos del magistrado la fuerza necesaria para que ejecutara ilimitadamente sobre ellos sus ilimitados antojos; eso hubiera sido ponerse en peor condición que el estado de la naturaleza, en el que tenían la libertad de defender su derecho contra los agravios ajenos y estaban en iguales términos de fuerza para mantenerlo, ya les invadiera un hombre solo o un número de conchabados. (p. 12)

Asimismo, menciona Escudero, M. (2005), que a pesar de que Locke no señalaba tajantemente la necesidad de que dichas funciones sean ejercidas por órganos diferentes, tal distinción pareciera inferirse del siguiente extracto que cita de su obra:

No será menester que el poder legislativo sea ininterrumpido, pues holgarán a las veces los asuntos; y también porque podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad, capaz de usurpar el poder, que las mismas personas a quienes asiste la facultad de legislar, a ella unieran la de ejecución para su propia ventaja...

Pero por disponer las leyes hechas de una vez y en brevísimo tiempo, de fuerza constante y duradera, y necesitar de perpetua ejecución o de especiales servicios, menester será que exista un poder ininterrumpido que atienda a la ejecución de las leyes en vigencia, y esté en fuerza permanente. Así acaece que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el poder ejecutivo.

(...)

Aunque como dije, los poderes federativo y ejecutivo de cada comunidad sean en sí realmente distintos, difícilmente cabrá separarlos y ponerlos al mismo tiempo en manos de distintas personas. Porque ambos requieren la fuerza de la sociedad para su ejercicio, y es casi impracticable situar la fuerza de la comunidad política en manos distintas y no subordinadas, o que los poderes ejecutivo y federativo sean asignados a personas que pudieran obrar por separado, con lo cual la fuerza del público vendrían al hallarse bajo mandos diferentes, lo que bien pudiera en algún tiempo causar desorden y ruina. (p. 13)

Lo expuesto por el filósofo inglés, para algunos autores se justificaba debido a que en el país del cual es originario el principio de separación de poderes se comenzaba a practicar por razones fundamentalmente históricas.

En este contexto, Carré de Malberg (1948) al referirse a las condiciones históricas imperantes en Inglaterra para la fecha en que Locke formuló su teoría, nos escribe lo siguiente:

La separación de poderes fue el producto de la lucha secular sostenida por el Parlamento inglés contra la potestad real, con objeto de limitar los derechos de la Corona mediante esas dos asambleas, consideradas como representantes del pueblo inglés. El resultado de esta lucha fue, especialmente después de la revolución de 1688, el establecimiento de cierto equilibrio de potestad entre la realeza y las Cámaras, que se obtuvo, especialmente, por medio de una distribución entre dichos órganos de los poderes legislativo y gubernamental. (pp. 743-744)

Habida cuenta de ello, cabe destacar, sin que nos corresponda profundizar sobre dicho tema, que posteriormente en Inglaterra no se produjo una separación de poderes en sentido estricto. Así, nos comenta García, M. (1951) lo siguiente:

Las necesidades prácticas del gobierno parlamentario han hecho necesario que el Parlamento confíe en la política gubernamental y acepte la dirección del Gabinete en lo que respecta al programa legislativo, aunque reteniendo el derecho de enmendar, criticar, preguntar, y, en último término, anular. Además las necesidades prácticas exigen una amplia delegación al ejecutivo del poder de legislar por derecho (*ruler regulations*). La independencia judicial ha sido estrictamente conservada, pero muchas causas procesales no se someten a los tribunales ordinarios, sino a las autoridades administrativas. En todo caso, la práctica de las delegaciones legislativas (...) ha alterado profundamente la estructura de los poderes británicos. (pp. 262-263).

No obstante, al margen de la situación actual en Inglaterra y de la influencia que las condiciones históricas registradas en esa Nación tuvieron para la fecha en que Locke formuló su teoría, es menester señalar que fue Montesquieu, quien ordenó los mismo poderes del aludido filósofo inglés en una nueva sistematización, tal como lo expone García, E. (1994), cuando señala lo siguiente:

El Legislativo de Locke lo respeta incluso con su mismo nombre, pero desglosando de él para constituir un poder sustantivo (...) la función de juzgar; el poder federativo pasa a ser en Montesquieu el poder ejecutivo *estricto sensu*, dentro del cual se integra también el poder que Locke había individualizado con ese mismo nombre de ejecutivo, refundición que se verifica sin duda porque ambos poderes de Locke, el federativo y el ejecutivo, participan del carácter común (...) de consistir en ejercicio de la coacción (...) y son por lo mismo, como el propio Locke había visto, difícilmente separables en órganos o titulares distintos. Pero en todo caso queda intacto es la idea global del contenido funcional del Estado: Ley y Tribunales, por una parte y fuerza pública, por otra, para mantener las decisiones de una y otros, y a la vez defender la independencia exterior. (pp. 32-33).

Empero, la tesis de la división de poderes postulada por Locke y Montesquieu, según lo refiere Peña, J. (2006) "...si bien constituyó, como expresamos antes, uno de los postulados políticos de la Revolución Francesa, fue transformada por este Movimiento en separación de poderes..." (p. 95)

De lo anterior, da cuenta clara García, E. (1994) cuando refiere que los revolucionarios franceses, movidos por sus intereses personales y desconfianza hacia los jueces, sacaron provecho de la tesis de Montesquieu convirtiendo a la división de poderes en una auténtica separación absoluta de éstos, que permitiría formular principios tales como el atinente a la

imposibilidad de los Tribunales de enjuiciar los actos de la Administración Pública. Así, nos comenta el referido autor, lo siguiente:

Todo esto determinó la singular interpretación de la división de los poderes como separación de los poderes, contrariamente no sólo a la doctrina de Montesquieu, sino también a la propia realidad de la Constitución inglesa (como de la Constitución americana) que era de donde el principio procedía. Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el Ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes. Respecto al poder judicial, esta exención se proclamó absoluta, ésta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de justicia y administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial. (pp. 48-49).

Igualmente, debe precisarse que tal perversión del principio de división de poderes dio paso a figuras como la del Ministro – Juez o los denominados jueces administrativos de excepción, la cual proclamaba ante todo, según lo reseña Parada, J. (1998) “...la excepcionalidad de los poderes decisorios – ejecutorios en la Administración activa...” (p. 138)

Habida cuenta de ello, tal tesis fue superada y aunque con sus reminiscencias en la actualidad se ha dado paso a un enjuiciamiento de la Administración Pública por parte de los propios Tribunales.

Sin embargo, excedería al objetivo de la presente investigación desarrollar dicho tema, siendo la referencia expuesta, una idea, aunque general, de la concepción que originalmente tuvo el principio de división de poderes, convertido luego en una separación absoluta de éstos, situación que como ha sido puesto de relieve en las líneas que anteceden, no fue la intención de

Montesquieu, quien por el contrario se plateaba la necesidad de colaboración de los poderes.

En este contexto, Aragón, M. (1999) advierte que Montesquieu se planteó de manera relativamente sencilla dicha colaboración cuando expresó lo siguiente:

Estos poderes deberían conducir a una situación de reposo o a una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concentrarse. El gobierno bien equilibrado es más complejo y su funcionamiento está regido más por artificios jurídico – políticos que por el movimiento necesario de las cosas. (p. 23)

Tal necesidad de establecer una colaboración de los poderes, responde a la inviabilidad de un aislamiento absoluto de éstos. Por ello Jacques Cadart, citado por Tarre G. (2008), afirmaba lo siguiente:

Los americanos se dieron cuenta muy rápido que esta forma de aislamiento de los poderes no podía funcionar sin importantes complementos. Estos complementos no violaron los textos, pero redujeron a poca cosa la teoría del aislamiento de los órganos superiores del Estado, que nunca pudo ser realmente aplicada, que nunca funcionó. Felizmente, en efecto, el armazón, el esqueleto constitucional del régimen político americano, permitió una construcción que organizó sólidamente y de manera perfeccionada la colaboración de poderes. Como consecuencia, el régimen americano se transformó rápidamente dejó de ser un sistema de aislamiento de poderes. Dicho de otra manera, la colaboración de hecho de los poderes fue construida, empíricamente sobre la base, liviana de la Constitución (p. 492, T I).

Igualmente, Tarre, G. (2008) al plantearse la existencia de ciertos matices respecto a una concepción rígida del principio de separación de poderes,

advierde que éstas “...tienen por finalidad limitar las posibilidades de acción arbitraria de cada órgano, previendo cierta participación de los otros órganos en el ejercicio de sus funciones...” (p. 493, T.I)

Bajo dicha premisa Brewer, A. (1996, pp. 115-116), llega a sostener que las funciones del Estado son funciones propias de los órganos estatales, pero no son exclusivas ni excluyentes, pues en su criterio, en Venezuela, si bien hay una separación orgánica de poderes, no hay una separación orgánica de funciones, como si éstas estuvieran atribuidas a determinados órganos con precisión.

En el mismo orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia afirmó en sentencia N° 1889 del 17 de octubre de 2007, lo siguiente:

En el contexto expuesto, la denuncia de los accionantes se centra en que la función jurisdiccional es exclusiva de los tribunales de la República y en tal virtud, no podrían los órganos administrativos del Estado resolver conflictos intersubjetivos.

Sobre el particular, es necesario precisar, que sin menoscabo del razonamiento *supra* desarrollado, el principio de división de poderes, no se presenta actualmente como un valor de carácter estanco, a tenor del cual se distribuyen las funciones del Estado de una forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos. Antes bien, las potestades públicas pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad.

En efecto, tal como señala Castillo Alonzo, (***Derecho Político y Constitucional Comparado***. Barcelona: Tercera Edición. 1932. P. 205), sólo la pobreza y la riqueza son las que no pueden estar reunidas en las mismas manos y de allí, que la formulación aristotélica del principio de división de poderes,

haya evolucionado desde una concepción de funciones categorizadas en compartimientos estancos e impenetrables, hacia una visión axiológica basada en que cada poder público ejerce de manera preponderante pero no excluyente ni exclusiva la función que le es propia por atribución constitucional, lo cual incluso se extiende a la cooperación con los otros poderes públicos en los puntos de contacto.

Así, el principio orgánico dogmático de la separación de poderes trasciende la concepción monopólica que en sus orígenes tuvo justificación en la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo ejecutivo y pasó a recoger la noción de colaboración, como un efecto de la concientización de que el aislamiento rígido de las funciones esenciales, atenta contra el pragmatismo de las instituciones en la satisfacción de los cometidos del Estado, que incluso, es progresivo en aras de la justicia social que vincula las funciones esenciales de los distintos poderes para la satisfacción de los intereses colectivos.

De este modo, se abrieron paso sendas formulas de colaboración de poderes, una basada en lo que Loewenstein (***Teoría de la Constitución***. Barcelona. 1965. P. 132) denomina la interdependencia por coordinación, la cual supone la existencia de puntos de contacto conforme a los cuales el desarrollo de una función determinada, demanda cooperación de al menos dos poderes del Estado, como puede constarse en diversas áreas de nuestro sistema constitucional, como son la promulgación de leyes, según lo dispuesto en los artículos 213 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las observaciones a las leyes sancionadas según dispone el artículo 214 *eiusdem*, la celebración de los contratos de interés nacional, artículo 187.9 *ibidem*, entre otros.

Lo expuesto evidencia, como conforme a la interdependencia por coordinación los poderes públicos actúan con autonomía en el desarrollo de sus funciones propias, sin aislamiento y por ende, sin menoscabo de la cooperación que para la efectiva concreción de su actividad, deben desarrollar con otro poderes en ciertas actividades previamente determinadas.

La segunda formulación del principio de colaboración de poderes, se basa en que la idea esencial del mismo se

encuentra en la división orgánica que reconoce formalmente la existencia de una estructura orgánica y subjetiva del Estado, donde el *ius imperio* se encuentra distribuido entre varias figuras subjetivas, sin que ello suponga que las funciones del Estado se encuentren atribuidas de manera privativa o exclusiva entre cada una de las denominadas ramas del poder. Por el contrario, la moderna concepción de la división de poderes y dentro de él, el principio de colaboración, no tiene como postulado una eventual separación de funciones, sino que se basa en una visión cuya particularidad reside en que los poderes públicos deben desarrollar con carácter principal y de forma específica la función que le es natural, mientras que desarrollarán el resto de las funciones esenciales, siempre que para ello se encuentren facultados por una disposición normativa que le atribuya competencia y que su ejercicio resulte consustancial a la operatividad del poder del Estado como único e irresistible.

De este modo, se observa, cómo el principio *in commento* entraña una integración funcional del Poder Público cuya diversificación de tipo institucional, en modo alguno imposibilita la convergencia de actividades de distinta naturaleza en una misma figura subjetiva, sino el desarrollo primordial de la función que le es inherente a una rama en concreto del Poder Público.

Como puede advertirse, el principio bajo análisis no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades.

Significa entonces, que no debe confundirse la función en sí misma con el acto resultante, por cuanto la naturaleza jurídica de éste no se encuentra exclusivamente determinada por la actividad sustancial, sino que es menester valorar su rango normativo y, de igual forma, la

figura subjetiva que lo concretiza.

No obstante, al margen de las críticas que pudieran formularse a dicha postura, la cual pudiera catalogarse de extrema y contraria a la reserva que la propia Constitución efectúa del ejercicio de la función jurisdiccional, lo que nos interesa destacar en esta oportunidad es que si bien se reconoce una participación de los distintos poderes en las actividades que le son propias a cada uno de ellos, tal intromisión es aceptada, con sus limitaciones, a los fines de lograr un control o equilibrio en el funcionamiento de éstos.

Empero, existen múltiples formas de control expresamente reguladas por las Constituciones y las cuales no nos corresponde analizar en esta oportunidad; sin embargo, a fines meramente ilustrativos resulta útil tener presente la clasificación ofrecida por Duque, R. (2008), quien distingue entre un control político y otro denominado jurídico por las razones siguientes:

El *control político* es subjetivo y voluntario por parte del poder u órgano de control, y recae sobre razones políticas, es decir, la oportunidad, la conveniencia y la racionalidad. El *control jurídico*, por el contrario, es objetivo y necesario, por parte de un órgano independiente e imparcial, y se ejerce sobre bases jurídicas como la constitucionalidad, la legalidad y la responsabilidad. En estos casos las limitaciones y los controles están institucionalizados. Desde otro orden de ideas las limitaciones no son institucionalizadas si sus controles no son institucionalizados, pero no por ello son inefectivos (...). En el *control político* quien limita es quien controla y puede poner en marcha otros controles ejercitados por otros agentes (...). El *control jurídico* se ejerce sobre la base de una norma abstracta y el sujeto de control actualiza la limitación preestablecida por otro agente, el constituyente o el legislador, para asegurar que las limitaciones del poder se cumplan. (p. 132)

Tales precisiones resultan relevantes, ya que cuando analizamos el tema del control difuso de constitucionalidad de leyes, sin lugar a dudas, nos estamos refiriendo a una forma de control jurídico que plantea un matiz respecto a una concepción rígida del principio de separación de poderes.

No obstante, en el título siguiente analizaremos cuáles serían algunas de las razones para atribuir dicho control al Poder Judicial y no así a otros poderes del Estado.

4.3.1.3. Legitimación del Poder Judicial para ejercer controles jurídicos como el atinente al control de constitucionalidad de leyes.

Tal como lo refiere Brewer, A. (1996), en la actualidad se considera al “...Poder Judicial, supuestamente el menos peligroso de todos los poderes del Estado...” (p.65).

Dicha concepción ha llevado a un incremento notable de las atribuciones tradicionalmente asignadas a los jueces, al punto que según lo señala Pérez, R. (2000), éstos tienen hoy día una creciente importancia política y social, por las razones siguientes:

(...) son los lectores privilegiados de las leyes. Son ellos los que establecen su significado y su pertinencia para resolver casos concretos. Tras los ropajes y el lenguaje frecuentemente arcaico se recubren opciones políticas o preferencias de cualquier tipo. ...omissis...En resumen, los jueces ejercen un poder político que toma forma variada en la sociedad. Pueden paralizar la acción del Poder Legislativo o del Ejecutivo al declarar viciados actos administrativos o de legislación. Pueden hacer que las palabras de la ley; incluyendo las de la constitución misma, cambien su significado en el tiempo. Los jueces tienen taimen el poder

político de afectarnos directamente como individuos, lo que los otros poderes públicos no tienen. (pp. 535, 537 y 540).

Bajo esta misma línea de pensamiento García E. (2000), efectúa algunas consideraciones en torno al nuevo rol del juez en el Estado de Derecho actual:

La elevación del juez al orden político ha sido realizada por la afirmación del individuo bajo el aspecto de la reivindicación de sus derechos. Es el fruto de una emancipación del individuo nunca vista. Por vez primera en la historia, una sociedad ha trabajado masivamente para hacer independientes a sus miembros, desligándolos del deber de contar con los otros. De ahí la situación en que el individuo se encuentra justificado para recurrir contra la colectividad en nombre de los derechos, los cuales, por su parte, no tienen existencia más que por los medios que la colectividad ha puesto a su servicio. Estado e individuos son socios en una relación contenciosa que no puede encontrar su salida más que en un arbitraje independiente en Derecho. Es esta necesidad de liberalización creada por el éxito de la estatalización la que provoca una apelación generalizada a una mediación judicial, a fin de precisar la relación de dependencia compleja que se da entre el poder público y los administrados, daño a este mecanismo una importancia social de primer orden.

...Omissis...

En otros términos, dice Gauchet, lúcidamente, “el juez es el guardián del principio de composición del cuerpo social. Tiene por función la de mantenerlo inalterado, esto es, de preservar las condiciones que hacen su poder soberano, igual a sí mismo en todos los instantes del tiempo.... Si se le opone al pueblo, es con el fin de evitarle ponerse en contradicción consigo mismo”. Difícilmente podría decirse mejor. (pp. 133-134)

Lo expuesto nos da también una pista sobre la justificación de la confianza que actualmente descansa sobre el Poder Judicial, siendo la respuesta a dicha interrogante el reconocimiento de ciertas notas distintivas, tales como:

su independencia y autonomía, así como la profesionalización y estabilidad de sus miembros, las cuales le permitirían ejercer con mayor idoneidad controles jurídicos como el concerniente al control difuso de constitucionalidad de leyes.

En sintonía con lo expuesto, Duque, R. (2008), sostiene lo que a continuación se transcribe:

El carácter objetivado del control jurídico a cargo de órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, que son ajenos a los órganos controlados para su ejercicio aplican normas de Derecho, que son expertos en esta Ciencia; se da en órganos judiciales, permiten concluir que el control jurisdiccional es el control jurídico por excelencia. Además, porque su objeto no son las personas sino los actos de las autoridades que aquéllas ejercen. El control jurisdiccional es siempre jurídico, y por ello aunque se dude de la naturaleza jurisdiccional de los controles preventivos o consultivos que ejercen algunos tribunales constitucionales, serán siempre jurídicos y judiciales aunque no requieran resoluciones estimatorias. (p. 133).

Sin embargo, como lo destaca Bercholz, J. (2004) la cuestión de la independencia del Poder Judicial respecto de los otros poderes políticos del Estado tiene y ha tenido un vasto tratamiento por parte de juristas y politólogos, señalando a ese respecto lo siguiente:

Es arduo el debate respecto del grado de independencia que la corte debe tener y la conveniencia o inconveniencia del mismo. Además de las clásicas lecciones dogmáticas de los constitucionalistas, se han elaborado trabajos teóricos – históricos y también existen análisis casuísticos del accionar de la Corte, a través del hilo conductor de sus decisiones más salientes. (p. 12)

En efecto, según lo destaca el autor citado “...muchos confunden independencia con aislamiento total, lo que para otros autores no es óptimo...” (p. 49).

En este contexto, Molinelli, G. (1999), sostiene que resulta difícil establecer cuándo un órgano jurisdiccional actúa o no con independencia, por lo siguiente:

El concepto de independencia de un juez o de un tribunal se refiere, tal como ha sido y es usado generalmente, a que el juez o tribunal deciden los casos por sus méritos, según su leal saber y entender (equivocados para otros o no), es decir, sin que sea determinante el deseo de congraciarse con alguna autoridad (...), con algunas de las partes, o con la opinión pública(...). Se notará que se ha usado la palabra “deseo”, lo que sugiere un elemento subjetivo, imposible normalmente de conocer (...). Además, el mero hecho de que un juez decida a favor de una de las partes, por ejemplo el Estado, no puede interpretarse en sí mismo como una falta de independencia. Los jueces deben dar la razón a alguna de las (usualmente) dos partes y bien puede ocurrir que la razón la tenga el Estado. Además, una coincidencia con la posición del Estado puede muy bien reflejar una formación intelectual común. (p. 22).

No obstante, autores como Helmke, G., citado por Bercholz, J. (2004), identifica como vías posibles para estudiar la cuestión, las que a continuación se transcriben:

(i) verificar si en la Constitución existen ciertas disposiciones que aumenten los chances de independencia judicial, tales como la estabilidad – vitalicia o hasta cierta edad – y la intangibilidad del salario y si tienen vigencia real; (ii) estudiar las carreras de los jueces (ascensos, etc); (iii) opiniones de expertos y (iv) analizar las decisiones de los tribunales. (p. 13)

Empero, al margen de la existencia o no de una real independencia en el Poder Judicial y la posible presencia de los mismos grados de independencia en algunas formas de organización administrativa, sobre lo cual volveremos más adelante, en esta oportunidad es menester destacar que a pesar de que en la actualidad la mayoría de los ordenamientos jurídicos han depositado una gran confianza en los jueces, existe un grupo de autores que se pronuncian en contra de su legitimidad, para ejercer controles jurídicos como el atinente a la constitucionalidad de leyes.

Al respecto, Bercholz, J. (2004), nos comenta que en “...Europa y especialmente en Francia, el control judicial siempre fue visto con desconfianza y contradictorio con los principios de soberanía popular...” (p. 35), concretamente, se plantea el autor la siguiente interrogante “...¿cómo justificar desde una perspectiva rousseauiana que un cuerpo burocrático – administrativo no elegido por los ciudadanos pueda impedir la aplicación de la voluntad del pueblo?...” (p. 35)

Similares consideraciones efectúa Bickel, A. (1962), citado por el referido autor, quien en torno a dicho aspecto realiza los siguientes señalamientos:

La dificultad radical es que el control judicial es en nuestro sistema una fuerza contramayoritaria (...) cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra. (p. 34)

Empero, según lo reseña el propio Bercholz, J. (2004), más adelante, los autores que pretenden zanjada la cuestión de la legitimidad democrática, por la cercanía con la población, esgrimen como argumentos, los que a continuación se transcriben:

i) la Corte Suprema no está privada de representatividad pues pese a estar compuesta por jueces designados en forma vitalicia, se renueva en promedio un miembro cada 22 meses lo que significa un recambio y circulación de esta élite política más dinámico que el de otros poderes, ii) también que la Corte custodia el principio de legalidad al cual están sujetos los órganos de gobierno en un Estado de derecho . Por ende siendo la norma creada por los representantes del pueblo, quien la aplica, goza aunque indirectamente de esa representatividad. (p. 44)

Adicionalmente, cabe acotar que la experiencia europea de la post-guerra, dejó como legado a la humanidad la necesidad de que exista un control a las mayorías en el mando y qué mejor control que el diseño de una justicia constitucional a cargo de órganos jurisdiccionales.

De lo anterior, da cuenta clara Canova, A. (2003) cuando expone lo siguiente:

De las muchas lecciones que arrojó esta etapa deplorable de la humanidad, una importante fue que las mayorías en el mando de un Estado, sin controles, podían ser tan peligrosas y nefastas como una individualidad o un grupo minoritario que ostentara, también a su antojo, altas cuotas de poder.

Cada sociedad, ciertamente, en momentos determinados de su historia puede albergar confusiones y resentimientos y desatar, en el instante menos esperado, la ira, deseos de venganza y autodestrucción. El legislador, como representante de esa sociedad, no está, por ende, exento de ser secuestrado por mayorías coyunturales que reflejen estos sentimientos oscuros; por grupos cegados que, no obstante su número elevado, estén guiados por valores contrarios a la paz, la justicia, el bienestar y la consecución del bien común.

La experiencia de la guerra evidenció que el legislador era falible. Que podía ser tan cruel como el peor monarca absolutista; influenciado, como el más bajo de los cortesanos y

ruin y desalmado, como un dictador cualquiera. Toda la construcción de casi doscientos años sobre el poder soberano del legislador se vino debajo de pronto, al menos en los países que vivieron en carne propia la tiranía y que encendieron la mecha del conflicto. (p. 79)

Por ello, concluye el autor que era preciso de cara al futuro poner frenos a otra desventura, razón por la cual se asumió que los nuevos términos en que debía discurrir la democracia "...debían pasar por controles efectivos contra los desvíos del legislador y a favor de la defensa de los derechos fundamentales de las personas..." (p. 79)

De manera que, llegado a este punto la respuesta era evidente, ya que si el legislador era vulnerable y por consiguiente existía un debilitamiento del dogma de la supremacía de la ley y al mismo tiempo, el Poder Ejecutivo carecía, por regla general, de independencia y estaba claramente influenciado por corrientes partidistas, la confianza para ejercer el control de constitucionalidad de leyes y con ello garantizar la supremacía del Texto Constitucional debía depositarse en el Poder Judicial, por ser, como lo afirma Brewer A. (1996), "...supuestamente el menos peligroso de todos los poderes del Estado..." (p.65).

En tal virtud, se aprecia que lo expuesto constituye la razón fundamental por la cual se llega a justificar la legitimidad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de leyes, lo cual nos lleva a plantearnos si esa misma razón excluiría la posibilidad de que otros Poderes del Estado lleven a cabo ese control, a través de métodos como el difuso, siendo esto último el objeto de estudio al cual dedicaremos el título siguiente.

4.3.2. EMPLEO EN SEDE ADMINISTRATIVA DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.

4.3.2.1. Planteamiento general.

En Venezuela, poco se ha escrito en torno al posible empleo en sede administrativa del control difuso de constitucionalidad de leyes y cuando ello se ha hecho, el análisis se efectúa de manera incidental y con referencia casi automática a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual ha sido partidaria de su negativa para dicho ámbito.

Muestra de ello lo constituye la opinión expresada por Casal, J. (2006), quien al referirse al tema, trae a colación, como suele ser la regla, una sentencia de la Sala Constitucional, con ocasión de la cual se realizan las siguientes reflexiones:

Según jurisprudencia de la Sala Constitucional están igualmente cubiertas por el artículo 334 algunas de las instancias que desarrollen medios alternativos de resolución de conflictos, como los tribunales arbitrales. En cambio los órganos administrativos no están facultados para el ejercicio del control difuso, ni siquiera cuando cumplen lo que algunos califican de función cuasi-jurisdiccional.

No obstante, no cabe descartar que la Administración Pública, la cual se encuentra sujeta a la Constitución, al igual que los demás órganos del Poder Público (art. 7), se ve obligada, ante violaciones graves y manifiestas de la Constitución derivadas de una Ley o decreto – ley, a ignorar la norma correspondiente, sobre todo cuando ésta sea lesiva de derechos garantizados

por la Constitución, ya que su artículo 25 prescribe la nulidad de los actos del Poder Público que los vulneren, por lo que la autoridad o funcionario administrativo mal podría emitir u ordenar actos de ejecución de una ley que flagrantemente los cercene. (p. 165)

Sin embargo, no explica el autor citado, una vez descartado el empleo por parte de la Administración Pública del método difuso de control de constitucionalidad de leyes, cuál sería el mecanismo que permitiría en ese ámbito aplicar la Constitución con preeminencia a la Ley.

Similares consideraciones realiza Harol, J. (2004), quien con relación a dicho particular expone lo siguiente:

Como bien ha señalado la jurisprudencia de la Sala Constitucional el control difuso de la constitucionalidad sólo puede ser ejercido por órganos jurisdiccionales. En este sentido la sentencia número 833/2001 recaída en el caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao de fecha 25 de mayo de 2001, señaló que: 'Conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas; mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales; sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada cuasijurisdiccional, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto'. Este criterio había sido establecido en la sentencia número 331/2001 de fecha 13 de marzo de 2001 recaída en el caso *Henrique Capriles Radonsky*, y fue confirmado recientemente mediante sentencia número 752/2005 de fecha 5 de mayo de 2005 recaída en el caso *Corporación Maraplay, C.A.*

No obstante lo anterior se ha señalado que la Administración Pública podría verse obligada a ignorar una norma legal o

sublegal cuando sea lesiva de derechos constitucionales en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución.

Debemos precisar que en tal caso no se trataría del ejercicio de un control difuso de la constitucionalidad por parte de la Administración Pública. El control difuso implica que el mismo sea ejercido por órganos jurisdiccionales, no por órganos administrativos, de allí que, la Administración Pública si bien pudiera abstenerse de aplicar una norma a un caso concreto por considerarla violatoria de derechos constitucionales con fundamento en el artículo 25 de la Constitución, no debe concluirse que está ejerciendo un control difuso de la Constitucionalidad, en el sentido correcto del término. (p. 263)

Como puede apreciarse el citado autor, si bien niega la posibilidad de emplear el método difuso de constitucionalidad de leyes en el ámbito administrativo, aporta como solución la aplicación del artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual permitiría, a su parecer, que la Administración Pública se abstenga de aplicar una norma inconstitucional.

Tales opiniones de la doctrina nacional son también avaladas por autores extranjeros, como es el caso de Camargo, P. (1999), quien al referirse a la cuestión de inconstitucionalidad en Colombia, equiparable, con sus diferencias, al control difuso en Venezuela, señala lo siguiente:

La excepción de inconstitucionalidad es, por lo general, de carácter judicial, pues no es muy ortodoxo que a las autoridades administrativas corresponda esa atribución, eminentemente jurisdiccional, que es la típica del diffused control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América que confiere a todo juez el poder de no aplicar, en un caso contrario, una norma contraria a la Constitución Federal.

...omissis...

(...) aquí se insiste en que la excepción de inconstitucionalidad es aplicable sólo por los jueces de la República en los litigios concretos, cuya decisión se traduce en la no aplicación de la ley reputada de inconstitucionalidad. Los demás servidores públicos, si bien están obligados a respetar y obedecer la Constitución, no están facultados para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y de las controversias que surjan con tal motivo se ocupa el Poder Judicial. (pp. 223-225).

Aunque el objetivo de la presente investigación no lo constituye un estudio exhaustivo de las distintas opiniones que sobre este aspecto podrían registrarse en otros ordenamientos jurídicos, por estar circunscrito el análisis al caso particular venezolano, la anterior referencia es al menos ilustrativa, a los fines de establecer que en otros sistemas, con características similares al nuestro, existe una marcada corriente que se pronuncia en contra del empleo del método difuso de constitucionalidad de leyes para el ámbito administrativo.

No obstante, visto que en nuestro país los autores que aluden al tema, acuden casi automáticamente a las decisiones de la Sala Constitucional, a continuación nos detendremos en estos pronunciamientos a objeto de realizar posteriormente algunas reflexiones sobre dicha postura.

4.3.2.2. Posición de la Sala Constitucional.

Como se señaló en las líneas que anteceden, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en contra del empleo en sede administrativa del control difuso de constitucionalidad de leyes.

En este contexto la referida Sala en su decisión N° 331 del 13 de marzo de 2001, recaída en el Caso: Henrique Capriles Radonsky, tuvo oportunidad de emitir su criterio sobre la desaplicación que hiciera la Comisión Nacional de

Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles del artículo 25 de la Ley para el control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, por considerar dicha norma contraria a lo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señalando lo siguiente:

Al respecto, considera la Sala necesario precisar el contenido del artículo 334 del Texto Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

‘Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de su competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

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

*Corresponde **exclusivamente** a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.”*
(Destacado de la Sala)

Visto el contenido de la norma constitucional transcrita, considera esta Sala evidente que la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, incurrió en una flagrante violación de lo dispuesto en la misma, al ejercer un control difuso de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, al desaplicarla y no dar estricto cumplimiento a los requisitos previstos en la misma para el otorgamiento de las Licencias cuestionadas, por estimarla contraria a lo dispuesto en el artículo 71 constitucional; atribución que conforme a lo dispuesto en el transcrito artículo 334, es exclusiva de los jueces o juezas de la República, quienes la ejercen con

ocasión de un caso concreto sometido a su conocimiento, al verificar la incompatibilidad entre el texto fundamental y otra ley o norma jurídica, cuya aplicación se les solicita.

En efecto, son los jueces y juezas de la República quienes al constatar la existencia de una colisión entre una norma de menor rango a la Constitución, y ésta, aplicarán la última preferentemente, al caso concreto de que se trate, quedando a cargo de esta Sala, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley o la norma, con efectos *erga omnes*, por ser ésta una atribución exclusiva y excluyente de la misma, conforme lo dispone el mismo artículo 334 del Texto Fundamental, el cual le inviste la condición de órgano que ostenta el monopolio del 'control concentrado de la Constitución'.

Así pues, establece esta Sala que la violación del artículo 334 aludido no versa sobre la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, sino sobre el ejercicio por parte de la Comisión de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles de una atribución que no le correspondía, ni le corresponde, por prescripción expresa del citado artículo 334.

Dicho criterio, fue ratificado en la decisión N° 833 del 25 de mayo de 2001, recaída en el Caso: Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, con ocasión de la cual se dispuso:

Conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas: mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales, sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada cuasi-jurisdiccional, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto.

Similares consideraciones fueron también las proferidas en la sentencia N° 752 del 5 mayo de 2005, recaída en el caso: Corporación Maraplay, C.A., en

la cual, al igual que en las decisiones anteriores, la Sala Constitucional se pronunció en contra del empleo en sede administrativa del control difuso de constitucionalidad de leyes.

De lo expuesto se deduce que la posición de la referida Sala del Tribunal Supremo de Justicia, según se evidencia de los anteriores pronunciamientos, se sustenta en una interpretación literal del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual claramente dispone que corresponde a “todos los jueces de la República” el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de leyes; sin embargo, no explica la referida Sala cuáles son las razones por las cuales el constituyente habría confiado la protección del texto constitucional a órganos jurisdiccionales y no así administrativos, lo cual, a nuestro parecer, constituye un elemento enriquecedor de la discusión que al respecto puede plantearse.

En efecto, como se señaló en los títulos anteriores existen razones que hoy día justifican la creciente confianza que se viene dando a los jueces, pues como lo menciona Salcedo, J. (2002) ha habido una inversión en la relación de poder de las Ramas Públicas, “...en cuanto la Rama Judicial ha pasado de subpoder a superpoder, en tanto que las otras dos Ramas si bien no están bajo el dominio de aquélla, al menos ya no se erigen como los superpoderes que frente a la misma fueron antaño..” (pp. 22-23).

Sin embargo, la clave para establecer conclusiones en torno a si es posible o no el empleo en sede administrativa de mecanismos típicamente judiciales como el denominado control difuso de constitucionalidad de leyes, viene dada, a mi parecer, no por la interpretación literal que subyace del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino por la

verificación o no en dicho ámbito de garantías propiamente judiciales que devienen de la misma estructura y naturaleza del Poder Judicial.

Específicamente, habría que referirse a la independencia de esta Rama del Poder Público, el cual como lo expresa Salcedo J. (2002), "...es autónomo e independiente, lo que, entre otras cosas, significa que no obedece a pautas o presiones políticas ni económicas..." (p. 23)

En efecto, según lo menciona el señalado autor, el Poder Judicial, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo no está subordinado a superior u orden de índole jerárquica, al tiempo que se autoadministra, autogobierna y auto controla laboral y disciplinariamente.

No obstante, aún así cabría argumentar que en la actualidad existen formas de organización administrativa que guardan elevados grados de independencia; sin embargo, con relación a ello conviene traer a colación lo expresado por Salcedo, J. (2002) quien al referirse tema, señala:

(...) en países subdesarrollados, como Colombia, en donde la clase política, es decir, quienes hacen las leyes que deben aplicar la Rama Judicial, y quienes deben implementar las políticas, planes y programas de desarrollo social, a menudo dejan mucho que desear tanto en idoneidad como en moralidad, lo que, por supuesto, impone que la Rama Judicial asuma un papel de mayor compromiso con la realización de la justicia social. (p. 25)

En Venezuela, a pesar de que se han dado pasos importantes por intentar democratizar las instituciones administrativas, al tiempo que ha crecido la tendencia a implementar en los esquemas tradicionales de organización las formas de descentralización funcional, las cuales ofrecen un mayor grado de

autonomía; sin embargo, hay que reconocer que conforme a nuestra tradición se sigue observando una fuerte tendencia partidista en este ámbito, lo cual no resulta conveniente a los efectos de confiar a dicha Rama del Poder Público el ejercicio del control de constitucionalidad de leyes a través del denominado método difuso.

De manera que, aun cuando se coincide con la interpretación que ha efectuado la Sala Constitucional en la materia al precisar que el control difuso es una potestad exclusiva de los jueces, se advierte que las decisiones que se han dictado, tampoco aportan soluciones para evadir en sede administrativa la aplicación de normas que coligen con el Texto Constitucional, situación que constituye un vacío importante de los pronunciamientos que se han registrado sobre estos aspectos, ya que pareciera desprenderse entonces que ante la imposibilidad de aplicar en sede administrativa esta forma de control, los operadores jurídicos estarían obligados a contradecir el Texto Constitucional, conclusión esta última que se aparta de lo consagrado en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusas órdenes superiores.

Por lo tanto, se impone el deber de estudiar soluciones para este ámbito, ya que, si bien no es posible la desaplicación de las normas inconstitucionales a través del método difuso, resulta necesario precisar ¿cuáles son las herramientas con las que cuentan los agentes administrativos a los efectos de evadir la aplicación de normas inconstitucionales?.

Dicha interrogante será analizada en el título siguiente, en el cual nos detendremos en el estudio de tales soluciones.

4.3.2.3. Soluciones para el ámbito administrativo.

a. Aplicación de la cláusula constitucional relativa a la derogatoria del ordenamiento pre-constitucional.

En la actualidad existe una tendencia de las constituciones modernas de incorporar una cláusula, por medio de la cual se dispone que toda norma anterior al Texto Supremo y cuyo contenido contradiga la Ley Fundamental se entiende derogada con la entrada en vigencia de la Constitución.

De esta forma se aprecia que en Venezuela la Disposición Derogatoria Única previó textualmente “...(q)ueda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. **El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución...**”.

Tales cláusulas han sido utilizadas, principalmente en ordenamientos que poseen sistemas de justicia constitucional concentrada para permitirles a los jueces ordinarios obviar la aplicación de una norma inconstitucional, sin necesidad de plantear, como suele ocurrir en algunos de estos países, la denominada cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el asunto no sería pacíficamente aceptado por la doctrina, señalando en ese sentido Casal, J. (2003), lo siguiente:

Mientras que en algunos se ha estimado que el control de la inconstitucionalidad sobrevenida de una ley corresponde con exclusividad a la Corte Constitucional, en otros se ha sostenido, para permitir que los jueces ordinarios ignoren leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución, que el reconocimiento de la derogación de tales leyes no implica un control de la constitucionalidad, reservado a la Corte o Tribunal Constitucional. Se trataría, más bien, de la simple aplicación del Derecho vigente a la controversia objeto del proceso. (p. 460)

Así, por ejemplo encontramos que García E. (1985, pp- 83-94) se pronuncia a favor del empleo de la cláusula derogatoria como una simple aplicación del derecho vigente a la controversia y no como una manifestación del ejercicio del método difuso de control de constitucionalidad de leyes.

No obstante, cabe acotar que el referido autor admite el carácter controversial de dicho asunto y la falta de un tratamiento uniforme por parte de la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, precisando en ese sentido lo que a continuación se transcribe:

El Tribunal Constitucional, a la vista de las soluciones que para el mismo supuesto habían decidido los Tribunales Constitucionales alemán (declarar que la derogación corresponde en exclusiva declarar a los Tribunales ordinarios) e italiano (no pueden declarar a los Tribunales ordinarios, sino que éstos han de elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional), ha construido una tesis original: la derogación puede declarar por sí mismos los Tribunales ordinarios, pero cabe también que eleven la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional (Sentencias Constitucionales de 2 de febrero y 8 de abril de 1981 y 3 de julio de 1997); cuando se intenten efectos *erga omnes* en la derogación deberá seguirse precisamente la última vía. (García, E. 2006, T I. p. 109).

En Venezuela, la situación tampoco ha sido muy distinta, pues en la jurisprudencia abundan los ejemplos en los que se ha reconocido el empleo de la cláusula derogatoria como una simple aplicación de derecho y en otras ocasiones, en cambio, se ha interpretado que ello se traduce en el ejercicio del método difuso de constitucionalidad de leyes.

Muestra de ello lo constituye lo ocurrido con el artículo 1.099 del Código de Comercio, ya que en sentencia del 31 de julio de 1997 la Sala de Casación Civil, con ocasión del Caso: Electospace reconoció la derogatoria virtual del último aparte de dicha norma, por ser una disposición anterior a la Constitución de 1961 que contrariaba el derecho a la defensa.

En esa oportunidad la referida Sala no se apoyó en la potestad que para la fecha le atribuía el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, contenido del control difuso de constitucionalidad de leyes, sino que entendió que se trataba de una derogatoria del ordenamiento jurídico pre-constitucional.

Sin embargo, una vez aprobada la Constitución de 1999, el referido asunto fue planteado ante la Sala Constitucional, la cual en sentencia N° 312 del 20 de febrero de 2002, Caso: Tulio Alvarez, menciona entre líneas que en el caso: Electospace la mencionada Sala de Casación Civil debió hacer uso del control difuso de constitucionalidad de leyes.

Empero, posterior a ello la propia Sala Constitucional en lugar de desaplicar ciertas normas preconstitucionales, ha invocado la Cláusula derogatoria única a los fines de aducir la pérdida de vigencia de una determinada disposición legal.

En este contexto, destaca el pronunciamiento que hiciera la referida Sala en sentencia N° 1.307 del 22 de junio de 2005, (caso: “*Ana Mercedes Bermúdez*”) en el cual mediante la declaratoria de derogatoria tácita se eliminó la consulta contemplada en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, señalándose lo siguiente:

En la actualidad, es un hecho notorio que el Sistema de Justicia presenta un serio problema de insuficiencia de recursos, ante el gran cúmulo de asuntos que tiene pendientes de atención. La carga de trabajo del Poder Judicial, junto a la falta de capacitación continua, bajos salarios y escasez de recursos - problemas todos estos a cuya solución está abocado este Tribunal Supremo de Justicia como cabeza del Sistema de Justicia-, limitan la posibilidad de que se imparta una justicia expedita, eficiente, pronta, completa y adecuada para los justiciables.

En este sentido, se observa que la norma derogatoria de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

‘Única. Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución’.

Así, con la entrada en vigencia de la Constitución, se produjeron efectos derogatorios respecto del ordenamiento jurídico preconstitucional contrario a sus normas. La consecuencia de tales efectos es que el ordenamiento jurídico preconstitucional, que contradiga las normas de la Constitución, se considera tácitamente derogado, y mantienen vigencia solamente los preceptos que no estén en contradicción con la Constitución.

...omissis...

La Sala considera, después de un cuidadoso análisis del asunto y de la observación, a través del tiempo, de las

circunstancias que fueron expuestas, que la consulta a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, tal como se razonó, antagoniza con lo que disponen los artículos 26, 27 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que se declara que ella, la consulta, fue derogada por la disposición Derogatoria Única de la Constitución vigente. Así se declara.

Dicha postura ha sido ratificada por fallos posteriores tanto de la referida Sala como de las restantes que integran el Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo remitirse a esos efectos a la decisión N° 877 de la Sala Constitucional del 11 de julio de 2007, Caso: Moises Soláno Cabello.

Sin embargo, en paralelo a tales pronunciamientos, la mencionada Sala ha negado el uso de la Cláusula derogatoria analizada, pronunciándose sobre la necesidad de utilizar en tales casos los métodos de control de constitucionalidad de leyes.

De esta forma el aludido órgano de la jurisdicción constitucional dispuso en su sentencia N° 1744 del 9 de agosto de 2007, lo siguiente:

Previamente, al análisis de fondo la Sala Constitucional observó que las normas impugnadas eran preconstitucionales, pero que ello no obstaba para que las mismas fueran objeto de control en cuanto a su conformidad con el nuevo Texto Fundamental, a fin de determinar si existe contradicción entre la precitada norma y la Constitución vigente, situación que, de ser el caso, supondría una declaratoria de inconstitucionalidad sobrevenida.

De lo anterior se infiere que aun cuando se tratara de normas preconstitucionales, a juicio de la Sala Constitucional, el asunto no se limitaba a reconocer su eventual pérdida de vigencia, sino que era necesario el empleo

de los métodos de control de constitucionalidad de leyes, que en el caso citado fue el referido al control concentrado.

No obstante, al margen de las contradicciones que en ese sentido ha tenido la mencionada Sala, lo que nos interesa destacar en esta oportunidad es que en Venezuela, a pesar de tales dualidades a nivel jurisprudencial, pudiera plantearse el empleo de la derogatoria tácita del ordenamiento jurídico pre constitucional como una vía distinta al método difuso de control de constitucionalidad de leyes, situación que permitiría el uso de dicha herramienta por parte de los agentes administrativos, a los efectos de eludir la aplicación de una norma inconstitucional.

Empero, tal herramienta sólo constituiría una solución parcial del problema que en dicho ámbito se verifica, ya que ello aportaría una salida a la Administración Pública pero sólo frente a normas pre constitucionales, toda vez que respecto a las restantes seguiría imposibilitada, en ausencia del método difuso, de eludir su aplicación.

Asimismo, debe reiterarse que la Sala Constitucional no ha mantenido una línea clara en el uso de este mecanismo, ya que en oportunidades lo ha negado de plano y en otras ha hecho uso de éste. De ahí que junto a la alternativa antes mencionada, sea necesario verificar la existencia de otras soluciones, las cuales serán analizadas en los títulos que se exponen a continuación.

b. Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

Otro aspecto que pudiera ofrecer una solución un poco más completa para el ámbito administrativo es el uso de la denominada interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

En este contexto, se suele apuntar que dicho principio fue formulado originalmente en los derechos americano *in harmony with the Constitution* y alemán *Verfassungskonforme Aulegung der Gesetze* y ha sido proclamado por algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español, como es el caso de las decisiones del 2 de febrero y 30 de marzo de 1981 (García, E. 2006, T.I, p. 110).

Sin embargo, la mayoría se inclina por señalar que “...esta metodología es utilizada por primera vez por el Tribunal Constitucional alemán, creado por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949...” (Peña, J. 2001, p. 359).

Específicamente Peña, J. (2001), menciona que la aludida forma de interpretación surgió en Alemania “...por la necesidad política de arribar a fórmulas que permitieran convivir a ese país con el ordenamiento preconstitucional, esto es, el ordenamiento jurídico vigente durante el régimen de Hitler, sin sacrificar los postulados de la nueva Constitución...” (p.359).

De hecho, tal como lo menciona el referido autor más adelante, si en Alemania se hubiese aplicado una posición lineal eso habría conllevado a la derogatoria de casi todo el ordenamiento jurídico de ese país, creando con

ello un enorme vacío legislativo, imposible de ser llenado con la debida prontitud por el Parlamento, situación que condujo a que se comenzaran a dictar sentencias en las cuales, sin anular el texto legal, se dejaba claramente sentado el sentido como debían ser interpretadas sus disposiciones para que fueran compatibles con el Texto Fundamental.

Tales formas de decisiones reciben el nombre de sentencias interpretativas y en la actualidad son utilizadas por casi todos los órganos de justicia constitucional.

En sintonía con lo expuesto, se observa que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que a través de estas sentencias "...lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución...", teoría que, según afirma más adelante y tal como se expresó en las líneas que anteceden, "...se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países [Alemania, Italia y España]...", que conllevó a que los respectivos órganos de la jurisdicción constitucional revisasen si tales normas se adaptaban a la Constitución y en el supuesto de que existiera una "...duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que esa Instancia Constitucional procediera a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a

plantear posibles inconstitucionalidades, para así acomodarla al marco de la Constitución...” (Vide. Sentencia SC, N° 952 del 29 de abril de 2003).¹

A nivel de derecho comparado, encontramos también que autores como García, E. (2006) sostienen que las citadas sentencias inspiradas en el principio de interpretación conforme a la Constitución, motivaron la redacción del párrafo tercero del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Española conforme al cual el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad procederá sólo “...cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional...”.

De lo anterior se infiere, que la interpretación conforme a la Constitución consiste en acomodar el contenido de una determinada disposición legal o sublegal a los principios y preceptos que éste contiene, todo ello a fin de evitar su desaplicación o declaratoria de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el uso de esta técnica ha motivado el empleo de una distinción entre conceptos aparentemente sinónimos; nos referimos a la diferenciación que suele hacerse entre proposición normativa o enunciado legal y norma.

Al referirse al tema Peña, J. (2001), menciona que la creación de la jurisdicción constitucional abrió nuevamente la cuestión, “...pues una parte de la doctrina comenzó a preguntarse si el juicio de constitucionalidad debía recaer sobre la proposición normativa, o más bien sobre la norma derivada de la misma...”. (p. 364)

¹ Con relación al tema de las sentencias interpretativas, la Sala Constitucional igualmente efectuó unas importantes precisiones en sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002, recaída en el Caso: Fedenaga.

Tal planteamiento obedece a que para un sector de la doctrina el enunciado legal es el artículo o proposición jurídica; mientras que la norma es la interpretación o interpretaciones que de dicho enunciado se deriven.

De esta forma, se afirma que la proposición normativa o enunciado se refiere a la ley como documento elaborado sobre la base de enunciados lingüísticos, que responden a denominaciones como artículos, apartes, párrafos, entre otras, con su correspondiente significado semántico; mientras que la norma es la interpretación que se infiere de tales enunciados. (Peña, J. 2001, p. 364).

De manera que bajo esta premisa y a raíz del empleo de las sentencias interpretativas comenzó a preguntarse la doctrina sobre cuál de las dos nociones debía recaer el control de constitucionalidad de leyes.

Al referirse al tema Jiménez, J. (1995) afirma que las sentencias interpretativas afectan a una de las normas identificables en el enunciado legal, para excluir o para afirmar su constitucionalidad. No obstante, una importante consideración es la realizada en torno a si tales decisiones pueden plantearse indistintamente en los recursos de inconstitucionalidad, así como en la cuestión denominada con ese mismo nombre en España, respecto a lo cual sostiene lo siguiente:

Asunto en el que ahora no puedo entrar es, por cierto, el de si tal tipo de fallo resulta igualmente útil o procedente en cualquiera de estas dos vías; me inclino a pensar – en esto también rectifico – que el fallo interpretativo se acomoda menos al sentido del R.I. que al de la C.I.; al conocer de un R.I., en efecto no se cuenta aún con experiencia apreciable, por lo general, sobre la interpretación y aplicación del precepto impugnado, lo que pone en cierto riesgo la eficacia del pronunciamiento interpretativo del Tribunal. Una interpretación

de la Ley ajena a cualquier problema singular de aplicación tiene siempre – si se me permite – algo de aventura.

Tales precisiones resultan relevantes, ya que como lo afirma el autor citado, la aludida categoría de sentencias puede presentarse indistintamente en lo que en el derecho español se conoce como cuestión y acción de inconstitucionalidad, cuyos paralelismos en Venezuela, pero salvando las diferencias que desde luego existen, podrían plantearse con relación a los controles difuso y concentrado de constitucionalidad de leyes, respectivamente.

En esta línea de pensamiento, pero mostrando, sin embargo, ciertas reservas respecto a la amplitud del ejercicio de este mecanismo por vía del control difuso de constitucionalidad de leyes, Casal, J. (2004), sostiene lo siguiente:

La inconstitucionalidad de la norma legal no ha de ser admitida por el juez a la ligera, sino después de un serio análisis del principio o regla constitucional, así como de la significación del precepto legal. Antes de desaplicarlo ha de explorarse, sin forzar el sentido de la disposición legal, la existencia de una solución interpretativa que la haga compatible con la Constitución. Esta interpretación conforme a la Constitución no ha de equiparse completamente a la que debe llevar a cabo la Sala Constitucional en el ámbito de sus atribuciones, pues ésta posee poderes más amplios para reinterpretar y adaptar la norma legal a la Constitución, estableciendo, con efectos *erga omnes*, la significación que ha de recibir a fin de no entrar en conflicto con la Norma Suprema. Si no resulta diáfana, en el ámbito del control difuso, la interpretación conforme con la Constitución del precepto legal, ha de procederse a su desaplicación, correspondiendo a la Sala Constitucional en su oportunidad, el ejercicio de la facultad de revisión que le otorga el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución. (pp. 166-167).

Como puede apreciarse dicho autor avala y de hecho defiende la implementación del uso de sentencias interpretativas por vía del control difuso de constitucionalidad de leyes; no obstante, por razones que no compartimos y no nos corresponde analizar en esta oportunidad, Casal, J. afirma que existen limitaciones que, a su parecer, no se registran cuando ello ocurre o se plantea a través del denominado control concentrado.

Empero, baste con destacar en esta oportunidad, que contrario a lo afirmado por Casal, J, “...el fallo interpretativo se acomoda menos al R.I que a la C.I...”,² (Jiménez, J, 1995, p.), existentes en España y equiparables, con sus diferencias, a los controles concentrado y difuso, respectivamente, consagrados en Venezuela.

Lo anterior trae como consecuencia la admisión de sentencias interpretativas en ambas formas de control, cuyo objeto de pronunciamiento es la norma o normas que se derivan del enunciado legal, en lugar de este último.

No obstante, al margen de todas las consideraciones que podrían efectuarse al respecto y las cuales no son objeto de la presente investigación, lo que nos interesa destacar en esta oportunidad es que los agentes administrativos tienen a su alcance la posibilidad de rechazar interpretaciones literales de determinados enunciados legales aduciendo que ello implicaría una contradicción con el Texto Constitucional, sin que pueda entenderse que a través del ejercicio de dicha facultad se estaría haciendo uso del método difuso de control de constitucionalidad de leyes.

² Las siglas R.I. y C.I. significan “recurso de inconstitucionalidad” y “cuestión incidental”, respectivamente.

En otras palabras, la Administración Pública tendría a su alcance el empleo de la denominada técnica de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, en virtud de la cual podría rechazar el uso de determinadas normas que se deriven de un enunciado legal por considerarlas inconstitucionales, pero aplicar, en cambio, otra que sí se adapte al contenido del Texto Fundamental.

Tal herramienta permitiría, sin lugar a dudas, eludir la aplicación de una disposición inconstitucional, pero la misma tendría como limitante que sólo podría utilizarse cuando del respectivo enunciado se derive una norma que pueda ser armonizada con la Constitución. De lo contrario, su implementación no sería posible.

De ahí que dicha forma de interpretación debe igualmente completarse con otras soluciones para el ámbito administrativo, las cuales serán abordadas en los títulos siguientes.

c. Aplicación del precedente constitucional.

A partir de la Constitución de 1999 se crea en Venezuela la Sala Constitucional, la cual tiene conferida la primacía en la interpretación constitucional por ser el órgano especializado en esa jurisdicción.

Tal cometido trajo como consecuencia la consagración en el artículo 335 del Texto Fundamental de la fuerza vinculante de las interpretaciones que establezca la referida Sala "...sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales...", convirtiendo estas decisiones, según lo refiere Duque R. (2008) en "...algo más que pautas u orientaciones, (pues, a su

juicio) son doctrinas de eficacia vinculante, a la manera del *stare decisis* del modelo estadounidense de la obligatoriedad del precedente...” (p. 525).

No obstante, sin pretender desarrollar un tema tan complejo y delicado como lo es el atinente a los límites del precedente judicial, cabe señalar que no siempre existe un consenso en torno al alcance del carácter vinculante que a éste se atribuye.

En este contexto, Escovar, R. (2005), al referirse a las dificultades que implica establecer los límites del precedente judicial, nos comenta lo siguiente:

(...) determinar lo que constituye el precedente no es tarea fácil, puesto que su existencia está determinada por la identidad del caso que le sirve de base, es decir, el antecedente o precedente. Hecha esta precisión se puede decir que la delimitación de los alcances de esa identidad entre los casos, es lo que debe ser objeto de precisión.

Lo señalado resulta sencillo cuando se trata del sistema de derecho común, en los cuales se distingue sobre la base del caso concreto, entre los tres sectores estructurales de la decisión, es decir, el *holding*, el *dictum* (o *dicta*) y el *rationale*, los cuales constituyen la estructura del precedente.

El término *holding* equivale a nuestra *ratio decidendi*; y en lo que atañe a la distinción entre *holding* y *dictum* hay que precisar el nivel de discusión al cual se refiere el análisis de la sentencia. Para el tratamiento del asunto es necesario identificar lo que en el derecho norteamericano se define como *holding* o *ratio decidendi*, es decir, la parte de la decisión que fundamenta el precedente. Este término se contrapone al *dictum* que se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o sobreabundantes, las cuales carecen de carácter vinculante con efectos *erga omnes*, pues estas últimas tan solo poseen carácter persuasivo. Ello significa que la fijación de los límites de la sentencia

constitucional puede lograrse con el uso del presente judicial, concepto éste que inspira al principio del *stare decisis*, esto es, el principio jurídico en el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión, es decir, el sistema basado en las reglas jurisprudenciales preexistentes. El *holding* o *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y se equipara al concepto de precedente judicial del derecho civil.

El término *rationale*, por su parte, alude a la motivación (...) que se expone en la decisión para fundamentar su conclusión y tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante. (pp. 19-20).

De esta forma concluye el autor citado que es el denominado *holding* o *ratio decidendi* los llamados a establecer tanto la regla para decidir el caso concreto como aquélla que va a regir en el futuro y por consiguiente, son éstos los que poseen carácter vinculante.

Similares consideraciones son las efectuadas por Duque, R. (2008) quien al igual que el autor citado sostiene que para determinar la obligatoriedad de las interpretaciones "...se exige distinguir entre la esencia de la argumentación y los puntos marginales de la decisión..." (p. 526).

En sintonía con lo anterior Casal, J. (2006) señala lo que a continuación se transcribe:

La aplicación del principio *stare decisis* y de los precedentes implica determinar los contenidos de las sentencias que resultan obligatorios en procesos futuros. De ahí surge la distinción entre la *ratio decidendi* o *holding* y los *obiter dicta* o *dicta*. La primera está compuesta por las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutive o dispositiva de la sentencia, mientras que los segundos son afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial. Sólo la *ratio decidendi* integra el precedente vinculante,

que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base en el razonamiento analógico. Cabe, sin embargo, hacer distinciones entre los hechos que generaron la regla contenida en el precedente y las circunstancias del nuevo caso sometido a consideración judicial, para evidenciar que determinado precedente no es aplicable a este último. (p. 274).

Asimismo, autores como Bernal, C. (2005), al tratar de definir el precedente constitucional, han realizado las siguientes consideraciones:

(...) es un argumento contenido en la parte motiva de toda sentencia de la Corte Constitucional, que, como más adelante veremos se diferencia del fallo y de los *obiter dicta* o afirmaciones de carácter general, que en estricto sentido no representan un pilar de la sentencia, sino sólo una razón argumentativa de orden secundario. El precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explica qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas. (p. 143)

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al tratar de delinear los alcances del precedente ha señalado, entre otras, en sentencia N° 1.309 del 19 de julio de 2001, recaída en el caso Hermann Escarrá, lo siguiente:

(...) desde el punto de vista formal, los efectos de la sentencia en nuestro ordenamiento jurídico no se extienden más allá de los límites que impone la cosa juzgada; es decir, no tienen efectos vinculantes respecto a casos o sujetos ajenos al hecho controvertido. El fallo es, no obstante, una norma jurídica, pero una norma jurídica individualizada, de la cual no pueden seguirse efectos generales. Se deja a salvo, por supuesto, el efecto vinculante que ostenta la *ratio decidendi*, es decir, la razón que sirve de justificación al fallo, de las sentencias de la

Sala Constitucional, cuando interpreten, dentro de los límites del caso planteado, el sentido y alcance de una norma perteneciente al bloque constitucional.

Sin embargo, para un sector de la doctrina la interpretación que en la práctica la Sala Constitucional ha dado al artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en muchas ocasiones ha resultado excesiva.

De esta forma se aprecia, que Casal, J. (2006) al momento de emitir sus consideraciones sobre el pronunciamiento que hiciera la referida Sala del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 1.860 de fecha 5 de octubre de 2001, recaída en el Caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas, sostuvo lo siguiente:

(...) la concepción del artículo 335 mantenida por la Sala Constitucional y la distinción trazada en la citada doctrina jurisprudencial es, por varias razones objetable. En primer lugar, porque la Constitución no autoriza a dicho órgano para dar Derecho constitucional de modo similar o aproximado a la forma como lo hace un cuerpo constituyente, por lo que no le corresponde adoptar una posición para o cuasiconstituyente. Sin perjuicio de la faceta interpretativa que acompaña la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, en particular, de la posible inclusión de la jurisprudencia constitucional entre las fuentes de esta rama del derecho, las funciones de la Sala Constitucional han de ser jurisdiccionales, y en ejercicio de las mismas ésta siempre ha de someterse a los dictados constitucionales, así éstos sean genéricos o indeterminados y, por consiguiente, abiertos a una dialéctica permanente con la realidad y con las situaciones que deben regir. (p.266).

No obstante, al margen de las dificultades que apareja determinar el contenido de los precedentes judiciales y lo cual no nos corresponde

desarrollar a profundidad en esta oportunidad conviene plantearse si tales interpretaciones son también vinculantes para el resto de los poderes públicos.

Al respecto Duque, R. (2008) nos comenta que el mismo Texto Constitucional "...circunscribe esa eficacia obligatoria a las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República y no con relación a los otros poderes..." (p. 526)

Habida cuenta de ello, el autor citado admite que existe una tendencia actual de conferir efectos expansivos y vinculantes a las sentencias del Tribunal Supremo que descalifiquen por inconstitucional o reputen constitucional una ley, pero no a las opiniones interpretativas de las normas legales.

En tal sentido refiere a la experiencia registrada en el derecho comparado, para lo cual efectúa las siguientes precisiones:

En el derecho español, por ejemplo, sólo tienen efectos *erga omnes* las sentencias que resuelven sobre la constitucionalidad de una norma, mientras que cuando el Tribunal Constitucional conoce del recurso de amparo, su sentencia únicamente tiene efectos *inter partes*. Asimismo, las sentencias que desestimen la inconstitucionalidad de una ley no pueden tener efectos generales, puesto que como advierte el Tribunal Constitucional español, si se aprecian nuevos matices que justifiquen la contradicción de la Constitución con los preceptos de la norma cuya inconstitucionalidad no se declara en el momento, posteriormente puede promoverse la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición que suscite la duda. (pp. 526-527).

Por su parte, Bernal, C. (2005) admite que en Colombia la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, o lo que es igual la aceptación "...del precedente constitucional y la correlativa sujeción a esta fuente de derecho por parte de todos los poderes del Estado y de los particulares no ha tenido un reconocimiento claro y explícito en ningún texto constitucional ni legal..." (p. 144).

Sin embargo, afirma el autor que existen pronunciamientos de la Corte Constitucional y disposiciones de la denominada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que sí le atribuyen dicho efecto.

En Venezuela, autores como Peña, J. (2009) al analizar el tema concluyen que sí resulta vinculante a todos los Poderes Públicos el precedente, por las razones siguientes:

(...) pese a la aludida dicción literal, se impone admitir que las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional, de las normas y de los principios constitucionales (jurisprudencia), tienen al igual que en España, efectos vinculantes frente a **todos**; y en consecuencia, que los artículos 334, 335 y 7, le confieren idoneidad a la jurisprudencia constitucional para ser fuente del Derecho.

Por otro lado, refuerza la tesis acerca de los efectos vinculantes de la jurisprudencia constitucional frente a todos, el artículo 336 ejusdem, que atribuye a la Sala Constitucional la competencia para declarar la nulidad de las leyes y demás actos normativos con rango de ley, lo que implica que las correspondientes sentencias de inconstitucionalidad o las interpretativas tienen efectos erga omnes, es decir, efectos vinculantes frente a todos (ciudadanos y Poderes Públicos). Por consiguiente al tener la jurisprudencia constitucional efectos equiparables a la de otras fuentes de derecho, en la innovación del ordenamiento jurídico, entonces resulta concluyente que reviste la idoneidad que le

confiere la Constitución para ser una fuente de Derecho, la cual deriva de los citados artículos 335 y 336 constitucionales.

A mayor abundamiento conviene recordar otro precepto de nuestra Constitución, el cual por cierto reproduce parcialmente el artículo 9 de la Constitución española – que sin duda también sirve de fundamento a la idoneidad de la jurisprudencia constitucional para innovar el derecho, y por ende, para recibir la calificación de fuente del Derecho. Se trata del artículo 7, el cual proclama que el texto constitucional es la norma es la norma suprema del ordenamiento jurídico, consagrando así el principio de supremacía constitucional, es decir, la superioridad incontrovertible de la Constitución sobre todas las demás fuentes del Derecho. En este orden de ideas, sostiene en España RUBIO LLORENTE (2001), que al haber optado el constituyente, sobre la base del mencionado principio, por conferirle carácter normativo a la Constitución, entonces la jurisprudencia constitucional pasa a ser una fuente del Derecho.

Pensamos que esta tesis doctrinaria, atendiendo a la ratio del citado artículo 7 constitucional, resulta perfectamente aplicable a nuestro país. En efecto, siguiendo el desarrollo de la referida tesis, sostiene el citado autor que la defensa de la supremacía constitucional aparece sustentada en la garantía de la rigidez (reforma mediante un proceso agravado), y en la del control de constitucionalidad, cuyo ejercicio permite que la Sala Constitucional – en nuestro caso – pueda anular, expulsar del ordenamiento jurídico en términos de la doctrina alemana, las leyes inconstitucionales, y de esa manera indudablemente incide sobre las fuentes del Derecho, al anular leyes inconstitucionales y excluir determinadas interpretaciones de los textos legislativos, determinando al mismo tiempo las que resultan compatibles con la Constitución.

Sobre la base de la tesis doctrinaria española, que reiteramos tiene pertinencia en Venezuela, queda demostrado que el artículo 7 de la Constitución, debe reputarse como otro fundamento de la idoneidad de la jurisprudencia constitucional para tener la naturaleza de fuente de derecho, y en general que esa idoneidad encuentra también fundamento en los otros preceptos constitucionales citados y analizados en este acápite. (pp. 166-167).

En suma, sostiene el mencionado autor que debido, entre otros al principio de supremacía constitucional, el precedente es vinculante para todos los ciudadanos y Poderes Públicos, ya que de lo contrario dicho principio se convertiría en una utopía.

En sintonía con lo expuesto la Sala Constitucional en su sentencia N° 1.309 del 19 de julio de 2001, recaída en el caso Hermann Escarrá, estableció que sus interpretaciones "...en general, o las dictadas por vía de recurso interpretativo se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado...", ordenando en múltiples ocasiones la publicación de sus fallos en Gaceta Oficial, confiriéndoles con ello efectos *erga omnes* a sus pronunciamientos y por tanto asignándole un carácter vinculante respecto a todos los ciudadanos y Poderes Públicos.

De hecho aseveró la mencionada Sala, en el fallo N° 1.571 del 22 de agosto de 2001, recaído en el Caso: ASODEVIPRILARA, que todas las sentencias provistas de ese singular efecto, esto es el *erga omnes*, debían ser publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y durante la tramitación de la acción incoada, procede ordenar la notificación de los interesados, en atención a la posible repercusión del fallo sobre terceros.

Por lo tanto, tomando en cuenta las razones que se esgrimen para hacer extensivo el carácter vinculante del precedente a todos los Poderes Públicos y no sólo a los órganos jurisdiccionales y dado el carácter *erga omnes* que viene atribuyendo la Sala Constitucional a sus interpretaciones, resulta concluyente que la Administración Pública tendrá la posibilidad de eludir, so

pretexto de la existencia de un precedente judicial, la aplicación de una norma inconstitucional.

No obstante, dado que puede existir un universo de situaciones sobre las cuales aún no existe un precedente, es por lo que la investigación debe ir en busca de otra alternativa, para lo cual en el título siguiente nos referiremos a la propuesta efectuada por Duque, R. consistente en la desaplicación administrativa de normas y actos violatorios de los derechos humanos como garantía de la universalidad e indivisibilidad de éstos.

d. Desaplicación administrativa de normas y actos violatorios de derechos humanos.

Por último debemos hacer alusión a la solución propuesta por Duque, R., quien al referirse al tema plantea la posibilidad de admitir para el ámbito objeto de estudio lo que califica como desaplicación administrativa.

En este contexto se viene argumentando que el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclama el principio de garantía universal e indivisible de los derechos humanos, como uno de los fines de la configuración de nuestro país como República, lo cual se traduce en la preeminencia de los derechos humanos como un valor superior del ordenamiento jurídico, siendo uno de los fines esenciales del Estado el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución.

Sobre dicha premisa Duque, R. (2007) se plantea la necesidad de reconocer el empleo de la desaplicación administrativa de normas legales que vulneren derechos humanos. Para ello, el referido autor efectúa las siguientes consideraciones:

(...) el gobierno, entendido como poder público, debe ser democrático, vale decir, conforme los artículos 2 y 3 de la Constitución, que en sus actuaciones ha de respetar la preeminencia de los derechos humanos. De allí que por aplicación del artículo 25 del mismo Texto Fundamental resultan nulos de nulidad absoluta sus actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la misma Constitución, que como se expresó integran el bloque de constitucionalidad y de legalidad. Además, que los ciudadanos tienen el derecho a exigir que se les garantice el principio de supremacía de la Constitución, a la cual quedan sujetos todos los órganos de los poderes públicos. De manera que la razón de ser del principio de la sujeción de la Administración Pública a la Constitución y la ley, es la de proteger la preeminencia de los derechos humanos, por encima de cualquier autoridad o acto, de modo que si no se interpretan las normas señaladas, a favor del ciudadano, en el sentido que la administración está facultada, en base a esas mismas normas, para desaplicar temporalmente las normas legales o sublegales violatorias o que amenacen tales derechos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos se convierte en puro humo.

En mi criterio, el anterior debe ser el sentido y significado, que debería dársele a los artículos 1º, 2º, 5º, 8º y 10º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con los artículos 7, 19, 25 y 137 todos de la Constitución.(...) En concreto (concluye) que es posible sostener que la Administración puede desaplicar en un caso concreto, en vía administrativa, de manera temporal, una norma que viole ostensiblemente derechos fundamentales, puesto que, ante las disposiciones constitucionales y legales citadas no podría argumentar jerarquía alguna superior al derecho violado o menoscabado, por ser éstos preeminentes; o presunción de legalidad o legitimidad que supere esa preeminencia. Y para ser congruente con el sistema de división de los poderes públicos, y del respeto de las competencias del Poder Judicial, al desaplicar una disposición o acto por violar los derechos humanos, la misma administración, comprometida con el principio de la supremacía de la Constitución, debe plantear un incidente de inconstitucionalidad y suspender el respectivo

procedimiento, por ante la justicia constitucional. (pp. 169-171, T. I).

Como puede apreciarse de la anterior transcripción el autor admite, en caso de violaciones a derechos humanos, la denominada desaplicación administrativa con fundamento en el hecho de que el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Administración Pública le asigna como objetivo fundamental el de darle eficacia a los principios, valores y normas constitucionales; mientras que el artículo 2 de dicho cuerpo normativo "...da a entender que el principio de legalidad es para que los actos administrativos no perjudiquen la garantía de la protección de las libertades públicas..."; en tanto que el artículo 3 de la ley citada dispone la obligación para los funcionarios administrativos de cumplir la Constitución para asegurar los derechos que ésta garantice.

Asimismo, Duque, R. (2007) esgrime como fundamento de su posición los artículos 7, 19, 25 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; no obstante, llama la atención de la posición expuesta por el referido autor dos aspectos en particular. El primero, vinculado con la asignación de un carácter temporal a dicha desaplicación y el segundo relacionado con la creación de un incidente de constitucionalidad no previsto en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al citado carácter temporal, vale acotar, que de admitirse dicha desaplicación en sede administrativa, no habrían razones para negar con base en el fundamento que la sustenta, que ésta se haga de modo definitivo para dicho ámbito y no como si se tratara de una especie de protección cautelar.

De manera que, pareciera no ser procedente la calificación de la desaplicación en referencia como “temporal”, ya que la misma sería definitiva para el ámbito administrativo y en tanto el pronunciamiento no sea revisado por el Poder Judicial.

Adicionalmente, debe precisarse que surgen dudas en cuanto a la procedencia del planteamiento de un incidente de constitucionalidad, en los términos expuestos por el autor citado. En primer lugar, debido a que el ordenamiento jurídico no contempla dicho procedimiento, lo cual dificulta su creación por vía jurisprudencial y, en segundo término, porque no queda claro hasta que punto se estarían arrebatando competencias a los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer del control de la legalidad y **constitucionalidad** de los actos de la Administración Pública.

Por tal razón me inclino a pensar que sin desestimar la desaplicación propuesta por el autor citado, la cual a mi parecer constituye un gran aporte, debe profundizarse sobre otros aspectos y en tal sentido sería conveniente plantearse que dicha desaplicación queda sujeta al control de la jurisdicción contenciosa administrativa la cual de confirmarla o negarla, pero siempre que se produzca sentencia definitivamente firme, deberá someter el fallo a consulta de la Sala Constitucional en los términos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante, en el supuesto en que la desaplicación haya quedado firme en sede administrativa, por cuanto el acto administrativo que la contiene no fue recurrido ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sí sería procedente, a mi parecer, plantear la consulta de dicha desaplicación ante la Sala Constitucional.

De manera que, salvo por esos dos aspectos puntuales, se comparte plenamente la propuesta realizada por Duque, R (2007), la cual constituye una herramienta valiosísima que permitiría a la Administración Pública evadir la aplicación de una norma inconstitucional.

No obstante, queda a salvo el desarrollo que posteriormente se realice en futuras investigaciones de tales temas, los cuales por razones de tiempo y espacio no pueden ser abordados con el debido detenimiento en el presente estudio, por exceder a los objetivos trazados en esta oportunidad.

CONCLUSIONES.

El valor normativo y la supremacía que actualmente se predica del Texto Constitucional, trae consigo la existencia de controles efectivos que permitan mantener dichos principios.

En este contexto, suele hablarse de dos grandes modelos o sistemas de justicia constitucional. El primero, conocido como el modelo norteamericano, y, el segundo, denominado europeo o kelseniano.

De tales modelos han surgido fusiones o combinaciones que conducen a la identificación de un tercer grupo o sistema. Específicamente, se trata de los llamados sistemas mixtos, dentro de los cuales la mayor parte de la doctrina ubica a Venezuela.

Lo anterior obedece a que en nuestro país se registra junto al método concentrado, ejercido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el que en contraposición es denominado como método difuso, por cuanto permitiría a cualquier juez de la República desaplicar en el marco de un caso concreto una norma inconstitucional.

Dicha forma de control ha sido reservado con carácter exclusivo a los jueces, según la literalidad del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de acuerdo a la interpretación que sobre la materia ha dado tanto la Sala Constitucional como la mayor parte de la doctrina.

Tal posición encuentra respaldo en la legitimidad que se predica del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de leyes, el cual sirve como freno a las decisiones mayoritarias, a través de la preservación del principio de supremacía constitucional.

No obstante, se admite como válida la tesis propuesta por Duque, R. quien plantea que en materia de derechos humanos debe admitirse la desaplicación administrativa cuando las normas legales pretendan desconocer dichos derechos.

Adicionalmente, se identifican como posibles soluciones para el ámbito administrativo que permitirían a los agentes administrativos eludir la aplicación de una norma inconstitucional, las siguientes: a. el empleo de la cláusula derogatoria de la Constitución; b. la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al Texto Constitucional; y, c. la aplicación del precedente vinculante.

Empero, respecto a cada una de tales herramientas pueden formularse críticas o reservas.

Así, encontramos que la primera alternativa sólo brinda una solución respecto al ordenamiento jurídico pre-constitucional, pero deja por fuera el resto de las normas.

De la misma forma, cabe destacar que el empleo de dicha cláusula no ha sido aceptado de manera unánime ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

En este contexto se observó, que la Sala Constitucional, aunque no siempre de forma inequívoca, ha tendido a desconocer el uso de dicha figura,

precisando en ocasiones que la circunstancia de que la norma sometida a control sea pre-constitucional no excluye la necesidad de que se recurran a los métodos de control de constitucionalidad de leyes.

Por otro lado, en lo que atañe al precedente constitucional, aun cuando éste ampliaría el espectro de aplicación para este ámbito; no obstante, el mismo muestra como dificultad la relativa a las dudas que existirían en torno a si dicho precedente se extiende y vincula a todos los Poderes Públicos.

Empero, de acuerdo con la interpretación que sobre la materia ha hecho la Sala Constitucional, la cual le ha otorgado una gran amplitud a la figura en referencia, debe concluirse que la misma sería una alternativa válida.

Paralelamente, debe también precisarse que, por otro lado, constituye una herramienta viable para la Administración Pública el uso de la interpretación constitucionalizante del ordenamiento jurídico, conforme a la cual los agentes administrativos estarían obligados en sus interpretaciones a armonizar las normas legales con los principios y valores que emanan del Texto Constitucional.

Por último, conviene señalar que tales soluciones, junto a la desaplicación administrativa propuesta por Duque, R., son necesarias y merecen un reconocimiento en este ámbito, por cuanto a través de ellas los funcionarios administrativos pueden eludir la aplicación de una norma inconstitucional, lo cual los protege frente a la exigencia de responsabilidad a que alude el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, no cabe duda que potestades como la descrita deben verse con ciertas reservas en el ámbito administrativo debido a la gran influencia

partidista que se registra en este sector y en muchas oportunidades la falta de profesionalización de sus miembros.

Asimismo, constituye un punto obligado de una futura investigación el atinente a quien sería el órgano jurisdiccional encargado de controlar la aludida desaplicación administrativa, ya que en ese sentido podrían registrarse conflictos de competencia entre los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa y la Sala Constitucional.

No obstante, el desarrollo de esos aspectos excede los objetivos trazados por esta investigación, aunque nos inclinamos a pensar que el acto administrativo que contiene la desaplicación debe ser sometido al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual una vez que produzca una sentencia definitivamente firme deberá plantear la respectiva consulta ante la Sala Constitucional.

Habida cuenta de ello, no se descarta la posibilidad de plantear una consulta directamente ante la aludida Sala Constitucional y únicamente en lo que atañe a la respectiva desaplicación, cuando el acto administrativo correspondiente haya quedado firme en sede administrativa.

Empero, no nos corresponde en esta oportunidad arribar a soluciones definitivas sobre tales aspectos, siendo las reflexiones expuestas posibles soluciones para la situación descrita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Aragón, M. (1998). **Estudios de derecho constitucional**. Madrid – España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón, M. (1999) **Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control**. Bogotá – Colombia: Universidad de Externado de Colombia.
- Bercholg, J. (2004). **La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad**. Buenos Aires – Argentina: Ediar.
- Bernal, C. (2005). **V Jornadas de derecho constitucional y administrativo**. El precedente constitucional. Universidad Externado de Colombia.
- Bidart, G. (1995). **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires – Argentina: Ediar.
- Bidart, G. (2000). La fuerza normativa de la Constitución. **El Amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades**. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma.
- Brewer, A. (1996). **Instituciones Políticas y Constitucionales** (T. VI, 3ª ed.). Caracas – Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Canova, A. (s.f). **Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en el derecho comparado: (1) Estados Unidos de América**. Tomado de material digitalizado, entregado en clases por el profesor Canova, A., con ocasión de la cátedra impartida en la especialización de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monte Ávila (2008)
- Canova, A. (2003). **Revista de derecho constitucional N° 7 enero – junio**. Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en el derecho comparado: (3) Europa actual. Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.
- Camargo, P. (1999). **Acciones Constitucionales y Contenciosas Administrativas**. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Leyer Ltda.

- Casal, J. (2003). ***Visión Iberoamericana del Tema Constitucional.*** El control difuso de la constitucionalidad y sus perspectivas en el derecho venezolano. Caracas – Venezuela: Editorial Ex – Libris.
- Casal, J. (2006). ***Constitución y justicia constitucional.*** (2da edic.). Caracas – Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- De Otto, I. (1987). ***Derecho Constitucional.*** Editorial Ariel, S.A. Barcelona: España.
- De Otto, I. (2001). ***Derecho Constitucional. Sistemas de Fuentes.*** (8ª edic.). Barcelona – España: Editorial Ariel, S.A.
- Duque, R. (2007). ***Derecho administrativo iberoamericano.*** Postulados y principios. El sistema constitucional de los derechos humanos en la constitución venezolana. Caracas – Venezuela: Paredes Ediciones.
- Duque, R. (2008). ***Temario de derecho constitucional y de derecho público.*** Bogotá – Colombia: Legislación Económica, C.A.
- Ecudero, M. (2005). ***El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutiva del Poder Público.*** Caracas – Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Escovar, R. (2005). ***El precedente y la interpretación constitucional.*** Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.
- Farías, M. (2004). ***El Control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes.*** Revista de Derecho Constitucional N° 9, enero – diciembre. Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.
- Fernández, F. (1997). ***El control de constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales. Su génesis en el siglo pasado.*** (1ª edic.). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.
- Fernández, F. (2001). El control de constitucionalidad en Latinoamérica: Del control político a la aparición de los primeros tribunales constitucionales. ***El nuevo derecho constitucional venezolano.*** IV Congreso de derecho constitucional en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche.

- Ferreyra, R. (2001). **Notas sobre derecho constitucional y garantías**. Buenos Aires-Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora.
- García De Enterría, E. (1985). **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid – España: Editorial Civitas, S.A.
- García de Enterría, E. (1994). **Revolución francesa y administración contemporánea**. (4ª ed.). Madrid – España: Editorial Civitas, S.A.
- García de Enterría, E. (2000). **Democracia, jueces y control de la administración**. (5ª ed.). Madrid – España: Civitas Ediciones SL.
- García de Enterría, E. (2006). **Curso de Derecho Administrativo**. (T. I, 13ª ed.). Madrid – España: Civitas Ediciones, S.L.
- García, D. (1991). La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado. **Lecturas constitucionales andina, Comisión Andina de juristas N° 1**.
- García Pelayo, M. (1951). **Derecho Constitucional comparado**. (2ª ed.). Madrid – España: Revista de Occidente, S.A.
- García Pelayo, M. (2000). **Derecho Constitucional comparado**. Madrid – España: Alianza Editorial, S.A.
- Harol, J. (1999). **Revista de Derecho Constitucional**. La justicia constitucional en Venezuela y la constitución de 1999. N° 1, septiembre – diciembre. Editorial Sherwood.
- Harol, J. (2004). **El Control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión**. Revista de Derecho Constitucional N° 9, enero – diciembre. Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.
- Hauriou, Maurice (1927, Trad. por Carlos Ruíz del Castillo). **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Madrid – España: Editorial Reus S.A.
- Henríquez, G. (2004). **El Control de la constitucionalidad del derecho extranjero. Una perspectiva desde el derecho venezolano**. Revista de Derecho Constitucional N° 9, enero – diciembre. Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.

- Hernández, Fernández y Baptista (1991). **Metodología de la investigación**. México: MacGRaw-Hill.
- Jarillo, J. (3005). **El estado absoluto como primer estadio del estado moderno**. Consultada el 24/06/09 en versión electrónica disponible en: http://www.vax.es/publicaciones/archivos/SABFUN05_002.pdf.
- Jiménez, J. (1995). **El control de constitucionalidad de la ley en el derecho Español**.
- La Roche, H. (1991). **Derecho Constitucional**. (T. I). Valencia – Venezuela: Vadell Hermanos Editores.
- Lassalle, F. (1863, Trad. por W. Roces en 1975). **¿Qué es una Constitución?** Argentina: Ediciones Siglo Veinte.
- Lejarza, J. (1999). El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999. **Revista de derecho constitucional N° 1**. Caracas – Venezuela: Editorial Sherwood.
- López Garrido, Massó y Pegorado (2000). **Nuevo derecho constitucional comparado**. Valencia – España: Tirant lo Blanch libros.
- Losing, N. (2005). Tribunal Constitucional: ¿Guardián de la Constitución, gobierno de los jueces o legislador sustituto?. **La jurisdicción constitucional, democracia y estado de derecho**. Caracas – Venezuela: Universidad Católica.
- Linares Benzo, G. (1999). **El proceso de amparo**. Caracas-Venezuela: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Nogueira, H. (2006). **Justicia y tribunales constitucionales en américa del sur**. Caracas – Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Mesía, C. (2007). **El Derecho Procesal Constitucional y su Desarrollo Tardío en el Perú**. El derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo garcía Belaunde. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: Perú.
- Molinelli, G. (1999). **Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina**. Materiales para su estudio. Temas:

- Peña Solís, José (2001). **Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica**. La interpretación conforme a la constitución. Caracas – Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 3.
- Peña Solís, José (2006). **Manual de derecho administrativo**. (V. I, 5ta ed.) Caracas – Venezuela: Editorial Texto, C.A.
- Peña Solís, José (2008). **Lecciones de derecho constitucional general**. (T.I) Caracas-Venezuela: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Peña Solís, J. (2009). **Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999**. Caracas – Venezuela: Ediciones Funeda.
- Pérez, R. (2000). **Constitución y Constitucionalismo hoy**. Jueces y Estado de derecho. Caracas – Venezuela: Fundación Manuel García Pelayo.
- Pozzolo, S. (s.f). **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. (trad. Vilajosana, J.). Consultado de material de apoyo, entregado por el Dr. Duque, R. (2009) en la cátedra impartida en la especialización de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila.
- Prieto, L. (2002). **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima – Perú: Palestra Editores.
- Rubio, F. (1993). **La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho**. Madrid – España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Salcedo, J. (2002). **El poder judicial. De subpoder a superpoder**. Colombia: Leyer.
- Sánchez, A. (2005). **Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia**. Bogotá – Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Sanín, R. (2006). Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso. **Justicia Constitucional**. Colombia: Legis Editores, S.A.
- Santamaría, J. (1991) **Fundamento de derecho administrativo I**. Madrid – España: Centro de Estudios Ramón Areces.

- Severo, M. (1991). **Derecho administrativo**. (Trad. Ortega, L.). Madrid – España: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Suanzes, J. (2007). **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid – España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Tarre, G. (2008). **Tendencias actuales del derecho constitucional: Homenaje a Jesús María Casal Montbrun**. La separación de poderes en los Estados Unidos. (T. I). Caracas – Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Tovar, O. (1983). **La jurisdicción constitucional**. Caracas – Venezuela: Italgráfica, S.R.L.
- Velasco, María (2002). **La Constitución**. <http://www.monografias.com/trabajos12/consti/consti.shtml>. en fecha 3 de abril de 2009.
- Vanossi, J. (1980). En torno al concepto de constitución: Sus elementos. **Libro Homenaje a Manuel García Pelayo** (T.I). Universidad Central de Venezuela.