



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN VENEZUELA**

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

Autor: Andrés Amengual Sánchez

Tutor: Antonio Canova González

Caracas, marzo de 2011

ÍNDICE GENERAL

Resumen	iv
Introducción	1
Marco teórico	4
Metodología	6
CAPÍTULO I	
EL CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL	
DERECHO COMPARADO	7
i. Nacimiento del control incidental	8
ii. Rasgos fundamentales de la Constitución	12
iii. Consagración del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en el sistema estadounidense	17
iv. Precisiones terminológicas sobre el “control concentrado”, “control difuso”, “control incidental” y “método incidental”	20
CAPÍTULO II	
SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY	
i. Elucidación de conceptos básicos	27
ii. Las sentencias interpretativas en el constitucionalismo actual	32
ii.a. Sentencias estimatorias o desestimatorias	33
ii.b. Sentencias manipulativas	34
iii. Análisis de sentencias interpretativas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia	36
iii.a. Sentencia N° 438 del 4 de abril de 2001	36
iii.b. Sentencia N° 2.294 del 24 de septiembre de 2004	40
iii.c. Sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002	44

CAPÍTULO III	
NATURALEZA DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN VENEZUELA	
	50
i.	Rasgos procesales de la figura
	50
i.a.	Consagración constitucional
	50
i.b.	Objeto del control incidental
	52
i.c.	Parámetros de control sobre esta técnica
de garantía	54
i.d.	Operatividad procesal de la figura
	55
ii.	Análisis sustancial del método incidental
	58
ii.a.	Sentencia N° 653 de la Sala Constitucional del 22 de junio de 2010
	58
ii.b.	Sentencia N° 1.325 del 4 de julio de 2006
	65
ii.c.	Sentencia N° 1.676 del 6 de octubre de 2004 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia
	68
ii.d.	Sentencia N° 695 del 18 de abril de 2007
	71
iii.	Revisión crítica de los presupuestos formales para la aplicación del control incidental propuestos por la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2005
	74
iv.	Presupuestos sustanciales para la aplicación del método incidental
	88
v.	Diferencias materiales existentes entre el control incidental y el control directo de la constitucionalidad de las leyes
	96
vi.	Efectos del control incidental
	101
Conclusiones	106
Materiales de referencia	108

UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN VENEZUELA**

Autor: Andrés Amengual Sánchez

Tutor: Antonio Canova González

Fecha: Marzo 2011

RESUMEN

En la presente investigación, se propone la revisión crítica del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela. Dentro de los objetivos específicos planteados, se encuentran: a) demostrar que con la aplicación del método incidental, los distintos Tribunales de la República, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se dictan sentencias interpretativas; b) integrar los parámetros formales y sustanciales para la aplicación del método incidental, y c) revisar críticamente los alcances y efectos de esta técnica de garantía dentro del sistema de justicia constitucional venezolano. De manera que el análisis detenido de la figura, especialmente en sus elementos estructurales, presupone una reflexión exhaustiva sobre ciertos conceptos básicos tales como: "control incidental", "método incidental", "control directo", "sentencia interpretativa", "disposición", "precepto" y "norma", dilucidación que permitirá comprender la trascendencia de la figura como mecanismo jurídico necesario para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las intromisiones arbitrarias del Legislador.

Descriptores: Control difuso, control incidental, método incidental, control directo, sentencia interpretativa, disposición, precepto, norma.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se propone la revisión crítica y exhaustiva del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela. Ello se debe a que en nuestro país, la mayoría de los autores han llevado a cabo un análisis puramente formal del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, conceptualizando la figura como un poder-deber, haciendo alusión a su fundamento constitucional y legal, indicando de forma genérica en qué casos puede ser aplicada, cómo opera la desaplicación de la "norma" en el caso concreto y cuáles son sus efectos prácticos, sin reparar en la importancia que tiene un análisis sustantivo de la actividad material llevada a cabo por los jueces cuando aplican el método incidental.

La principal consecuencia de tal enfoque de estudio ha sido a nuestro juicio su incompreensión y errónea utilización dentro del sistema de justicia constitucional venezolano. Algunos Tribunales de la República, yerran gravemente al pretender desaplicar disposiciones legales que presumen inconstitucionales sin llevar a cabo ningún razonamiento que evidencie tal situación -en alusión al "control tácito" vetado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- como si "desconocimiento" y "desaplicación" fueran términos equivalentes; otros sencillamente crean conflictos aparentes entre la disposición legal y los principios, derechos y garantías constitucionales llevando a cabo un errado control de constitucionalidad, y sólo unos pocos manejan correctamente la técnica de garantía con plena consciencia de que al crear una norma jurídica que se adecua a la

Constitución por la omisión detectada, están dictando una sentencia interpretativa.

Por ello, la investigación se propone como objetivo general la revisión crítica y exhaustiva del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, a través de un examen de sus rasgos procesales, la operatividad de la figura, su naturaleza, alcance y efectos bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y las leyes que rigieron las funciones del más alto Tribunal de la República, especialmente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, promulgada en la Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 1° de octubre de 2010.

Como objetivos específicos se plantearon los siguientes:

a) Demostrar que con la aplicación del método incidental los distintos Tribunales de la República, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se dictan sentencias interpretativas.

b) Integrar los parámetros y requisitos formales y sustanciales para la aplicación del método incidental.

c) Revisar críticamente los alcances y efectos del control incidental de la constitucionalidad de las leyes dentro del sistema de justicia constitucional venezolano.

Para alcanzar los objetivos propuestos se inició el estudio con el análisis de la sentencia *Caso Marbury Vs. Madison* dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1803, precisando en ella el nacimiento del control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema estadounidense (Judicial Review of Legislation), los rasgos fundamentales de la Constitución

como norma jurídica directamente aplicable por parte de todos los jueces y las principales diferencias con el sistema austriaco de jurisdicción constitucional que tanta influencia ejerció en Venezuela, valiéndonos de algunas consideraciones sobre los términos generalmente utilizados dentro del sistema constitucional patrio.

Luego se elucidan conceptos básicos imprescindibles para llevar a cabo el análisis de la actividad material llevada a cabo por los jueces cuando aplican el método incidental, citando la doctrina española más autorizada sobre el tema y revisando críticamente sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por ser el órgano que tiene la última palabra sobre la interpretación y aplicación judicial de la Constitución; de manera que el análisis de las sentencias interpretativas permitirá explorar la forma como a través de la jurisprudencia se crea Derecho.

Esclarecido lo anterior, se pondera la aplicación del método incidental por parte de los Tribunales y se analiza el valor, sentido y eficacia que tiene dentro del sistema normativo venezolano, verificando los aciertos, inconsistencias, ambigüedades y equívocos existentes sobre tal técnica de garantía para culminar las reflexiones con una revisión crítica de los presupuestos formales y materiales para su procedencia establecidos por la Sala Constitucional, las principales diferencias con otros mecanismos de control constitucional y los efectos que tiene a la luz de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

MARCO TEÓRICO

El estudio analítico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los trabajos doctrinarios sobre el control incidental elaborados por autores venezolanos evidencia que no son pocos los equívocos y las ambigüedades que se ciernen sobre esta técnica de garantía de los derechos fundamentales.

El análisis de los distintos fallos dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, revela una situación inquietante dentro del foro judicial y académico que tiene como raíz un escenario teóricamente confuso y metodológicamente poco esclarecedor.

En efecto, tal ejercicio permite evidenciar lo siguiente: primero, existen profundas divergencias en torno a la aplicación del método incidental por parte de la propia Sala Constitucional -por lo menos antes de la entrada en vigencia de la actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia-; segundo, su doctrina ha sido vacilante sobre los presupuestos para su aplicación (*Vid.* Sentencia N° 1.696 de fecha 15 de julio de 2005); tercero, se desconoce el alcance práctico efectivo que puede tener dicho método cuando es ejercido por la referida Sala, y cuarto, la errónea aplicación de la figura por parte de los diversos Tribunales de la República.

Por su parte, la doctrina venezolana ha centrado sus esfuerzos en los aspectos procesales de la figura, y sólo excepcionalmente ha precisado con

detalle de qué manera debe aplicarse el control incidental ponderando sus efectos, especialmente cuando lo ejercita la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin explicar con detalle el sentido de la diferenciación existente entre el *plano dispositivo, enunciativo o preceptivo* y el *plano normativo o hermenéutico* lo cual genera dudas sobre la validez de la disposición juzgada en abstracto como supuesto de hecho hipotético no materializado en la práctica y la norma que debe construirse para no vulnerar en ese caso un principio, derecho o garantía constitucional.

En razón de su importancia en la investigación se efectúa el análisis de conceptos básicos como "disposición", "norma", "control directo", "control incidental" y "método incidental", esclareciendo su significación dentro de la inconstitucionalidad de la ley, así como su trascendencia en las sentencias interpretativas dictadas por la Sala Constitucional del máximo Tribunal.

El estudio propuesto se realizó bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Tal delimitación, se debe a que bajo la vigencia del Texto Fundamental de 1961, no existía un sistema completo ni coherente de justicia constitucional; el control "concentrado" de la constitucionalidad de las leyes lo ejercía la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia y no un Tribunal o Sala especializado en asuntos constitucionales, no existía el recurso extraordinario de revisión de sentencias ni se preveía la figura de la revisión de los fallos definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes como *canal de conexión* que ofrece seguridad jurídica y uniformidad en la jurisprudencia constitucional, por sólo mencionar algunas de las innovaciones más importantes del diseño de justicia constitucional actual.

METODOLOGÍA

El presente trabajo constituye una *investigación documental* centrada en el análisis crítico y reflexivo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y el estudio analítico de los artículos más representativos publicados en libros, revistas especializadas y páginas electrónicas tanto nacionales como extranjeras.

Dada la naturaleza de la investigación se ponderan los antecedentes históricos de la figura y se realizan precisiones teóricas sobre documentos y publicaciones académicas, prescindiéndose por completo del uso de estadísticas, encuestas y entrevistas a autores o jueces. Por lo tanto, no se presentan al lector gráficos ni representaciones audiovisuales que requieran explicaciones estadísticas.

CAPÍTULO I
EL CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO

Con el objeto de introducir al lector en los objetivos propuestos en la presente investigación, resulta necesario realizar algunas consideraciones fundamentales sobre el nacimiento del control de la constitucionalidad de las leyes en la experiencia constitucional de Estados Unidos, partiendo principalmente de un análisis detenido de la famosa sentencia *Caso Marbury vs. Madison* dictada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, el 24 de febrero de 1803.

La sentencia fundacional, como la denominaremos en el presente estudio por la trascendencia que tuvo para todo el constitucionalismo moderno, contiene varios aciertos, de los que destaca principalmente el hecho de haber consolidado en la praxis judicial, un mecanismo técnico preciso y eficaz para garantizar la supremacía constitucional -eficacia directa- frente al resto de las leyes y la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro de un Estado Constitucional de Derechos.

De esta forma, se expondrán de manera sucinta los hechos que dieron origen a la controversia jurídica para luego analizar en detalle el razonamiento expuesto y las conclusiones obtenidas, las cuales constituyen las premisas teóricas básicas sobre las que se sustenta la propuesta de

revisión del sentido y alcance del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela.

i. Nacimiento del control incidental

En los últimos años del gobierno del presidente estadounidense John Adams, el Congreso se encontraba dominado por los Federalistas, quienes designaron cuarenta y dos (42) jueces de paz en el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el Presidente los firmó y el Secretario de Estado, en el ajetreo de última hora, no realizó la notificación de cuatro (4) de ellos, entre los cuales se encontraba el Sr. William Marbury. El nuevo Secretario de Estado, James Madison, se negó a entregar las comisiones por la molestia que le causó a los republicanos el control que trataron de asegurar los federalistas con el nombramiento de jueces de su partido. La falta de notificación como juez al Sr. Marbury, lo condujo hasta la Corte Suprema de Estados Unidos con el objeto de que este Alto Tribunal, le exigiera al Secretario de Estado que diera cuenta de las razones que tenía para no llevar a cabo tal actuación, y obligarlo, en última instancia, a entregarle su nombramiento ejerciendo un "mandamus".

Con la ponencia de su Presidente, John Marshall, la Corte Suprema llevó a cabo un razonamiento impecable y consistente sobre la improcedencia de la petición del demandante partiendo de tres interrogantes, a través de las cuales se sentaron las bases fundamentales de la suprallegalidad de la Constitución y del control de la constitucionalidad de las leyes:

a.- ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento?

b.- Si lo tiene, y ese derecho ha sido conculcado, ¿proveen las leyes del país un remedio a tal situación?

c.- Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda emitir a la Corte Suprema?

Sobre la primera cuestión, la Corte Suprema indicó que si el nombramiento había sido aprobado por el Senado, suscrito por el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones y sellado por el Secretario de Estado, el Sr. William Marbury había sido designado¹, aduciendo asimismo que si la ley que creaba el cargo le otorgaba al solicitante el derecho de ejercerlo durante cinco años, el nombramiento debía considerarse irrevocable, por conferirle derechos legítimos protegidos por las leyes del país. En consecuencia, la retención del nombramiento constituye un acto que la Corte Suprema consideró ilegal y violatorio, por lo tanto, de los derechos del ciudadano William Marbury.

Obsérvese que en esta primera parte, la Corte Suprema llevó a cabo un análisis *puramente formal* de la situación planteada: en ningún momento entró a ponderar si efectivamente el señor Marbury cumplía o no los requisitos para ejercer el cargo de juez, considerando legal y legítimo el nombramiento realizado por el Ejecutivo.

¹ Sobre el particular el autor mexicano Miguel Carbonell en su artículo: *Marbury Vs. Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad*, publicado en la página web www.miguelcarbonell.com indicó que: "(...) tiene que haber un punto en el tiempo, que marque el momento en el que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio, cesa. Este momento tiene que ser aquel en el que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito... La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté completo (...)".

Determinado el derecho a ejercer la judicatura por parte del solicitante, la Corte Suprema procedió a responder el segundo punto planteado: ¿proveen las leyes del país un remedio judicial a tal situación?

Para ello, la Corte realizó las siguientes consideraciones: la primera, relativa a la esencia de la libertad misma, la cual -según la sentencia- consiste en el derecho de todo ciudadano a reclamar ante los órganos jurisdiccionales la protección de las leyes cuando ha sido víctima de un daño; la segunda, sobre la naturaleza del gobierno y sus funciones, considerando que en la nación regía un gobierno de leyes y no de voluntades humanas; y la tercera, estableció una diferenciación entre *actos políticos* y *actos jurídicos* del Poder Ejecutivo.

En torno a las reflexiones planteadas queda claro que la Corte Suprema de Estados Unidos, afianzaba los poderes discrecionales del Poder Ejecutivo, reconociendo que: "*(...) los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante (...)*".²

² Resulta interesante destacar que la distinción entre actos políticos y actos jurídicos, así como la doctrina sobre los poderes discrecionales del Ejecutivo, se ha mantenido hasta nuestros días. Un ejemplo notable de ello, lo constituye sin duda la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.002 de fecha 26 de mayo de 2004, *Caso Federación Médica Venezolana*, en la que expuso que: "*(...) ahora, que las políticas, en principio, estén exentas de control judicial no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión pública (...)*".

De esta forma se abría la posibilidad de realizar consideraciones en torno a la validez, vigencia y efectividad de los derechos “adquiridos” como límites a la discrecionalidad del Ejecutivo y la protección que dentro de tal sistema normativo merecen, teniendo en cuenta que: “(...) *la competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo no pueden ser sometidos a la opinión de la Corte (...)*”³.

En refuerzo de una concepción “material”, “sustantiva” de Constitución, el Alto Tribunal indicó tajantemente que cuando los derechos del individuo dependen del cumplimiento de ciertos actos ejecutados por los funcionarios del Poder Ejecutivo pero prescritos por el legislador, ese funcionario dejaba de ser un funcionario del Presidente para convertirse en un funcionario de la ley, resultando evidente que en este último supuesto, la ley de los Estados Unidos brindaba un remedio judicial para tal situación, por considerar que el nombramiento de un juez, es un acto determinado por las leyes, es decir un *acto jurídico*.

Al hilo de los razonamientos expuestos, la Corte Suprema pasó a considerar la cuestión relativa a si ésta podía emitir el mandamiento que obligara al Secretario de Estado a entregarle la designación como juez al ciudadano William Marbury.

Lo planteado a continuación versará sobre el modelo de organización del sistema judicial estadounidense, indicándose que la Corte Suprema de Justicia conoce en “jurisdicción ordinaria” -léase en primera instancia- en

³ Sentencia *Marbury Vs. Madison*.

todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, según la Ley de Organización Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789 (Judiciary Act of 1789). En los demás casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación.

En el fallo bajo análisis, el referido Tribunal señaló que: *"(...) para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación (...)"*⁴. Sin embargo dilucidar tal cuestión implicó que la Corte Suprema analizara, aunque de forma somera, la Ley sobre la estructura judicial que los regía para ese momento, hecho que la condujo a sostener que: *"(...) aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria. Tampoco es necesario en este caso capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EEUU, para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida pueda ser ejercida (...)"*⁵.

Con el análisis de la Ley y las competencias constitucionalmente asignadas a la Corte Suprema de Justicia, se aprovechó la ocasión para

⁴ Sentencia citada.

⁵ Sentencia citada.

consolidar⁶ los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, y por vía de consecuencia necesaria, la supremacía normativa (supralegalidad) de la Constitución sobre el resto de los instrumentos normativos.

ii. Rasgos fundamentales de la Constitución

Interesa, así sea someramente, destacar los rasgos fundamentales que trazó el constitucionalismo estadounidense sobre la Constitución con el objeto de comprender la importancia que tiene en un Estado Constitucional de Derechos su aplicación directa y preferente como superación teórica de un modelo puramente positivista donde la Ley definía la extensión de los derechos individuales y el Juez debía aplicarla mediante una operación silogística sin cuestionar su constitucionalidad. En este sentido, los jueces que suscribieron el fallo realizaron los siguientes señalamientos:

a) El procedimiento de creación y aprobación en el caso de la Constitución, es mucho más complejo que el de las leyes ordinarias, puesto que esta contiene principios y derechos fundamentales establecidos por el pueblo según su voluntad originaria y suprema, en ejercicio de la soberanía que el común de las leyes no puede derogar ni desconocer.

⁶ Se sostiene que hubo una "consolidación" en la praxis judicial de la supremacía constitucional, puesto que, como afirma Manuel Aragón Reyes: "(...) *la idea de supralegalidad está presente, pues, desde el primer momento en el constitucionalismo norteamericano. Paine dirá que una Constitución debe ser siempre anterior a todo Gobierno legal, expresando una opinión bastante común ya en aquel país. En las Constituciones de los nuevos Estados aparece en forma expresa (en el preámbulo de Massachussets por ejemplo) o tácita, esta concepción, amparada en las doctrinas pactistas, de que la Constitución es la norma jurídica suprema; noción además fortalecida por el hecho de que el nacimiento de la Constitución coincide, en Norteamérica, con el nacimiento del Estado (...)*". *La aplicación judicial de la Constitución: Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional. Estudios de Derecho Constitucional.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

b) Se trata de un instrumento escrito: así establecido será considerado fundamental. Téngase en cuenta que el sistema jurídico estadounidense se basa en la costumbre "common law" operando bajo el sistema del precedente; no se trata por tanto de un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la actuación de los ciudadanos o funcionarios públicos sino de un conjunto abierto de reglas jurídicas concretas que dan solución a los conflictos sociales. Sin embargo, la lógica de que la Constitución sea escrita, está asociada a la importancia de los principios y valores que contiene y a sus aspiraciones de permanencia y estabilidad en el tiempo.

c) La Constitución establece una distribución y separación de los Poderes (parte orgánica) cuyas principales funciones están definidas en ésta, para limitarlos y evitar los abusos y las arbitrariedades de las autoridades. De esa forma, el fallo señaló que: "*(...) esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes (...)*"⁷.

En este particular, coincidieron tanto el movimiento revolucionario estadounidense como el francés, pues en los distintos documentos que se suscribieron, se hizo mención expresa a la necesidad de garantizar la libertad a través del establecimiento de los derechos del ciudadano y de la separación de poderes. El artículo 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" reza: "*toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*".

⁷ Sentencia citada.

d) El procedimiento para su reforma es especial, complejo e involucra mayores costos y trabajo político. Se trata por lo tanto de una Constitución rígida. Este atributo refiere a la especial circunstancia de que su modificación: "*(...) sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario (...)*"⁸ lo cual depende, como señala el propio Víctor Ferreres Comella, del juego de las exigencias jurídico-formales por un lado, en clara referencia a los mecanismos institucionales que tendrían que activarse para tales fines y, por el otro, de las circunstancias sociales, políticas e históricas de una determinada sociedad.

Sobre las exigencias jurídico-formales para la reforma de la Constitución, el profesor Ferreres Comella distingue varios factores: primero, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para reformar la Constitución, lo cual dependerá en última instancia del tipo de Estado (unitario o federal)⁹ de la nación; segundo, el número de votos (tipo de mayoría) que se requiere para su aprobación -calificada o simple-; y tercero, si se exige la participación del pueblo (directa vía referéndum o indirecta a través de elecciones para una nueva asamblea que debe ratificar la reforma).

Como circunstancias políticas y sociales que deben concurrir para llevar adelante el proceso de reforma constitucional podemos enunciar los siguientes: el sistema de gobierno y la madurez de los partidos políticos que hacen vida en el país, pues el sistema parlamentario se erige sobre la lógica del consenso y los pactos o acuerdos entre las fuerzas políticas,

⁸ Víctor Ferreres Comella "Una defensa de la rigidez constitucional" en: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_02.pdf?portal=4

⁹ La reforma constitucional resulta mucho más compleja de implementar en el caso de los Estados Federales en los que, en algunos casos, se requiere el consenso de todos los Estados miembros de la Unión.

circunstancia que suele no encontrarse en sistemas marcadamente presidencialistas donde la voluntad del Presidente se impone sobre la del resto de los poderes constituidos, por la dificultad que representa poner en movimiento los controles políticos en sociedades autoritarias.

Como puede apreciarse de la sentencia fundacional, desde los orígenes mismos del constitucionalismo estadounidense, la rigidez constitucional ya tenía presente la necesaria distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Valga en este punto sostener junto con Manuel Aragón Reyes: "*(...) que el verdadero requisito de la supralegalidad, el auténtico presupuesto jurídico de la misma (pues no se olvide que así como la supremacía es una característica política, la supralegalidad es una cualidad jurídica y como tal únicamente discernible utilizando categorías de Derecho) es la existencia de una fuente de producción distinta para la Constitución que para la ley ordinaria o, lo que es igual, la distinción entre poder constituyente y poder constituido, idea ésta que encuentra su apoyo tanto en Jellinek como en Bryce (...)*"¹⁰.

Actualmente la rigidez constitucional se afianzaría no sólo sobre la complejidad del procedimiento de reforma -que supone en buena medida la distinción acotada en el párrafo anterior- sino en la propia naturaleza del contenido constitucional y la forma como está concebido: se trata de la enunciación de principios, derechos y garantías previstos con un alto grado de abstracción destinados sin duda alguna a permitirle al Juez Constitucional adaptar sus interpretaciones a los cambios sociales y a las necesidades de transformación de los grupos humanos.

¹⁰ Manuel Aragón Reyes. *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional. Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

De allí que concordemos con el profesor Rubio Llorente al definir la Constitución como: "(...) *un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional (...)*"¹¹.

Como puede apreciarse, ya la sentencia fundacional estadounidense contenía los elementos que dieron paso a la consolidación de los Estados Constitucionales, caracterizados fundamentalmente por el respeto que tanto el Estado y sus poderes como los ciudadanos deben tener por la Constitución como expresión del poder constituyente originario, ejercido por el pueblo y para el pueblo con vocación de perpetuidad.

iii. Consagración del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en el sistema estadounidense

Expuestos resumidamente los rasgos fundamentales de la Teoría de la Constitución que subyacía al planteamiento central del fallo resulta necesario detener nuestra atención en la forma prevista por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para darle verdadera eficacia y vigencia al principio de supremacía (jerarquía) constitucional. Se trata por lo tanto de analizar la forma en que se instituyó el control de la constitucionalidad de las leyes.

¹¹ Ibidem.

En el fallo, analizados los rasgos fundamentales de la Constitución y su carácter rígido, la cuestión se plantea de modo sencillo pero contundente:

"(...) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios; o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (...)"¹².

Teniendo en cuenta el artículo III, Inciso I de la Constitución de Estados Unidos vigente para comienzos del siglo XIX relativa a la Organización del Poder Judicial en esa nación, la Corte Suprema de Justicia señaló que la competencia y obligación de los Tribunales era decidir qué debía considerarse como Ley, indicando que si una ley contenía disposiciones que contrarían la Constitución, el Juez debía determinar su validez, vigencia y aplicabilidad a partir del Texto Fundamental de manera que siendo superior, ésta debía regir para el caso concreto.

Lo expuesto condujo al profesor Canova González¹³ a sostener que el nacimiento y consolidación del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, se dio de modo *natural* y *coherente* con la Teoría de la Supremacía

¹² Sentencia Marbury Vs. Madison.

¹³ Antonio Canova González *Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (1) Estados Unidos de Norteamérica. Estudios de Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Tomás Pérez Luciani*. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.

de la Constitución que plantearon los padres del constitucionalismo estadounidense en *El Federalista*¹⁴.

Fue en esta compilación doctrinaria en la que Alexander Hamilton, denominado por sus aportes a la ciencia constitucional como uno de los ilustres padres del constitucionalismo estadounidense, expuso que los jueces constituyen un cuerpo intermedio entre el pueblo y el poder legislativo, pues a ellos corresponde no sólo la interpretación de las leyes sino de la Constitución que es: "(...) *de hecho una ley fundamental y así debe considerarse por los jueces (...)*"¹⁵, razón por la cual, si en esa labor hermenéutica surgiese alguna colisión o discrepancia entre algún precepto legal y la Constitución: "(...) *debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...)*".

Así, la naturalidad de la aplicación de la Constitución sobre cualquier otro instrumento normativo, a juicio del profesor Canova González, se expresó organizativamente en el hecho de que: "(...) *no hay pues, procesos especiales para controlar la constitucionalidad de las leyes. Ello ocurre, solamente, en el marco de 'cases and controversies', que son asuntos, según la Constitución, para lo cual tienen competencia los tribunales y, entre estos, la Corte Suprema (...)*"¹⁶ precisamente porque la propia Constitución atribuyó tales poderes al Poder Judicial, sin hacer distinciones dentro del mismo ni crear un Tribunal especial para conocer sobre tales incidencias.

¹⁴ El *Federalista* fue publicado en 1788 en formato libro, recopilando una serie de artículos periodísticos que buscaban conseguir apoyo para la ratificación de una nueva Constitución en Estados Unidos, escrito por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay quienes utilizaron el seudónimo de *publius*.

¹⁵ Artículo traducido al español por Gustavo Velasco. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, México, 2001.

¹⁶ Antonio Canova González "La inconstitucionalidad de la ley" en: *Revista de Derecho Constitucional N° 10, Enero-Diciembre 2005*, Editorial Sherwood, Caracas, 2006.

Tal acierto se tradujo en la propia sentencia en una férrea crítica a aquellos sistemas normativos que le dieron mayor importancia a la labor del Parlamento dentro del sistema político, que si bien debía dictar las leyes de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución, sí podía determinar el contenido y extensión de los derechos, sosteniendo que se trataba un Poder que expresaba la voluntad popular a través de los representantes electos por el pueblo. En el fallo bajo análisis esa circunstancia fue negada de plano, sosteniéndose que tal argumentación concedería al Congreso una “omnipotencia total” en desmedro de la estabilidad y vigencia de los derechos y principios constitucionales.

Como puede apreciarse desde su nacimiento el control incidental de la constitucionalidad de las leyes estuvo concebido con las siguientes notas características:

a. En el caso de que una Ley contraviniera lo establecido en la Constitución todo el Poder Judicial -es decir, todos los jueces, de allí el término de “control difuso o desconcentrado”- debía aplicar preferentemente la Constitución (Judicial Review of Legislation).

b. La posibilidad de aplicar directamente el Texto Fundamental y “desaplicar” algún precepto o disposición legal puede presentarse dentro de cualquier tipo de caso o controversia, precisamente porque la Constitución es Derecho, y por lo tanto, directamente aplicable a cualquier clase de proceso.

c. Los efectos de la aplicación judicial de la Constitución se verifican dentro del caso concreto: ellos operan sólo para las partes en conflicto, circunstancia que condujo a que, en la actualidad, lo autores sostengan que sus efectos son *inter partes*.

Al hilo de las consideraciones expuestas resulta necesario realizar algunas precisiones terminológicas imprescindibles para entender los efectos y alcances de las sentencias interpretativas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes.

iv. Precisiones terminológicas sobre el "control concentrado", "control difuso", "control incidental" y "método incidental"

Teniendo en cuenta el origen, concepción inicial y evolución del sistema constitucional estadounidense, valgan las siguientes puntualizaciones terminológicas:

Buena parte de los autores venezolanos sostienen que Venezuela posee un sistema "mixto"¹⁷ de justicia constitucional que se sirve principalmente de dos tipos de control: el "concentrado" y el "difuso"¹⁸ al ser recipiendario tanto del sistema estadounidense como de las ideas propuestas por el sistema austríaco de Hans Kelsen. Al primero se le cataloga como concentrado -en honor por supuesto, a la tradición austríaca- porque sólo la Sala Constitucional, en ejercicio de la denominada "jurisdicción constitucional", es la que puede declarar la nulidad total o parcial de una ley u otro acto de similar jerarquía con efectos *erga omnes*, mientras que al segundo, se le suele denominar "difuso" porque cualquier

¹⁷ En ese sentido Allan Brewer Carías señala que: "(...) en Venezuela existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, que es a la vez difuso y concentrado (...)". Véase: *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San Cristóbal, 1994.

¹⁸ Por su parte, José Vicente Haro expone que: "(...) en Venezuela, el sistema de justicia constitucional comprende el control concentrado de la constitucionalidad, el control difuso de la constitucionalidad y el amparo constitucional (...)" en su artículo sobre "El Control de la Constitucionalidad en Venezuela: El Estado Actual de la Cuestión" en: *Revista de Derecho Constitucional* N° 9. Enero-Diciembre 2004. Caracas.

Juez de la República actuando dentro de la esfera de su competencia, puede desaplicar una disposición legal que vulnere la Constitución y crear una norma jurídica aplicable sólo a las partes en conflicto.

Sobre el particular el autor italiano Mauro Cappelletti¹⁹ sostiene sobre los dos grandes sistemas de control que bajo el enfoque de análisis subjetivista se han institucionalizado, el control es “difuso” porque se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios, mientras que en el “concentrado” ese poder de interpretación y aplicación de la Constitución se centraliza en un solo órgano judicial (Tribunal, Corte o Sala Constitucional) que ejerce la “jurisdicción constitucional” con carácter de exclusividad.

Pues bien, se denomina “control incidental” a la técnica jurídico-procesal que tiene a su alcance cualquier Juez cuando presume la inconstitucionalidad de un enunciado legal, para crear una norma jurídica que se adecúe a los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución y aplicarla a las partes dentro de un caso concreto o una controversia jurídica (cases and controversies) que se le ha sometido a su conocimiento. De allí el carácter “incidental” del método.

Como puede apreciarse, lo “concentrado” no se opone realmente a lo “difuso”. En una teoría más depurada sobre la inconstitucionalidad de la ley se opone lo “incidental”²⁰ a lo “directo”, es decir, se contrapone la posibilidad que tiene cualquier Juez de la República de desaplicar un enunciado legal y crear una norma jurídica según los parámetros constitucionales con efecto vinculante para las partes, a aquellas

¹⁹ Mauro Cappelletti “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado” en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, 1966.

²⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española *incidental* significa aquello: “(...) que sobreviene en algún asunto y tiene alguna relación con él”.

pretensiones de nulidad que directamente cuestionan la constitucionalidad de una ley u otro acto de similar jerarquía ante el Tribunal o Sala Constitucional mediante el ejercicio de la denominada "acción popular de inconstitucionalidad".

El control directo de la constitucionalidad de las leyes, tuvo su origen en el sistema austríaco, donde a diferencia de lo que ocurrió desde sus inicios en el constitucionalismo estadounidense, el Legislador jugaba un papel decisivo dentro de las democracias constitucionales: él definía autónomamente la extensión de los derechos ciudadanos por representar, como se anotó precedentemente, la voluntad del pueblo²¹; hecho que lo condujo a afirmar que: "(...) *el órgano legislador se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien en una medida relativamente reducida (...)*"²².

De allí que la crítica que duramente se le formulara a tal planteamiento partiera de la consideración de la superioridad "formal" y no "real", "material" ni "efectiva" de la Constitución sobre el resto de las leyes ordinarias, precisamente porque alegó que el Legislador cuenta con un margen demasiado amplio de actuación para delinear derechos y garantías que estaban consagrados en el Texto Fundamental y la garantía jurisdiccional de protección a la Constitución se centraba exclusivamente en un Tribunal Constitucional y no en todos los Tribunales; circunstancia que sin duda requería que el Texto Fundamental fuera concebido como verdadero derecho aplicable por contener derechos subjetivos directamente ejercitables por el ciudadano ante los órganos jurisdiccionales.

²¹ Teniendo en cuenta la experiencia revolucionaria francesa y la estructuración del sistema político que tuvo lugar con ella en los países europeos, resulta impensable que el Legislador, el gran defensor de los derechos ciudadanos, atentara contra ellos.

²² Ibidem.

Teniendo en cuenta la importancia del Legislador y el papel de las leyes dentro del ordenamiento jurídico así estructurado, Kelsen propuso la creación de un Tribunal Constitucional fuera de cualquier otro poder²³, especialmente del Poder Judicial, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, aunque ciertamente la competencia de la jurisdicción constitucional no se limitara al control de la constitucionalidad de las *leyes* sino a cualquier acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Sin embargo, con el objeto de precaverse frente a posibles críticas sobre la invasión del Tribunal Constitucional como órgano especializado y diferenciado de las demás autoridades del Estado en las competencias propias del Poder Legislativo, el autor austríaco planteó que el sistema de control se vería fortalecido si se aceptara el hecho de que el órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes no estaría ejerciendo una verdadera jurisdicción al no tener que enjuiciar hechos concretos ni pruebas sino analizando en abstracto la validez del precepto, fungiendo verdaderamente como un "legislador negativo", es decir, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas normas que verdaderamente contrariaran los postulados constitucionales.

Para Kelsen, la libertad de creación del Derecho que posee el Legislador no está presente en los casos en que el Tribunal Constitucional enjuicia la constitucionalidad de la ley pues: *"(...) en tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que*

²³ Al respecto, el autor señaló que: *"(...) no es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional (...)".* Ibídem.

debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución (...)"²⁴.

De lo expuesto hasta el momento se evidencia que dentro del sistema kelseniano de justicia constitucional, un Juez cualquiera no podía siquiera asomar la posibilidad de cuestionar la validez y vigencia de una Ley o un Reglamento: ello sólo puede realizarlo el Tribunal Constitucional (como argumento final frente a quienes sostenían que los actos del legislador no podían ser enjuiciados por los jueces que carecían de legitimidad para ello por no haber sido elegidos por el pueblo). Acerca de ello el profesor Canova González atinó en señalar que: "*(...) ningún Tribunal, por consiguiente, participa en la materia típica de la justicia constitucional, que, se recuerda, se limitaba a verificar la rectitud de las leyes y otros actos de igual jerarquía en cuanto subordinados inmediatamente a la Constitución o, a todo evento, a los actos normativos de menor jerarquía, como el reglamento ejecutivo (...)"²⁵.*

Las bases teóricas y metodológicas ideadas por Kelsen conducen a señalar que, a diferencia de lo ocurrido en la experiencia estadounidense, la Constitución expresa la superioridad formal frente al común de las leyes, regula la forma en que serán dictadas y contiene un reducido contenido material sobre los derechos ciudadanos, creando un órgano especializado en asuntos constitucionales (justicia política) que sería el único capaz de ponderar la constitucionalidad de las leyes, en sentido amplio entendidas como normas jurídicas generales y abstractas a diferencia de lo que ocurre

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Antonio Canova González "Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado (2) Kelsen" en: Revista de Derecho Constitucional N° 8 Julio-Diciembre 2003, Editorial Sherwood. Caracas, 2003.

con el acto administrativo y la sentencia, que surten sus efectos exclusivamente para las partes.

En otras palabras, el carácter "directo" de la acción popular - entendido como el mecanismo a través del cual se activa el control "concentrado"- se verifica tanto en el hecho de que se cuestiona directamente la constitucionalidad de la ley en "abstracto", sin la necesaria ponderación de una situación jurídica concreta²⁶ como en el hecho de que se recurre directamente ante un solo órgano versado en asuntos constitucionales, según el artículo 334 de la Constitución venezolana de 1999.

Obsérvese entonces la trascendencia del acierto del constitucionalismo estadounidense frente a la reticencia originaria del constitucionalismo europeo: desde un primer momento, el pueblo estadounidense tuvo claro que si la Constitución consagraba un catálogo expreso de derechos fundamentales, un "sistema material de valores", y ella es Derecho directamente aplicable por parte de cualquier juez, *éste garantizaría y preservaría la libertad, atendiendo primeramente a la Constitución y los derechos y valores consagrados en ella, que a la ley que en muchas circunstancias, especialmente de crisis, atenta contra los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.*

A la luz de las consideraciones expuestas conviene indicar que por "método incidental" se entiende no el mecanismo jurídico procesal destinado a ponderar la constitucionalidad de una ley o acto equivalente por parte del juez sino la operación que lleva a cabo al inaplicar la disposición legal

²⁶ Según el modelo kelseniano de justicia constitucional, uno de sus elementos fundamentales estaba representado en la existencia de un solo órgano de control de la validez de la Ley, a través de un proceso autónomo consagrado para tal fin.

creando una norma jurídica que se ajusta a los principios, derechos y garantías constitucionales. De manera que la diferencia entre “control” y “método” incidental se expresa en una relación de continente a contenido: el primero hace referencia al mecanismo procesal, el segundo a la actividad que despliega el juez en su sentencia para concretar la desaplicación de la disposición en el caso particular.

Los señalamientos expuestos sobre el origen del control incidental y sus principales diferencias con el control directo, así como la vigencia y validez actual de concebir la Constitución como Derecho directamente aplicable por parte de todos los jueces, resultan necesarios para comprender la significación, vigencia y particularidades de cada uno de los mecanismos de control constitucional referidos, así como los efectos de las sentencias que suelen dictar con ocasión de su ejercicio.

CAPÍTULO II

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Con el objeto de comprender cabalmente la trascendencia y verdadera significación del control incidental de la constitucionalidad de las leyes en el diseño de justicia constitucional venezolano, su sentido, naturaleza y alcance, resulta necesario realizar algunos apuntes sobre la inconstitucionalidad de la ley y las diversas técnicas de que se sirve el juez constitucional para dictar sus fallos interpretativos.

i. Elucidación de conceptos básicos

El análisis conceptual que se iniciará de seguidas tiene en cuenta los apuntes realizados sobre la condición supralegal de la Constitución como aporte del constitucionalismo estadounidense y el funcionamiento de la justicia constitucional en Europa por expresarse en ellos una diferencia sustancial en cuanto al alcance de las sentencias que dicta el Tribunal, Corte o Sala Constitucional.

Para ello resulta necesario comprender primeramente que dentro de la interpretación judicial de la Constitución y el análisis material de la inconstitucionalidad de la ley debe distinguirse cabalmente entre *disposición, enunciado o precepto legal* y la *norma jurídica o mandato* que en el proceso de interpretación de ella se crea. La diferenciación apuntada parece más apremiante dentro de nuestra cultura jurídica, donde comúnmente se tratan

como sinónimos y se equiparan los referidos términos sin fijar la atención en la importancia que tal distinción tiene dentro de la interpretación judicial de la Constitución.

Por su importancia resulta necesario traer a colación los apuntes realizados por el investigador español Francisco Javier Díaz Revorio, quien sostuvo que: *"(...) puede entenderse por 'disposición' cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; 'norma' sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación (...)"*²⁷.

En razón de lo expuesto, obsérvese que sobre un mismo enunciado o precepto legal, el Juez puede extraer varias interpretaciones plausibles, es decir, puede válidamente escoger una entre varias, creando para el caso concreto una norma jurídica que constituye un mandato de inexcusable cumplimiento para las partes en conflicto²⁸; por supuesto teniendo presente que, en otras ocasiones, sólo es posible una interpretación.

Recuérdese en este particular la tradicional definición de sentencia que la doctrina venezolana más calificada por el foro procesal ha empleado, señalando que constituye: *"(...) un mandato jurídico individual y concreto,*

²⁷ Francisco Javier Díaz Revorio. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2001.

²⁸ Si bien ambos términos "disposición" y "norma" -creada en el proceso de interpretación de aquella- gozan de cierta autonomía, no son en absoluto independientes. Una se da necesariamente de la otra: la interpretación depende de la disposición.

creado por el juez mediante el proceso, en el cual se acoge o rechaza la pretensión que se hace valer en la demanda (...)"²⁹.

De esa forma explica Francisco Rubio Llorente que en el sistema estadounidense de justicia constitucional, la Corte Suprema de Justicia puede perfectamente ponderar la interpretación (norma jurídica creada para regir en el caso concreto) aplicada por el Tribunal Estatal o Federal o bien, analizar la validez y constitucionalidad del enunciado propiamente dicho *on its face*³⁰, ya que en este último caso, ninguna interpretación posible del enunciado se encuentra conforme con la Constitución, por lo que la sentencia se pronunciará sobre la anulación total de la referida disposición: *el objeto de análisis puede ser entonces el enunciado mismo o la norma jurídica que de él se extraiga.*

Según ello puede resultar inconstitucional tanto el propio enunciado legal en toda su extensión -por ejemplo, cuando en nuestro país el legislador dicta una ley que no cumplió con el procedimiento para la formación de leyes establecido en los artículos 202 al 215 de la Constitución de 1999 (vicios de forma), como la norma jurídica o mandato extraída de la referida disposición, en el entendido de que "esa" interpretación no se ajusta al Texto Fundamental aunque existan otras que sí lo hacen (vicios de fondo).

Sin embargo, la situación cambia sutilmente con el sistema austríaco (kelseniano) de jurisdicción constitucional. En ese caso, el objeto de control del Juez Constitucional cuando valora la constitucionalidad de una disposición legal, lo hace en abstracto y sin referirse ni valorar ninguna

²⁹ Arístides Rengel Romberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Organización Gráficas Capriles. Caracas, 2000.

³⁰ El referido autor explica que la Corte Suprema de Estados Unidos sólo conoce de este tipo de controversia contra una previa resolución de los Tribunales inferiores, nunca lo hace directamente como ocurre entre nosotros.

situación concreta en particular; sobre esta especial circunstancia, Rubio Llorente señaló con tino que: *"(...) en esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo (...)"*³¹.

Quizás sea esta la razón por la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela equipara en muchos casos la impugnación del precepto legal con su anulación total, íntegra y completa³² sin tener en cuenta que la implementación de las diversas técnicas de interpretación constitucional empleadas con mucho mayor rigor por los Tribunales Constitucionales Europeos y la Corte Suprema de Estados Unidos, a la luz de lo que la doctrina patria ha calificado como "la perspectiva material de la inconstitucionalidad de la ley"³³, le otorga mayor libertad en su actuación y genera estabilidad y seguridad jurídica dentro del sistema normativo venezolano, respondiendo a la necesidad de la preservación integral de la ley.

La razón de ser de tal desacierto hermenéutico de la Sala Constitucional puede deberse en última instancia al hecho de que dentro del sistema kelseniano de jurisdicción constitucional, de notable influencia en nuestro país, el papel del Tribunal Constitucional se limitaba, como ya se

³¹ Ibidem.

³² Tal situación generó duras críticas en la doctrina patria. Sobre el particular, Antonio Canova González apuntó que: *"(...) de esa falta de análisis serio y material de este trascendental tema surge, como nueva consecuencia negativa, la todavía costumbre de relacionar directamente inconstitucionalidad de la ley con su anulación o supresión definitiva, lo cual se eleva como un obstáculo para que la Sala Constitucional emita, cuando conoce de la acción popular, sentencias interpretativas de inconstitucionalidad y, a todo evento, para que esta técnica surta todos sus efectos (...)"*. *La inconstitucionalidad de la ley. Nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela*. Universidad Monteávila. Caracas, 2004.

³³ Antonio Canova González. *Ob.cit.*

apuntó, a fungir como “legislador negativo”, extrayendo en bloque del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones que resultan inconstitucionales por no haberse dictado conforme a los parámetros establecidos constitucionalmente, siendo impensable que dentro de tal sistema constitucional el Tribunal Supremo dictara sentencias interpretativas al modo que se estudiará de seguidas.

La situación la aclara Rubio Llorente cuando indica que: “(...) *sea cual sea la construcción teórica de la que se arranque, el sistema europeo se asienta, sin embargo, en la equivalencia de inconstitucionalidad y anulación. La ley sólo puede ser considerada inconstitucional y, por tanto, carente de fuerza de obligar cuando ha sido anulada por decisión de la única instancia facultada para hacerlo, cuyo fallo es una acto parcial (teil-akt) de legislación (...)*”.

Pero no interesa en el presente trabajo detenernos en las posibles debilidades y contradicciones de los sistemas actuales de justicia constitucional, ello sería objeto de otra investigación. Nos interesa puntualmente destacar en este acápite tanto los distintos tipos de sentencias y sus efectos como la labor que ha llevado a cabo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En razón de lo expuesto, luce necesario traer a colación las palabras de Rubio Llorente, quien señaló sin desperdicio alguno lo siguiente:

“(...) La ley que la jurisdicción constitucional hace objeto de su control es, como queda dicho, en Europa siempre, en principio el enunciado legal, el texto aprobado por el legislador; en los Estados Unidos, la regla concreta que de ese enunciado ha extraído el Juez inferior para resolver el caso planteado. Como hemos visto también, esta afirmación de principio no se corresponde exactamente con la práctica

y frecuentemente los Tribunales europeos se pronuncian sobre normas derivadas del enunciado (78) y la Corte Suprema sobre el enunciado mismo.

Aunque es obvio que con ello se produce una relativa aproximación de los dos sistemas, sería erróneo, sin embargo, deducir de esta práctica una equivalencia funcional de ambos, como si éstos, partiendo de principios distintos, hubiesen llegado a ser estructuras homólogas que se correspondiesen con una imagen y su reflejo en el espejo (...)"³⁴.

Establecida la diferencia entre el enunciado legal y la norma que de ella puede extraerse así como las diferencias fundamentales existentes entre el sistema estadounidense y el europeo influido principalmente por Kelsen, corresponde abordar el tema relativo a la naturaleza y alcance de las sentencias interpretativas según la jurisprudencia y doctrina extranjera, lo que nos servirá de parámetro de ponderación para analizar algunos fallos dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

ii. Las sentencias interpretativas en el constitucionalismo actual

En palabras del Tribunal Constitucional Español, las sentencias interpretativas: "*(...) son efectivamente un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado, pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso (...)"³⁵.*

Precisamente por tratarse de un medio delicado y complejo, tanto en su justificación como en sus efectos, procederemos primero a establecer una

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Francisco Javier Díaz Revorio. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2001.

necesaria distinción entre los tipos de sentencias interpretativas, para luego centrar la atención en la actividad desplegada en ese sentido por la Sala Constitucional venezolana, valorando las críticas que tales fallos requieren a la luz de lo expuesto sobre los límites de la interpretación constitucional y sus efectos dentro del sistema de fuentes.

Las sentencias interpretativas de inconstitucionalidad representan, sin lugar a dudas, un mecanismo que le permite a los Tribunales Constitucionales realizar precisiones o correcciones con el objeto de abonar la seguridad jurídica y la estabilidad del sistema normativo; correctamente utilizada la técnica otorga mayor libertad al intérprete sin ocasionar trastornos normativos ni anular el enunciado, ya que como señala Díaz Revorio, "*(...) el fenómeno de las sentencias interpretativas viene impuesto por la realidad, por la práctica de los Tribunales Constitucionales (...)*"³⁶.

Con éstas realmente se rechazan o suprimen del ordenamiento jurídico una o varias interpretaciones posibles del precepto o disposición legal incompatibles con la Constitución. Como indica el referido autor, por sentencias interpretativas debemos entender las que señalan qué interpretaciones derivadas de un texto legislativo no son acordes con la Constitución, o bien cuál es la interpretación de dicho texto conforme con la Norma Fundamental.

Pueden ser de varias clases o tipos: a.- estimatorias o desestimatorias y b.- manipulativas, que a su vez pueden sub-clasificarse en aditivas, reductoras y sustitutivas.

ii.a. Sentencias estimatorias o desestimatorias

³⁶ Ibidem.

Por las primeras deben entenderse aquellas a través de las cuales el Juez Constitucional dispone que un determinado enunciado legal o disposición legal, es "inconstitucional" si se interpreta en un determinado sentido. Mediante las sentencias interpretativas desestimatorias, el Tribunal señala que un determinado artículo, es "constitucional" si su interpretación se realiza en un sentido específico. Como vemos, la diferenciación expresa variantes de un mismo problema.

La clasificación apuntada no carece de problemas, ya que como indica Díaz Revorio, tal división es incompleta y puramente formal porque: "*(...) sólo tiene en cuenta las sentencias que eligen entre interpretaciones alternativas de un texto, desconociendo las que afectan a parte de un contenido normativo derivado conjuntamente de un texto legal. Y puramente formal, porque se centra exclusivamente en la formulación del fallo de las sentencias, aspecto que, como tendremos ocasión de demostrar, no es decisivo a la hora de alcanzar determinadas consecuencias sobre un contenido normativo. Por ello creo útil una clasificación material, que distinguiría dos grandes grupos de sentencias interpretativas (...)*"³⁷ aquellas que señalan la interpretación que es conforme con la Constitución o son inconstitucionales, entre varias que podrían derivar de determinado precepto legal; y aquellas que se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto.

ii.b. Sentencias manipulativas

Si bien el tema relativo a la clasificación de las sentencias interpretativas es arduo y complejo, nos apoyaremos en la definición planteada por el Díaz Revorio quien sostuvo que por sentencias

³⁷ Ibidem.

manipulativas se entiende las que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. De forma tal que según un análisis material, las sentencias manipulativas se refieren a las que establecen, de forma explícita o implícita, la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición.

En efecto, "*(...) es cierto que estas sentencias producen una cierta modificación o alteración del contenido normativo (también modifica altera lo se ve reducido); pero lo que hay que analizar es si dicha alteración se realiza mediante una manipulación, adición o sustitución contraria a las funciones que corresponden al Tribunal, o bien permanece dentro de la lógica de la anulación propia de dichas funciones (...)*", puesto que en última instancia la modificación del contenido normativo, no del precepto sino de una de sus interpretaciones posibles materializadas en una norma, puede producirse por reducción, adición o sustitución.

Resulta importante subrayar que según la propuesta de análisis realizada por Díaz Revorio, este tipo de sentencias no modifica el texto, es decir, la disposición o precepto legal. A través de ellas el Tribunal Constitucional altera o modifica realmente el contenido normativo (plano interpretativo) que de ellas pueden derivarse, sea este complejo o simple, lo cual dependerá de la situación jurídica regulada mediante el instrumento normativo.

Para nuestro estudio -que versa fundamentalmente sobre la actividad material del Juez Constitucional cuando aplica el método incidental- no es significativo definir exhaustivamente los distintos tipos de sentencias interpretativas manipulativas (reductoras, aditivas o sustitutivas), pues ello constituye un tema delicado que requeriría entrar en disquisiciones sobre los

casos en los cuales el Tribunal o Sala Constitucional hace uso de ellas, teniendo que especificar en detalle cuáles son sus elementos diferenciadores y comunes; tarea que desviaría los límites fijados en la presente investigación.

Sin embargo, se revisarán críticamente algunos fallos interpretativos de la Sala Constitucional con el objeto de determinar cómo en Venezuela se interpreta judicialmente la Constitución y la Ley, bajo qué parámetros, supuestos y condiciones, así como los efectos que le son atribuidos.

iii. Análisis de sentencias interpretativas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Tal revisión crítica, permitirá valorar con claridad conceptual y rigor metodológico la actividad material que lleva a cabo el juez cuando dicta sentencias interpretativas en ejercicio del control directo o del control incidental de la constitucionalidad de las leyes.

iii.a. Sentencia N° 438 del 4 de abril de 2001

En tal sentencia la Sala Constitucional conoce un recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la sociedad mercantil C.V.G. Siderúrgica del Orinoco C.A., contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Accidental Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Menores y de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar que declaró sin lugar la acción de amparo constitucional ejercida. El alegato fundamental de la parte accionante consistió en señalar que la falta de notificación personal a su representada, ordenando su emplazamiento mediante cartel publicado en el diario "El Universal", violentó sus derechos a la defensa y al debido proceso.

Sobre el particular la Sala Constitucional explicó la manera como comúnmente se aplica el artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sosteniendo que: *"(...) los Tribunales no requieren la notificación directa a la parte o las partes involucradas en el procedimiento del cual resultó el acto impugnado, sino que se ha considerado, según lo establecido en la norma citada, que éstas se encuentran notificadas desde que se publica el cartel de emplazamiento en los términos antes referidos (...)"*.

Dada la redacción del precepto legal, muchos Tribunales Contencioso Administrativos sostuvieron que la publicación del cartel de emplazamiento resultaba suficiente para emplazar -y notificar- a los interesados de la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad.

Sin embargo, a juicio de la Sala Constitucional el problema se presenta con aquellos administrados que han sido parte en los procedimientos administrativos de naturaleza "cuasi-jurisdiccional" y no se les notifica personalmente de la interposición de una acción judicial que pudiera perjudicarles o favorecerles en la esfera de sus derechos e intereses, pues habiendo sido "parte interesada" en el procedimiento administrativo tienen evidente interés en acudir al procedimiento jurisdiccional con el objeto de defender su posición jurídica.

La decisión del Máximo Tribunal consistió en: *"(...) declarar obligatorio para todos los tribunales de la República, en aquellos procesos concernientes a los definidos anteriormente como cuasi-jurisdiccionales, revisar el expediente administrativo y notificar personalmente a aquellas personas que, según conste en dicho expediente, hayan sido partes en el procedimiento llevado a cabo en sede administrativa, cuando el acto es impugnado en sede jurisdiccional (...)"*, determinando a continuación las

actuaciones del Tribunal una vez que constaran en autos las notificaciones personales ordenadas y cómo debía realizarse la publicación del cartel de emplazamiento.

Luego la Sala Constitucional considera que, con base en el control incidental de la constitucionalidad, la "norma" citada viola el derecho a la defensa al ordenar la publicación del cartel sólo en un diario que circula en la capital, Caracas.

Igualmente la Sala hace alusión a los procedimientos relativos a actos "cuasi-jurisdiccionales" -concepto que si bien explica aquellas situaciones en las cuales la Administración Pública funge como tercero imparcial que dirime las pretensiones contrapuestas de dos partes claramente diferenciadas en sede administrativa-, deja por fuera los casos en los que se trata de actos particulares con incidencia directa en un grupo determinado de personas - como es el caso del otorgamiento de las cédulas catastrales por parte de las Alcaldía cuando se discute la titularidad y derecho de propiedad del inmueble.

Aunque no forme parte de los objetivos de esta investigación, sí conviene puntualizar que la propia Sala Constitucional en fallos posteriores corrigió la postura inicial sobre la aplicación del criterio de la notificación personal en los casos de los denominados actos cuasi-jurisdiccionales, al señalar que: *"(...) en sentido lato el acto arbitral no es sólo aquel en el que la Administración actúa prácticamente como un juez y resuelve un conflicto de intereses, sino que abarca también todos aquellos actos en los cuales, si bien la Administración no ejerce una función propiamente arbitral, sino propia de su actividad de policía, sancionatoria, de limitación e incluso, de fomento, en el objeto de ese acto subyace la oposición y el conflicto entre dos particulares, es decir, cuando en el ejercicio de sus competencias*

ordinarias la Administración dicta un acto cuyo efecto es el favorecimiento - conforme a derecho- de los intereses de un particular lo que implica de suyo el desfavorecimiento de los intereses de otro (...)". (Ver fallos dictados por la Sala, números 1.783/2001; 1.187/2002; 1.722/2002; 559/2003 y 1.036/2003).

Lo que destaca de tal sentencia interpretativa es que, con la norma jurídica que creó la Sala Constitucional haciendo uso del control incidental de la constitucionalidad de las leyes (según se expresa en el fallo analizado), se hizo vinculante para todos los Tribunales Contencioso Administrativos la obligación de notificar personalmente a los denominados terceros interesados que se hicieron parte en el procedimiento administrativo, y si resulta impracticable su notificación personal, proceder a mencionarlos explícitamente en el cartel de emplazamiento que debe publicarse dentro del proceso.

Sin embargo, destaquemos dos hechos concretos significativos para el tema. Por una parte, el incorrecto uso de los términos y la falta de precisión terminológica de la técnica empleada al equiparar la "norma" con el precepto o disposición legal sujeto a interpretación al señalar que: "*(...) esta Sala considera que la norma citada viola el derecho a la defensa al ordenar la publicación del cartel (...)*". Y, por otra parte, la necesidad de clarificar y distinguir los términos "precepto", "disposición" y "norma" o "mandato", y la trascendencia de tal diferenciación para el estudio de la inconstitucionalidad de la ley, sólo puede criticarse su confusión por parte de la Sala Constitucional, puesto que en rigor de términos no es la "norma" la que viola el derecho a la defensa de las partes no notificadas personalmente para que concurran al proceso jurisdiccional sino la "omisión del texto legal", que leída sin ningún añadido normativo como el explicitado en el fallo, resulta inconstitucional.

Además, la omisión de la publicación del fallo en la Gaceta Oficial ordenando tímidamente en la parte dispositiva de la sentencia que: "*(...) a los efectos de su conocimiento, envíesele copia de la presente decisión a la Sala Político Administrativa y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (...)*", debido a la reticencia de dicha Sala para publicar en el Órgano de Publicaciones Oficiales del Estado las sentencias interpretativas que dicta en ejercicio del control incidental de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo sorprende el hecho de que considerar la remisión del fallo solamente a la Sala Político Administrativa y a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, ahora Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2001, se dejaba por fuera a todos los Tribunales Superiores de las diversas regiones del país en los que también se sustancian recursos de nulidad, siéndoles aplicables el criterio contenido en el fallo bajo análisis.

Lo expuesto nos lleva a señalar que la interpretación que realizó la Sala Constitucional debió publicarse en la Gaceta Oficial con el objeto de evitar erróneas aplicaciones del artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia³⁸, abonando la seguridad y estabilidad del sistema normativo venezolano.

iii.b. Sentencia N° 2.294 del 24 de septiembre de 2004

³⁸ De hecho, creemos que la falta de publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial hizo que en ocasiones posteriores la Sala Constitucional se viera en la obligación de anular mediante el recurso de revisión constitucional, fallos de distintos Tribunales. Ver al respecto la Sentencia N° 1.157 del 11 de julio de 2008.

En esta sentencia la Sala Constitucional conociendo de la pretensión de amparo ejercida por los ciudadanos Henry León Pérez e Irma Alejandra Blanco Correa contra la decisión judicial de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo en el que solicitaron la desaplicación vía control difuso del artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, concluyó que: *"(...) corresponde sólo a los tribunales de instancia y a las demás Salas de este Máximo Tribunal; ello, porque a la presente juzgadora compete el control concentrado que establece el artículo 334 de la Constitución, de conformidad con lo que dispone el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...)"*, sosteniendo que un pronunciamiento de la Sala en este aspecto: *"(...) tendría efectos jurídicos sobre la validez de dicha disposición legal que son ajenos e incompatibles con los de la mera desaplicación de la misma en el caso concreto (...)"*, reiterando el criterio sostenido en el fallo 510 de fecha 5 de abril de 2004.

Sobre el particular, deben realizarse las siguientes puntualizaciones:

iii.b.1. Es evidente la contradicción que supone, y la inestabilidad que genera para el sistema de justicia constitucional venezolano, que sea la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quien aplique en unos casos el control incidental de la constitucionalidad de las leyes - realizando interpretaciones de los enunciados legales y creando normas acordes con la Constitución-, y en otros niegue -sin justificación teórica como se precisará de seguidas- su aplicación.

iii.b.2. La mayoría sentenciadora sostuvo en este último fallo que el método incidental corresponde a los tribunales de instancia y a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, apoyándose en el artículo 5 de la

derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia según el cual: "*(...) de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad (...)*" y el segundo párrafo del artículo 334 de la Constitución de 1999 (Vid. Sentencia de la misma Sala N° 510 del 5 de abril de 2004).

Sin embargo, tales precisiones parten de una errónea interpretación del artículo 334 de la Constitución de 1999 y del artículo 5 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por las razones que se exponen a continuación:

En primer lugar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el supremo intérprete de la Constitución, por lo que si dentro de una controversia cualquiera que se le someta a su conocimiento, -en materia de amparo constitucional, por ejemplo, donde además debe ponderar hechos y situaciones jurídicas concretas y específicas-, se verifica la inconstitucionalidad de un precepto legal, *ésta puede perfectamente proceder a su "desaplicación" sin que ello atente contra el sistema de justicia constitucional.*

La Sala hace hincapié en que son los tribunales de instancia los que en la sustanciación de cualquier clase de proceso deben aplicar el método incidental -aun de oficio- si presumen la inconstitucionalidad de una disposición legal, advirtiéndole que ésta sólo está facultada para ejercer el denominado control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Tal precisión carece de asidero jurídico y fáctico puesto que: primero, en rigor de términos, las Salas de Casación Penal, Civil y Social no son "Tribunales de Instancia" y, segundo, si por Tribunales de Instancia debe entenderse aquellos que enjuician hechos y pruebas como parte fundamental del fallo a ser dictado, entonces la Sala Constitucional actúa como tal cuando conoce de acciones de amparo constitucional, por lo que tal precisión desvirtúa tal afirmación en una de sus funciones constitucionales más importantes.

Asimismo, el hecho de que la Sala Constitucional ejerza con carácter de exclusividad el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes no significa bajo ningún supuesto que ella no pueda aplicar el método incidental: no son potestades excluyentes entre sí, ni siquiera en cuanto a los efectos de ambos mecanismos como se precisará seguidamente. Por el contrario, se complementan puesto que la Sala no conoce exclusivamente de acciones directas (populares) de inconstitucionalidad: su condición de Tribunal versado en asuntos constitucionales se expresa también mediante otros mecanismos en los cuales puede -y debe- considerar la constitucionalidad de un precepto legal creando normas jurídicas para resolver el caso concreto.

Por otra parte, resulta infundado que la Sala Constitucional sostenga la imposibilidad de aplicar el control incidental de constitucionalidad de las leyes arguyendo que el artículo 5 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establecía una prohibición en ese sentido, ya que la correcta interpretación de tal disposición conducía a la conclusión de que en todo caso, ésta no podía declarar con efectos *erga omnes* la nulidad de esa disposición legal³⁹.

³⁹ En este particular concordamos con José Vicente Haro en el hecho de que el artículo 5 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no establecía a la Sala

En todo caso, si se comprendiese la real significación, alcance y efectos del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, la Sala Constitucional hubiera interpretado correctamente esa disposición legal al permitirse, como máximo intérprete de la Constitución, utilizar un mecanismo útil y eficaz que abona claridad en los asuntos constitucionales sometidos a su consideración.

De hecho, tal reto se presentará con la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1° de octubre de 2010, que al definir las atribuciones de la Sala Constitucional en el numeral 12 del artículo 25, establece que a ésta le correspondía: "revisar las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República"; atribución que encuentra viabilidad mediante el artículo 33 del referido instrumento legal - estableciendo la revisión de oficio de tales fallos-, que expresa en su último aparte que: "(...) *igualmente procederá* [la apertura de oficio del procedimiento de nulidad] *cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala*". (Corchete del autor).

iii.c. Sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002

En este fallo la Sala Constitucional, conociendo de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido por la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) contra el Decreto con

Constitucional la prohibición de aplicar el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, aunque nos apartamos de la lectura subsiguiente del autor acerca de los efectos de las sentencias que hacen uso de esta técnica de garantía. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión" en: Revista de Derecho Constitucional N° 9. Enero-diciembre de 2004. Caracas: Editorial Sherwood.

Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001, analiza el contenido de los artículos 25, 40, 43, 82, 84 y 89 del referido instrumento legal. La parte recurrente sostuvo que los preceptos legales señalados violentaban los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la separación de los poderes, razón por la cual –arguyeron- debía declararse su inconstitucionalidad.

En la motivación del fallo la Sala Constitucional reflexionó acerca de la justificación y sentido de las sentencias interpretativas, indicando lo siguiente:

"(...) El esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo, que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables; en tal sentido, aparece con carácter preceptivo la interpretación conforme con la Constitución. Sólo si tal labor es imposible, debe expulsarse del ordenamiento jurídico la disposición legislativa (...)".

Reconoció la Sala al analizar la inconstitucionalidad de la ley en ejercicio del control directo, la legitimidad y necesidad de implementar la técnica de las sentencias interpretativas al analizar la inconstitucionalidad de la ley, con la consciencia de que es posible y lícito llevar a cabo una interpretación acorde con la Constitución de los artículos 25, 40 y 43 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario pues: *"(...) no se trata de erigirse en 'legislador negativo', lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa (...)"*.

Dada la trascendencia de la referida técnica se citará el contenido del artículo 40 en su redacción original, para luego analizar la forma cómo ella se materializa en la praxis judicial de la Sala Constitucional:

"Si del informe técnico se desprendieran elementos que hagan inferir que las tierras analizadas se encuentran ociosas o incultas, la respectiva Oficina Regional de Tierras dictará un auto de emplazamiento, el cual especificará con la mayor exactitud los linderos de las tierras objeto de la averiguación, identificará al denunciante si lo hubiere y, de ser posible, al propietario de las mismas y a cualquier otra persona que pudiera tener interés en el asunto.

En el mismo auto se ordenará publicar en la Gaceta Oficial Agraria, un cartel mediante el cual se notificará al propietario de las tierras, si se conociere, y a cualquier otro interesado, para que comparezcan y expongan las razones que les asistan en la defensa de sus derechos e intereses, dentro del plazo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la fecha de la respectiva publicación.

Contra el auto que niegue la apertura de la averiguación o niegue la necesidad de emplazar a los interesados, podrá interponerse recurso ante el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la negativa".

La disposición legal transcrita establecía la obligación para la Oficina Regional de Tierras del Instituto Agrario Nacional, actualmente Instituto Nacional de Tierras (INTI), de notificar mediante auto de emplazamiento al propietario de las tierras consideradas ociosas o incultas según el informe técnico respectivo. El cartel de emplazamiento al propietario de las tierras o cualquier interesado que alegare tener derechos sobre el inmueble debía publicado en la Gaceta Oficial Agraria para que comparezcan y expongan las razones que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses dentro del plazo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la respectiva fecha de publicación.

Al respecto, la Sala Constitucional explicó que siendo el derecho a la defensa y al debido proceso fundamentales dentro del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, los administrados deben tener la posibilidad real de ejercerlos en sede administrativa, posibilidad que se vería truncada si no conocen las acciones estatales que pudieran perjudicar directamente sus derechos e intereses patrimoniales. La lógica que marcó el razonamiento de la Sala partía del reconocimiento de que los particulares propietarios de tierras ociosas o incultas, en las que el Estado tiene interés, no están diariamente revisando la Gaceta Oficial Agraria para saber si existe alguna pretensión sobre sus bienes. Así, la Sala Constitucional expuso su razonamiento sosteniendo que:

"(...) El desconocimiento de la notificación personal de las personas que resultarán afectadas directamente por el acto administrativo es una conclusión que no se compagina con el precepto constitucional que contiene el artículo 49, resultando no sólo insuficiente sino improcedente sostener - con base en el artículo 100 de la misma Ley- que la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede complementar lo dispuesto en el Título referido a la Afectación de Uso de Redistribución de las Tierras, pues, en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de audire alteram partem, que siempre, de ser conocidos o identificables las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte (...)".

La interpretación acorde con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución de 1999 fue la siguiente: no toda notificación por cartel o mediante la Gaceta Oficial Agraria resulta contraria al derecho a la defensa y al debido proceso; si no se conocen los propietarios de las tierras ociosas o incultas, el Instituto Nacional de Tierras (INTI) puede proceder a la notificación del auto de apertura del procedimiento por esta vía.

Pero si se conoce el o los propietarios de las tierras se procederá primero a notificarlos personalmente del inicio del procedimiento administrativo; si resulta imposible su notificación por esta vía, se dejará constancia de ello en el expediente y se procederá a realizar la notificación por carteles en la Gaceta Oficial Agraria.

De este modo la Sala Constitucional logró conciliar el precepto legal con los postulados constitucionales referidos al derecho a la defensa y al debido proceso. Por ello, si la Administración Pública, en un caso particular que pretenda el rescate de una tierra ociosa o inculta, conociendo su legítimo propietario sin proceder a notificarlo personalmente, éste podrá solicitar la nulidad absoluta del procedimiento con base en la violación del derecho a la defensa y al debido proceso, debiéndose ordenar la reposición del procedimiento a su fase de inicio; de lo cual se evidencia con claridad que la interpretación planteada por la Sala Constitucional constituye una importante fuente de Derecho que les otorga a los particulares el derecho subjetivo -en el supuesto ya especificado-, de ser personalmente notificados de la actuación de la Administración Pública.

En la parte dispositiva del fallo se declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad ejercido por razones de inconstitucionalidad ejercido por el Presidente de la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela

(FEDENAGA) contra los artículos 25, 40, 43, 82, 89 y 90 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, ordenando la inmediata publicación del fallo en la Gaceta Oficial, de conformidad con los artículos 119 y 120 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

A diferencia de la sentencia N° 438 del 4 de abril de 2001 analizada *supra*, se sostendrá que la Sala Constitucional estaba conociendo de una acción directa de nulidad por razones de inconstitucionalidad de una ley, circunstancia que le permite implementar la técnica de las sentencias interpretativas.

Sin embargo, partiendo de la premisa de que se trata del máximo intérprete de la Constitución, la Sala Constitucional puede no sólo aplicar el control incidental de la constitucionalidad de las leyes sino publicar, ahora en la Gaceta Judicial, las sentencias que contengan interpretaciones sobre la correcta forma en que un precepto o disposición legal será leído -conforme con la Constitución- sin necesidad de reservar tal pronunciamiento cuando ejerza el denominado control concentrado.

Resulta evidente la necesidad de publicar en el órgano de publicaciones oficiales del Estado venezolano el contenido íntegro de la decisión judicial comentada por dos razones básicas: primero, darle difusión a la interpretación realizada, de la misma forma que se hizo con la entrada en vigencia de la Ley de Tierras; y segundo, las razones que sustentan la "lectura" constitucional de las disposiciones legales recurridas se encuentran en la parte motiva de fallo (recuérdese la forma en que la Corte Suprema de Estados Unidos hace vinculantes los fallos en los que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la ley), que servirá de guía al resto de los Tribunales.

Con el análisis de los distintos fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quedó en evidencia lo siguiente: primero, la distinción entre enunciado, disposición o precepto legal y norma o mandato, es fundamental para la interpretación de la ley conforme con los principios, derechos y garantías constitucionales; segundo, las sentencias interpretativas constituyen una herramienta válida de los jueces constitucionales que se corresponde con el principio de preservación de la ley; tercero, la anulación total del precepto legal por parte de la Sala Constitucional debe darse únicamente cuando no sea posible una interpretación de la ley conforme con la Constitución (salvo los insalvables vicios en el procedimiento de elaboración de la ley donde se extrae en bloque la disposición del ordenamiento jurídico); cuarto, las sentencias interpretativas pueden dictarse en ejercicio del control directo o del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, y quinto, la Sala Constitucional puede hacer uso del método incidental cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

CAPÍTULO III

NATURALEZA DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN VENEZUELA

El análisis de la inconstitucionalidad de la ley desde una perspectiva material y las sentencias interpretativas que dictan principalmente los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales, permite la revisión crítica del método incidental, sus aspectos procesales, sentido naturaleza y alcance efectivo. Para ello revisaremos el fundamento jurídico y los aspectos formales y procesales de la institución para luego centrar la atención en la forma como opera en la práctica la aplicación de esta técnica de garantía.

i. Rasgos procesales de la figura

En este acápite, se propone el análisis procesal de la institución con el objeto de reflexionar sobre su sentido y naturaleza como técnica de garantía de los derechos fundamentales.

i.a. Consagración constitucional

El artículo 334 de la Constitución de 1999 establece lo siguiente:

" Todos los jueces o juezas, 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.

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 en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella".

De igual forma, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil establece que si la Ley vigente, cuya aplicación se pide dentro del proceso, colidiere con alguna disposición constitucional los jueces deben aplicar ésta con preferencia. Asimismo, otros instrumentos legales como el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo también establecen la obligatoriedad de la aplicación del control incidental cuando se presuma la inconstitucionalidad de una disposición.

Sobre el fundamento normativo establecido en el Texto Fundamental, la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República ha señalado reiteradamente que: "(...) *el artículo 334 constitucional atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre normas legales o sub-legales y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas (...)*" (Sentencia N° 653 del 22 de junio de 2010).

De la cita se desprende cómo la Sala Constitucional ha delineado los contornos formales del control incidental haciendo hincapié en que su objetivo dentro del sistema constitucional es asegurar la integridad y el carácter supremo del Texto Fundamental; actuación que se llevará a cabo de manera obligatoria por imperativo directo de la propia Constitución -que es Derecho, como se ha precisado hasta el momento⁴⁰- por parte del Tribunal dentro del ámbito propio de las competencias por la materia, el territorio y la cuantía.

i.b. Objeto del control incidental

En este apartado, se entiende por "objeto del control incidental" el instrumento normativo que puede ser desaplicado por parte juez cuando aplica el método incidental. Se asume tal metodología, debido a que al analizarse la figura, un sector de la doctrina patria atiende a la naturaleza y jerarquía normativa de la disposición que puede ser objeto de control.

Acerca de ese particular interesa apuntar qué puede *desaplicar* el Tribunal cuando verifica la inconstitucionalidad de la disposición legal. Evidentemente, el constituyente empleó la expresión: "(...) *una ley u otra norma jurídica (...)*" para no restringir indebidamente lo que sería objeto de control. Y dentro de él caben las leyes en sentido formal y material, los reglamentos y demás actos normativos de efectos generales que lesionan algún precepto constitucional o atentan contra el orden constitucional.

Siguiendo la jurisprudencia patria, en este caso acertada, indicaremos que la Sala Constitucional reconoció la posibilidad de que el Juez al aplicar el control incidental pudiera "desaplicar" tanto las leyes nacionales como las

⁴⁰ Cf. la Sentencia de la Sala Constitucional N° 620 del 2 de mayo de 2001.

estadales o municipales, arguyendo que en la producción de instrumentos normativos confluyen diversos órganos (...) *por cuanto la potestad para crear normas jurídicas no sólo reside en el Órgano Legislativo (...)*"⁴¹, evidenciándose que por facultad constitucional el Poder Ejecutivo puede dictar decretos legislativos y reglamentos, señalando que: "(...) *en este último caso la potestad en referencia tiene un carácter secundario en la jerarquía del proceso de creación normativa, en el sentido de que la ley supra ordena el contenido de los actos reglamentarios, lo que -en ningún caso-, podrán contrariarla, ergo, tampoco podrán contravenir a la Constitución (...)*".

Como puede apreciarse, para la Sala Constitucional pueden ser también objeto de control por parte del Juez que aplica el método incidental las leyes estadales y las ordenanzas municipales, de manera que para ella, el ejercicio de la "desaplicación descentralizada", según terminología del Cappelletti: "(...) *siempre habrá de recaer sobre un acto de naturaleza normativa, esto es, se insiste, que sea producto del ejercicio de la potestad normativa del Estado (...)*"⁴².

Por su parte, la doctrina nacional suele incorporar como objeto de control tanto las leyes derogadas que mantienen ultraactivamente sus efectos en el tiempo, como las normas contractuales⁴³, aunque sobre este punto parece no coincidir la Sala Constitucional ya que sostuvo que dentro de esa categoría no encuadraba el derecho privado de los contratos, el

⁴¹ Sentencia N° 1.179 del 17 de julio de 2008.

⁴² Mauro Cappelletti. "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado" en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1966.

⁴³ Jesús María Casal. *El control difuso de la constitucionalidad y sus perspectivas en el derecho comparado. Visión iberoamericana del tema constitucional*. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2003.

derecho reglamentario privado, las normas privadas de la industria ni los reglamentos de las personas jurídicas de derecho privado.

De manera que en Venezuela se siguió básicamente en mismo esquema de normas objeto de control propuesto en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, según el cual, son susceptibles de control: los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, las leyes orgánicas, leyes ordinarias; decretos-leyes; decretos legislativos; Tratados Internacionales; Reglamentos de las Cámaras y las normas equivalentes a las anteriores categorías que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas, esto es, leyes, decretos legislativos y Reglamentos de sus Asambleas Legislativas⁴⁴.

i.c. Parámetros de control sobre esta técnica de garantía

Evidentemente el principal parámetro de control es la Constitución. Sin embargo, dado que los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República forman parte del ordenamiento jurídico interno según el artículo 23 del Texto Fundamental vigente, al establecer que: *"los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público"*.

⁴⁴ Ver Pablo Pérez Tremps. "La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español" en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año/Volumen 3, N° 001, año 2005. Santiago de Chile.

La redacción de la disposición constitucional, específicamente la última parte, permite la aplicación de los tratados, pactos y convenciones suscritos por la República por parte de los Tribunales venezolanos; en consecuencia, si alguno de los instrumentos normativos referidos anteriormente colide con ellos, deberán ser “desaplicados”, según enseña la Sala Constitucional. De esta forma, se observa claramente cuáles son los parámetros normativos formales dentro de los que opera el control incidental de la constitucionalidad de las leyes.

i.d. Operatividad procesal de la figura

El numeral 10 del artículo 336 de la Constitución establece que son atribuciones de la Sala Constitucional: *“revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”*.

De esta forma, el constituyente estableció el mecanismo procesal a través del cual la Sala Constitucional garantiza la correcta interpretación del Texto Fundamental evitando: *“(...) la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio de la seguridad jurídica y el orden público constitucional (...)”*, y estableciendo la obligación para todos los jueces que apliquen el control incidental, de remitir el fallo definitivamente firme a la Sala Constitucional.

La razón de ser de tal institución la expuso la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.998 del 22 de julio de 2003, en la cual expuso:

"(...) Si por el contrario, no se aceptara la remisión hecha de oficio antes aludida, el control difuso no tendría más efecto práctico que el que deviniese de su aplicación al caso concreto, en perjuicio del orden público constitucional, pues su canal de conexión con el control concentrado -que tiene efecto erga omnes- estaría condicionado a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada para ello, con la consiguiente disminución del alcance potencial de los instrumentos con que el nuevo Texto Constitucional ha provisto a esta Sala (con carácter vinculante de sus decisiones y facultad de revisión) con la finalidad de hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional. Es por ello, que esta Sala acepta la remisión de las presentes actuaciones, y así se decide (...)". (subrayado nuestro).

La razón es obvia: si no existiese ese "canal de conexión" directo con la Sala Constitucional, no tendría la posibilidad efectiva de revisar las desaplicaciones realizadas por los distintos Tribunales, pudiéndose llevar a cabo aplicaciones indebidas del método incidental⁴⁵. Ese elemento general de integración y armonización de las desaplicaciones realizadas por los distintos Tribunales cuando aplican el método incidental sólo es posible gracias a que en Venezuela existe una Sala Constitucional que por disposición del propio Texto Fundamental, es el órgano que tiene la última palabra sobre la interpretación judicial de la Constitución.

Dada la significación de la revisión realizada, era lógico suponer que frente al desconocimiento evidenciado por los algunos Tribunales sobre la remisión del fallo a la Sala Constitucional, ésta se viera en la obligación de reiterar que -aun antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- era obligatoria tal actuación. La razón de tal planteamiento es clara: si los artículos 334 y numeral 10 del 336 de la

⁴⁵ La inseguridad jurídica que ocasionaba en Venezuela la inexistencia de un sistema completo y coherente de justicia constitucional que previera ese "canal de conexión" con una Sala Constitucional especializada en estos asuntos, se hacía palpable bajo la vigencia de la Constitución de 1961 en cuya vigencia cada Tribunal de la República desaplicaba disposiciones legales sin que existiera alguna sanción por la aplicación de criterios alejados de lo establecido por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia.

Constitución establecen la facultad de revisión de las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, y la Constitución es derecho directamente aplicable por los órganos jurisdiccionales, ergo, debían remitirse las decisiones judiciales que cumplieran tales condiciones sin necesidad de esperar algún pronunciamiento expreso de la Sala Constitucional sobre la materia.

Tal requisito debe cumplirse obligatoriamente pues si la sentencia no se encuentra definitivamente firme por no haberse ejercido los medios de impugnación correspondientes o al haberlos ejercido todavía no hayan sido decididos, no procede la remisión a la Sala Constitucional. La razón de tal proceder se debe a que si el fallo no tiene tal carácter, puede ser modificado a través del ejercicio del recurso de apelación por el Tribunal de Alzada o el recurso extraordinario de casación, con lo cual resultaría inútil e inoficiosa su revisión⁴⁶.

Si el Tribunal remitente no envía la decisión judicial definitivamente firme, la Sala Constitucional ha procedido a "solicitar información" fijando un plazo de setenta y dos horas para que informe si las partes fueron debidamente notificadas de la sentencia definitiva -que pudo haber sido dictada fuera de lapso-, ordenando la remisión de copias certificadas de tales actuaciones, informando con precisión si contra el fallo se ejerció el recurso de apelación. (cf. Sentencia N° 3.201 del 25 de octubre de 2005).

⁴⁶ Incluso la propia Sala Constitucional señaló en la Sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2005, *Caso Rosa Luisa Mémoli Bruno*, que: "(...) cuando el control difuso es ejercido por un Tribunal distinto a una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, las sentencias estarán expuestas a los recursos o acciones ordinarios o extraordinarios a que haya lugar, lo que inequívocamente significa que la Alzada y aun la casación (civil, social o penal) podrían decidir sobre la desaplicación realizada por el inferior (...)".

En este sentido, si la decisión judicial sometida a revisión no se encuentra definitivamente firme, la Sala Constitucional suele emitir diversos tipos de pronunciamientos: (a) *inadmisible* la revisión, por estar pendiente una sentencia que decida el medio de impugnación ejercido, cualquiera que este sea, apelación, solicitud de regulación de competencia, etc; (b) *no acepta la remisión* (cf. Sentencia N° 826 del 18 de junio de 2006). Con todo, el mismo magistrado en el fallo N° 1.039 del 7 de julio de 2008 declaró inadmisibles la remisión efectuada; y (c) cuando el Tribunal no aplicó realmente el control incidental sino que emitió un pronunciamiento que consideró subsumible dentro de tal figura, la Sala Constitucional ha declarado *no ha lugar* (cf. Sentencia N° 2.251 del 17 de diciembre de 2007).

Sobre los dos primeros tipos de pronunciamiento judicial, se observa que ambos refieren a la misma circunstancia procesal: el fallo no se encuentra definitivamente firme, y por tal motivo, la Sala Constitucional no puede entrar a conocer la “desaplicación” de la disposición legal efectuada por el Tribunal remitente. Sin embargo, la correcta consolidación de la figura de la revisión de oficio, exige el empleo de un solo término procesal: *o la revisión es inadmisibles o no se acepta la remisión efectuada*.

Si el fallo sometido a revisión no cumple con los requisitos establecidos en la Constitución para ser revisada por la Sala Constitucional, contrariando un requisito de orden público establecido en el artículo 334 de la Constitución de 1999 y en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicado en la Gaceta Oficial N° 39.522 del 1° de octubre de 2010, el término procesalmente correcto que debería emplear la Sala Constitucional es la inadmisión.

ii. Análisis sustancial del método incidental

Con el objeto de analizar críticamente la operatividad sustancial del método incidental de la constitucionalidad de las leyes, examinaremos críticamente las puntualizaciones de la Sala Constitucional -que juzgan sobre la actuación realizada por los demás Tribunales al declarar su conformidad o inconformidad a derecho- y observaremos cómo se ha ido delineando en Venezuela la aplicación de la figura.

ii.a. Sentencia N° 653 de la Sala Constitucional del 22 de junio de 2010

En dicho fallo la Sala juzgó conforme a derecho la aplicación del control incidental llevado a cabo por la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. El orden procesal que se verificó en autos, fue el siguiente:

En fecha 23 de septiembre de 2009, el Tribunal Primero de Ejecución de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas acordó el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena al ciudadano Alexander José Facio Gaspar, señalando que cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal.

En fecha 7 de octubre de 2009, la Fiscal Auxiliar Octogésima Segunda del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas apeló la referida decisión argumentando que la decisión del Tribunal Primero de Ejecución violentaba lo establecido en el artículo 494 del Código Orgánico Procesal

Penal: "(...) *por cuanto el término de cumplimiento del beneficio fijado al penado es menor que el establecido en la norma (...)*".

En fecha 27 de noviembre de 2009, la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones declaró sin lugar el recurso de apelación: "(...) *y desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el primer aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal (...)*".

Con ocasión de tal acto de juzgamiento la Sala Constitucional, luego de realizar algunas consideraciones sobre el deber de los jueces de asegurar la integridad del Texto Fundamental siempre dentro del ámbito de sus competencias y comprobar en autos que la sentencia remitida se encontraba definitivamente firme, procedió a señalar que la decisión de la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones se hallaba ajustada a derecho, basándose en que el tratamiento no institucional -también conocido como tratamiento extra muros: "(...) *constituye para el individuo una alternativa a la reclusión que también coadyuva en la realización de los postulados de la prevención especial positiva, esto es, la reinserción social de los infractores (...)*".

De manera que la aplicación del límite temporal establecido en el artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal implica una clara desigualdad en cuanto a la posibilidad de cumplimiento de una pena corta mediante el régimen de probación, ya que el tiempo de la pena resulta menor al exigido por la norma, lo cual resulta inconsistente pues no se debe cumplir con las obligaciones impuestas en el régimen del beneficio de la suspensión condicional de la pena por un lapso superior a la pena que le fue impuesta.

Acerca de la forma como opera el método incidental en la práctica, haremos las siguientes consideraciones:

El artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal señala textualmente lo siguiente:

"En el auto que acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se le fijará al penado o penada el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y le impondrá una o varias de las siguientes obligaciones:

- 1. No salir de la ciudad o lugar de residencia.*
- 2. No cambiar de residencia sin autorización del Tribunal.*
- 3. Fijar su residencia en otro municipio de cualquier estado del país, siempre y cuando esta fijación forzada no constituya obstáculo para el ejercicio de su profesión u ocupación.*
- 4. Abstenerse de realizar determinadas actividades o de frecuentar determinados lugares o determinadas personas.*
- 5. Someterse al tratamiento médico-psicológico que el tribunal estime conveniente.*
- 6. Asistir a determinados lugares o centros de instrucción o reeducación.*
- 7. Asistir a centros de práctica de terapia de grupo.*
- 8. Realizar en el tiempo libre y sin fines de lucro, trabajo comunitario a favor de instituciones oficiales o privadas de interés social.*
- 9. Presentar constancia de trabajo con la periodicidad que indique el tribunal o el delegado de prueba.*
- 10. Cualquier otra condición que le imponga el tribunal".*

De la redacción de la disposición legal se observa que el legislador condicionó temporalmente la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a un lapso determinado entre uno y tres años. Por lo que resulta lógico que tal régimen operará cuando los penados hayan sido condenados a penas iguales o superiores a un año.

Se observa que el legislador, obvió u omitió la consagración textual del supuesto en el cual la pena era inferior al año, por lo que el método incidental en el caso bajo análisis se traduce en levantar una barrera, estableciendo la posibilidad de otorgar el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que el legislador no lo hizo.

El razonamiento puede darse de la siguiente manera:

ii.a.1. Premisa mayor: el derecho a la igualdad, establecido en el artículo 21 de la Constitución de 1999 e interpretado por la Sala Constitucional como “(...) *la obligación de brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentren en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellas que no se encuentran bajo tales supuestos, podrían ser sometidos a un trato distinto, lo que hace posible que haya diferenciaciones legítimas, sin que tal circunstancia implique per se discriminación o vulneración del derecho a la igualdad (...)*”⁴⁷.

ii.a.2. Premisa menor: el tratamiento no institucional *constituye para cualquier penado* una alternativa a la reclusión -privación de libertad- coadyuvando en la reinserción social de los infractores, sin necesidad de que sea sometido a la experiencia penitenciaria.

ii.a.3. Conclusión: la falta de previsión legal del supuesto de las penas inferiores a un (1) año, constituye una violación al derecho a la igualdad, tal como lo interpretó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La instrumentación del método incidental no se traduce -al menos en el caso bajo examen- en una mera desaplicación ni en un puro contraste objetivo entre la Ley y la Constitución.

La sentencia en la que se aplicó el método incidental otorgando el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena a un penado condenado a diez meses y quince días de prisión, partiendo de la significación que le ha dado la Sala Constitucional al derecho a la igualdad,

⁴⁷ Sentencia N° 972 del 9 de mayo de 2006.

consideró inconstitucional la omisión del texto de la ley de prever qué ocurriría en aquellos casos en los que la pena era inferior a un año.

Si se piensa con detenimiento el asunto, se verá que materialmente el Tribunal Penal creó una norma -plano normativo- extraída de la disposición legal -plano dispositivo, enunciativo o preceptivo-, *llevando a cabo, exactamente la misma operación que realizó la Sala Constitucional en la sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002 en la que se analizó en el Capítulo IV referido a la Inconstitucionalidad de la Ley*. Ello se evidencia de los siguientes elementos:

Primero, el precepto legal permaneció inalterado, es decir, la consagración legal de una delimitación temporal del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no es inconstitucional: sólo resulta inconstitucional la falta de previsión (omisión) en el texto de la ley del supuesto referido a las penas inferiores a un año.

Segundo, en el plano normativo *el Tribunal Penal no interpretó el derecho a la igualdad -que con carácter vinculante sólo hubiera podido hacer la Sala Constitucional del Máximo Tribunal- sino que corrigió la omisión textual* creando para el caso concreto un supuesto, razón por la cual dicho fallo puede ser catalogado como una sentencia interpretativa en la que se protegió un derecho fundamental del penado: su derecho a cumplir la condena en un régimen alternativo a la privación de libertad; posibilidad protegida por el artículo 272 de la Constitución de 1999.

Por lo tanto, la disposición legal juzgada en abstracto no es inconstitucional: *lo es la falta de previsión del supuesto referido a las penas inferiores a un año*, resultando aplicable, si el penado satisface los requisitos legales para el otorgamiento del beneficio, para las penas privativas de

libertad sin importar su duración. Se trata de una interpretación desde la Constitución hacia el plano normativo derivado del precepto legal.

Tercero, el análisis del fallo emitido por la Sala Constitucional revela que el Tribunal que realmente aplicó el método incidental fue el Tribunal Primero de Ejecución de la Circunscripción Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. La particularidad procesal-formal del caso indica que fue el Tribunal de Primera Instancia el que otorgó el beneficio, fijando las condiciones en las cuales el penado debía cumplir la suspensión condicional de la ejecución de la pena y no la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas. Lo que cabría determinar en ese caso es la forma en que el Tribunal de Ejecución aplicó el método incidental: *es posible que haya operado la “desaplicación tácita” que tanto ha criticado la Sala Constitucional, cuando el Tribunal no define con precisión cuál es la disposición que desaplica ni lleva a cabo ningún razonamiento preciso para delimitar los alcances para el caso concreto de la instrumentación de esta técnica de garantía.*

En todo caso, aun cuando la Corte de Apelaciones actuando como Tribunal de Alzada haya sido el que *formalmente* aplicó el método incidental siguiendo los parámetros fijados por la Sala Constitucional, de igual forma tendría que haber remitido el fallo a la máxima instancia constitucional del país, así se hubiera pronunciado sólo sobre la apelación ejercida por la Fiscal del Ministerio Público, dado que en definitiva juzgar sobre la correcta aplicación del control incidental de la constitucionalidad de las leyes le corresponde en última instancia a dicha Sala.

En el caso bajo examen sostenemos que la sentencia que aplicó el método incidental fue la decisión judicial del Tribunal de Ejecución, no la de la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones en lo Penal.

Lo anterior conduce a la siguiente pregunta: ¿puede la Corte de Apelaciones actuando como Tribunal de Alzada juzgar sobre la aplicación del control incidental, tal como lo hace la Sala Constitucional al juzgar conforme o no conforme a derecho la aplicación del control incidental? La respuesta debe ser negativa si tenemos en cuenta que debe ser la Sala Constitucional quien juzgue en última instancia sobre los asuntos constitucionales: representa el único órgano que puede velar por la correcta aplicación de la figura, tendiendo siempre a la uniformización de la jurisprudencia desde la cúspide.

Sin embargo, obsérvese que el recurso de apelación ejercido por el representante del Ministerio Público versó únicamente sobre la aplicación del control incidental por parte del Tribunal de Ejecución: esta es una situación procesal concreta, pero también puede ocurrir que la apelación verse sobre la aplicación del método incidental *y otros hechos erróneamente juzgados por el Tribunal que conoció la controversia*.

En ambos casos, el Tribunal de Alzada se encuentra en la obligación de realizar algún pronunciamiento sobre la aplicación del control constitucional y de remitir copia debidamente certificada de la decisión judicial definitivamente firme que juzgue sobre la controversia, porque pudiera ocurrir que dicho Tribunal realice una errada apreciación -no como lo haría la Sala Constitucional juzgando conforme o no conforme a derecho- sobre la aplicación del control incidental de la constitucionalidad de las leyes.

Esta parece ser la posición fijada por la Sala Constitucional en sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2005 en la que indicó claramente que: "(...) *en supuestos donde la alzada no entre a conocer, por cualquier causa, el fondo de la apelación, pero conoce del control difuso realizado por el*

inferior, el juez debe enviar los autos a la Sala, a fin de que se cumplan los trámites relativos a la seguridad jurídica (...)".

ii.b. Sentencia N° 1.325 del 4 de julio de 2006

En este fallo la Sala Constitucional anuló la decisión del Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico del 18 de marzo de 2005, en el que desaplicó por control incidental el último parte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por tratarse de una disposición legal distinta de la analizada en el supuesto anterior, debe traerse a colación:

"Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para que el tribunal de ejecución acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, deberá solicitar al Ministerio del Interior y Justicia un informe psico-social del penado, y se requerirá:

- 1. Que el penado no sea reincidente, según certificado expedido por el Ministerio del Interior y Justicia;*
- 2.- Que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años;*
- 3.- Que el penado se comprometa a cumplir las condiciones que le imponga el tribunal o el delegado de prueba;*
- 4. Que presente oferta de trabajo; y,*
- 5. Que no haya sido admitida en su contra, acusación por la comisión de un nuevo delito, o no le haya sido revocada cualquier fórmula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad.*

Si el penado hubiere sido condenado mediante la aplicación del procedimiento por Admisión de los Hechos, y la pena impuesta excediere de tres años, no podrá serle acordada la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena". (subrayado nuestro)

En el caso bajo examen, el Tribunal Segundo en Funciones de Ejecución procedió a inaplicar el último aparte de la disposición porque se

trataba de un penado que había admitido los hechos, habiendo sido condenado a tres años, tres meses y diez días de presidio por la comisión del delito de homicidio preterintencional.

Si bien, el Tribunal de Primera Instancia, otorgó el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena por considerar que a la luz del principio de progresividad establecido en el artículo 19 de la Constitución de 1999: "*(...) la no permisibilidad del último aparte del artículo 494 del COPP, en el sentido de que no tiene acceso al beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena los condenados por más de tres años a través del procedimiento por admisión de los hechos, constituye un empeoramiento o desmejora a la situación procesal del penado de autos, que ahorró un gasto al Estado al concluir de una manera expedita y económica el proceso iniciado y que ahora no puede gozar del beneficio (...)*".

Sin embargo la Sala Constitucional después de realizar algunos señalamientos sobre el principio de igualdad y no discriminación concluyó que la prohibición establecida en el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal no atenta contra el principio de igualdad, ya que quienes admitieron los hechos no se encuentran en una situación de igualdad respecto de aquellos que lo han sido bajo el trámite del procedimiento ordinario.

La situación es la siguiente: quienes admitieron los hechos, ya recibieron un beneficio: la reducción de la pena de un tercio a la mitad, según el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, acordándosele un doble beneficio; la reducción de la pena y la suspensión condicional de la ejecución de la pena; mientras que quienes siguieron adelante con el procedimiento ordinario no han obtenido todavía beneficio procesal alguno.

Como se observa de las consideraciones realizadas por la Sala, al no tratarse de una situación jurídica semejante entre quienes hayan admitido los hechos y quienes no -sin que haya por tanto violación al derecho a la igualdad- no procede la aplicación del control incidental, pues en última instancia podrían verse favorecidos sujetos “potencialmente peligrosos”.

De manera que la Sala juzgó constitucional una prohibición legal expresa contenida en el artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, anulando la decisión del Tribunal Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico; circunstancia que encuadra perfectamente dentro de la categoría de las *sentencias interpretativas desestimatorias en el entendido de que la prohibición contenida en el último aparte de la referida disposición legal, es constitucional si se interpreta o analiza teniendo en consideración que no existe trato desigual para aquellos que admitieron los hechos frente a quienes no lo hicieron.*

Como se aprecia en el fallo analizado la Sala Constitucional juzgó desde la interpretación que sobre el derecho a la igualdad ha realizado, una situación procesal penal concreta en la que discutía si el penado tenía derecho a obtener el beneficio procesal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, inclinándose por el hecho de que quienes habían admitido lo hechos ya habían recibido un beneficio procesal, y por lo tanto, no eran susceptibles de ser beneficiados nuevamente con dicha fórmula alternativa del cumplimiento de la pena.

ii.c. Sentencia N° 1.676 del 6 de octubre de 2004 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

En esta decisión la Sala Político Administrativa, conociendo de un recurso de apelación ejercido por la ciudadana Rosa Aura Chirinos Nava y el

apoderado judicial del Municipio José Laurencio Silva del estado Falcón, aplicó el método incidental y desaplicó el aparte undécimo del artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el auto dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa se declararon inadmisibles por manifiestamente ilegales las pruebas testimoniales promovidas por las partes. La razón de tal inadmisibilidad se halla contenida en el artículo 19 de la derogada Ley, según el cual:

"(...) En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia, sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos; las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados (...)".

De manera que al resolver las apelaciones ejercidas contra la decisión del Juzgado de Sustanciación, la Sala Político Administrativa arguyó lo siguiente:

Primero, con las pruebas las partes deben demostrar el acaecimiento de los hechos alegados, lo cual constituye una expresión fundamental del derecho a la defensa y el acceso a la justicia.

Segundo, con la reforma del Código de Procedimiento Civil, la regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al hacinamiento de la prueba, salvo por supuesto que esté expresamente prohibido por la Ley.

Tercero, si bien el Legislador puede establecer cuáles medios de pruebas pueden hacer valer las partes en juicio para demostrar sus pretensiones, esa limitación no puede ser excesiva ni arbitraria.

Cuarto, constituye una limitación excesiva, injustificada e ilegítima del Legislador el haber excluido las pruebas testimoniales en los procedimientos de primera instancia, si tomamos en cuenta que en muchos casos la Sala Político Administrativa conoce en única instancia varios tipos de controversias jurídicas, como en el ejemplo de los actos dictados por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) según el artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y los supuestos establecidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

Quinto, la consagración de un sistema amplio de pruebas constituye una lectura acorde con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y derecho a la defensa o, visto al revés, la limitación de los medios de prueba en los procedimientos de primera instancia violenta el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la defensa.

Distinta hubiese sido la situación si el Legislador hubiera previsto alguna limitación para los procedimientos de segunda instancia, donde ya un Juez ha ponderado la controversia jurídica, analizando las pruebas y juzgando sobre la pretensión.

Por lo tanto, la conclusión a la que arribó la Sala Político Administrativa constituyó una lectura conforme con el derecho a la defensa de rango constitucional: desaplicó al aparte undécimo del artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: "(...) *en lo que se*

refiere a aquellos medios probatorios que se admiten en los procedimientos que se sustancian por ante este Máximo Tribunal en primera instancia. Por lo tanto, deben admitirse en el presente caso, todos los medios probatorios que no estén expresamente prohibidos por el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras Leyes de la República (...)".

Al igual que en la primera sentencia analizada en el presente capítulo, se trata de una sentencia interpretativa en la que la Sala Político Administrativa no modificó el texto de la ley -por no tratarse de una acción directa de inconstitucionalidad que sólo puede conocer la Sala Constitucional según el diseño venezolano- sino que más bien creó una norma, un supuesto aplicable dentro del plano normativo, hermenéutico, mediante la cual se levantó una restricción/prohibición inconstitucional.

Ahora bien, mediante la Sentencia N° 3.332 del 4 de noviembre de 2005 la Sala Constitucional -al conocer la desaplicación efectuada por la Sala Político Administrativa- declaró "ha lugar" la interpretación planteada, por considerar que efectivamente el aparte undécimo del artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia violentaba el derecho de acceso a la justicia (artículo 26) y el derecho a la defensa de las partes (artículo 49).

Si bien este fallo de la Sala Constitucional es anterior a la sentencia N° 653 de la Sala Constitucional del 22 de junio de 2010, que juzgó de manera similar sobre la desaplicación de una disposición legal, erró al establecer en su dispositivo que "ha lugar", *pues el término procesalmente correcto con el que se evalúa la pertinencia e idoneidad de la aplicación del método incidental debe ser conforme o no conforme a derecho.*

Conformidad a derecho que en último término, según el análisis material de la inconstitucionalidad de la ley, significa conformidad o adecuación de la desaplicación del precepto legal en los términos en que se encuentra originalmente concebido por el Legislador a través, primero, de la literalidad del principio, derecho o garantía constitucional, es decir, lo que *textualmente* establece la Constitución y, segundo, *lo que sobre tal principio, derecho o garantía constitucional ha interpretado la Sala Constitucional*, puesto que tratándose del órgano especializado en asuntos constitucionales sus interpretaciones sobre el sentido y alcance de los derechos y garantías constitucionales poseen carácter vinculante, y como hemos dicho antes, constituyen una importante fuente del Derecho en Venezuela.

ii.d. Sentencia N° 695 del 18 de abril de 2007

En esta decisión judicial la Sala Constitucional juzgó conforme a derecho, la aplicación del método incidental llevado a cabo por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital.

En dicho fallo, el Tribunal Contencioso Administrativo, desaplicó el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inquilinarios, considerando que tal disposición normativa colide directamente con los artículos 26 y 259 de la Constitución de 1999, restableciendo la situación jurídica que había sido infringida por el acto administrativo que anuló, fijando un nuevo canon de arrendamiento, previo análisis del informe pericial correspondiente a la experticia que se evacuó en la causa.

Así el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios establece:

"Las sentencias que decidan los recursos contencioso administrativos inquilinarios de nulidad contra los actos regulatorios de los cánones máximos de arrendamiento, no podrán fijar su monto. La decisión de mérito deberá quedar circunscrita, a los poderes de los jueces contencioso administrativos conforme a la ley especial sobre la materia.

En el caso de que sea declarada la nulidad del acto regulatorio mediante sentencia definitivamente firme, el órgano regulador deberá proceder a dictar el nuevo acto conforme a lo establecido en la sentencia judicial, en cuyo caso, deberá reiniciarse un nuevo procedimiento administrativo, conservando pleno valor jurídico todas aquellas actuaciones, pruebas y actos que sean acordes con el fallo o que no hayan sido declarados nulos por el mismo".

De manera que con tal disposición legal tanto el Juez Contencioso Administrativo como la Sala Constitucional juzgaron que se limita el contenido del acto de juzgamiento, impidiéndose la sustitución judicial en lo que se refiere a la fijación del canon y a la restitución de la situación jurídica infringida por parte del Juez Contencioso.

Para sostener la constitucionalidad de la aplicación del método incidental la Sala Constitucional llevó a cabo el siguiente razonamiento:

Primero, la constitucionalidad del precepto legal depende en última instancia de la consideración y análisis de la discrecionalidad administrativa y los poderes del Juez Contencioso para restablecer la situación jurídica infringida. Por ello, si se parte de la premisa de que la fijación del canon de arrendamiento constituye una decisión discrecional de la Administración, el Juez estaría sustituyéndose en ella, y por lo tanto, violentando la separación de los poderes. Por el contrario, se considera que la fijación del canon de arrendamiento constituye un acto reglado, determinable mediante parámetros objetivos, se concluirá que la limitación de los poderes del Juez Contencioso Administrativo es excesiva e injustificada. Por lo tanto, la

constitucionalidad del artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios dependerá de la configuración y alcance de la denominada “jurisdicción contencioso administrativa”, entendido como un conjunto de Tribunales especializados que deciden las controversias entre la Administración Pública y los administrados en los que se enjuicia la actividad administrativa y no se realiza una ponderación de la legalidad objetiva.

Segundo, por ello en esa ocasión la Sala Constitucional no realizó consideraciones sobre el alcance de algún derecho fundamental en particular sino sobre la configuración del sistema contencioso administrativo y los poderes del Juez, lo cual indirectamente tiene incidencia sobre el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, entendidos éstos como dos derechos fundamentales mediante los cuales, entre otros elementos, la parte victoriosa tenga derecho a ver satisfecha su pretensión -directamente por el propio Juez si ello procede dentro de su mandamiento, claro está.

De la revisión realizada hasta ahora, resulta evidente la labor que lleva a cabo el Juez al aplicar el método incidental, destacándose la similitud existente con la actividad hermenéutica llevada a cabo por la Sala Constitucional cuando conoce de acciones directas de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, destacándose el “tronco común” que tiene la inconstitucionalidad de la ley en el sistema estadounidense y en el europeo actual.

iii. Revisión crítica de los presupuestos formales para la aplicación del control incidental propuestos por la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2005

Es necesario llevar a cabo una labor de revisión exhaustiva y crítica de los presupuestos formales establecidos por la Sala Constitucional para que el Juez aplique el control incidental. En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional explicitó cómo a su juicio opera la aplicación del método incidental, señalando que: *"(...) en casos de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, o como lo expresa el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia. En esta aplicación de una norma por colidir o ser incompatible con la Constitución, consiste el control difuso (...)"*.

A renglón seguido estableció que para la aplicación del control incidental es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

- a. Que exista una causa, lo que equivale a un proceso contencioso.
- b. Que una de las partes pida la aplicación de una norma.
- c. Que tal norma vulnere alguna disposición constitucional, lo que indica que debe tratarse de una contradicción objetiva (de texto); o bien, que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental.

d. Que el juez se vea en la necesidad de aplicar la norma que considera colide con la Constitución, pues esa es la ley que regirá el caso. En consecuencia, si el juez a su arbitrio puede inaplicar una ley, ya que considera que el supuesto de hecho de la norma no ha sido probado o que el caso puede ser resuelto mediante invocación de otra disposición, no tiene razón para aplicar el control difuso alguno.

e. Que quien lo adelante sea un juez, así ejerza la jurisdicción alternativa dentro de un proceso para el que se pide la aplicación de una ley o norma cuestionada.

f. Que el juez no anule la norma sometida a control sino que la inaplique en el caso concreto.

Dados los fines de la presente investigación interesa llevar adelante una revisión crítica de tales elementos.

Sobre el primer apunte (a. supra) referido a la necesaria existencia de un proceso contencioso, recordemos que desde sus orígenes el constitucionalismo estadounidense -como se tuvo ocasión de precisar en el primer capítulo- hizo hincapié en la naturaleza del método incidental y su aplicación dentro de un caso o una controversia (*cases and controversies*) determinada donde se esté ventilando frente a un Tribunal una controversia jurídica para ser resuelta de manera definitiva por un Tribunal como expresión de la potestad jurisdiccional del Estado. Allí el Tribunal debe garantizar la supremacía del Texto Fundamental y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, leyendo la disposición o precepto normativo que debe aplicarse para resolver la controversia jurídica en consonancia con la Constitución.

Lo anterior cobra importancia si se tiene en cuenta que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece lo siguiente:

"También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación, deriva de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta, deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad".

La aludida disposición legal consagra el denominado jurisprudencialmente "amparo contra norma", que puede ser ejercido en dos modalidades distintas: la primera, directamente contra el acto aplicativo de una disposición o precepto legal siempre y cuando no se trate de una "norma autoaplicativa", y la segunda, conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes. Ambas modalidades tienen efectos y alcances distintos, según se precisará de seguidas.

En el primer caso, para hacer viable la figura del amparo autónomo contra norma, la jurisprudencia hizo la necesaria distinción entre el precepto legal y el acto que lo ejecuta, insistiendo en que sólo si la norma es autoaplicativa procederá el amparo contra la disposición normativa para ser inaplicada en el caso concreto. La lógica que sustenta tal planteamiento se centra en el hecho de que las normas no son capaces de incidir por sí solas en la esfera jurídica de los particulares por su carácter general, abstracto y

de aplicación indefinida. Sobre esto la Sala Constitucional, retomando el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, indicó lo siguiente:

"(...) El grado de aplicación que posea una norma puede ser desde el más genérico de su auto-ejecución, constituyéndose por sí mismo en una lesión directa de la esfera de los derechos constitucionales, como es el caso de las prohibiciones de realización de actividades precedentemente consentidas antes de su vigencia, o puede ser derivado de sus actos de ejecución como las normas reglamentarias, las disposiciones organizativas o los actos individuales que pesen directamente sobre el actor. Esta diversidad de grados ha de ser apreciada por el Juzgador caso por caso, al plantearse la acción de amparo -como la presente situación-, por la vía del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Se ha señalado que la figura del amparo contra norma no alude a la norma en abstracto, sino a la aplicación de la misma al caso concreto, por lo cual el amparo se dirige esencialmente contra el correspondiente acto de ejecución. Es ineludible que en el amparo contra norma -como en todas las modalidades de amparo-, puede denunciarse tanto la lesión que la misma produce como la amenaza que en ella se encierra, con lo cual basta con que se den fundados temores de que esta última se produzca para que pueda prosperar la acción ejercida (...)". (Sentencia N° 389 del 1° de abril de 2005).

El amparo autónomo "contra norma" estaría dirigido principalmente contra el acto de ejecución -circunstancia que incide también en la determinación del legitimado pasivo en este tipo de pretensiones y el Tribunal competente-, pero puede prosperar también cuando el precepto sea autoaplicativo y exprese una amenaza cierta, real y factible de vulnerar los derechos o garantías fundamentales de los particulares o ciertos grupos o colectividades (lo cual puede evidenciarse con mayor frecuencia en los tipos penales).

Sobre la base de la distinción expuesta los efectos en ambas modalidades de amparo serían diversos. En el caso de amparo autónomo contra la aplicación de la disposición legal, el Juez debe apreciar su inaplicación al caso concreto y sólo con efectos para las partes en conflicto, mientras que en el caso de los amparos contra norma ejercidos contra preceptos legales autoaplicativos, donde generalmente se afectan derechos e intereses colectivos o difusos, se suspende en abstracto y con efectos *erga omnes* su aplicación "(...) pues no tendría sentido alguno admitir el amparo en protección de los derechos e intereses de un gremio profesional o de todos los venezolanos, si la decisión se reduce solamente a la desaplicación de la norma para una situación jurídica concreta (...)"⁴⁸.

De modo que según la jurisprudencia más reciente de la Sala Constitucional la sentencia que se dicte al decidir el "amparo contra norma" ejercido con fundamento en los derechos e intereses colectivos o difusos, *deberá ordenar la inaplicación de la disposición legal para todos los sujetos vinculados por el texto legal.*

Sin embargo, interesa a los fines del presente trabajo destacar la forma como opera este tipo de amparo cuando es ejercido contra el acto de aplicación de una disposición legal porque en ese caso la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia como la Sala Constitucional han señalado que el precepto queda "inalterado" y sólo se suspende la aplicación del acto ejecutivo para el caso concreto - razón por la cual el Legislador dispuso que debía informarse a la extinta Corte Suprema de Justicia tal situación-, resultando evidentes las similitudes respecto de las características formales que se le han atribuido comúnmente al control incidental en Venezuela.

⁴⁸ Sentencia N° 389 del 1° de abril de 2005.

En principio esta modalidad de amparo operaría en la praxis de forma similar a como lo hace el control incidental. En efecto, el Juez Constitucional ponderaría el precepto legal a partir de algún derecho o garantía constitucional *para concluir respecto de la situación concreta, la inconstitucionalidad de su aplicación.*

Dos serían entonces las similitudes entre el amparo contra norma ejercido autónomamente contra un acto de ejecución de la disposición legal y el control incidental de la constitucionalidad de las leyes: la primera se refiere al fundamento de tales figuras, verificándose que en ambos casos se trata de proteger los derechos y garantías constitucionales de los particulares dada la vocación garantista del Texto Fundamental, y la segunda, que se evalúa la inconstitucionalidad del precepto legal -y su inaplicación- respecto de una situación jurídica concreta y específica.

Sin embargo, la principal diferencia entre ambas instituciones procesales sería que la aplicación del control incidental resulta procedente cuando exista un proceso jurisdiccional incoado mientras que en el caso del amparo contra norma, su inexistencia es fundamental para ponderar la inaplicación en el caso concreto.

Acerca del segundo elemento (b. supra) apuntado por la Sala Constitucional, debe señalarse que resulta infundado porque las partes dentro de un proceso concreto no solicitan la aplicación de una norma legal. Ella será objeto de control en la medida en que tenga incidencia sobre la controversia planteada, partiendo del principio consagrado de que el juez conoce el derecho, y debe en el caso concreto ponderar la aplicación del control incidental, tal como lo preceptúa el propio artículo 334 de la Constitución de 1999. Por ello, ni la parte pide la aplicación de una disposición ni la Sala Constitucional juzga la instrumentación del método

incidental a partir de tal pedimento, ya que como señala la propia disposición constitucional, debe ejercerlo aun de oficio.

En relación con el tercer elemento (c. supra): "(...) *contradicción objetiva (de texto) o que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental*", hagamos las siguientes puntualizaciones:

En la aplicación del método incidental, el Juez verifica la inconstitucionalidad de la omisión en el precepto legal o el establecimiento de una prohibición al contrastar el enunciado legal con los derechos constitucionales y la interpretación que sobre ellos ha llevado a cabo la Sala Constitucional, partiendo del análisis y ponderación de una situación procesal concreta y específica.

Sin embargo, la última parte de la afirmación sostenida por la Sala en el punto tres relativa a que la ley resulte incompatible con la Constitución: "(...) *incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental (...)*", podría generar dudas sobre los límites sustantivos del Juez al aplicar el método incidental.

En un primer momento, la Sala Constitucional en Sentencia N° 833 del 25 de mayo de 2001, *Caso Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao*, expresó tajantemente que:

"(...) Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas

hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado (...)".

Si se tienen presentes las dificultades propias de la interpretación constitucional y sus diferencias con la interpretación de la ley, así como las diferencias en cuanto a sus efectos y la necesidad de que sea un sólo órgano, el que se pronuncie de manera definitiva sobre la interpretación de los principios recogidos en la Constitución, se deberá ser sumamente cuidadoso al ponderar la aplicación del método incidental sobre la base de principios constitucionales.

La prohibición establecida por la Sala Constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de la ley sobre la base de principios, se debe a nuestro juicio en que ellos constituyen guías o directrices para la interpretación de las disposiciones legales o reglamentarias que no tienen un contenido normativo preciso y concreto. Tal posición carece de asidero lógico y jurídico, sin embargo será analizado en el capítulo referido a la actividad sustancial del juez cuando aplica el método incidental.

En el particular (d. supra) se estableció que el Juez debía estar en la necesidad de aplicar la "norma" que considera inconstitucional: "(...) *ya que esa es la ley que regirá el caso (...)*", puesto que si el caso puede ser resuelto mediante la invocación de otra disposición, no tiene razón alguna para practicar el control incidental.

Sobre esto no se realizarán mayores precisiones debido a que resulta lógico que si en la controversia jurídica sometida al examen del Juez, una

disposición o precepto legal no aplica por no tener incidencia directa en ella, no debe ser desaplicada; esto es lógica e intuitivamente un hecho incontrovertible para aplicar esta técnica de garantía. Sin embargo, debe reconocerse que si dentro de un conflicto jurídico determinado, varios son los preceptos legales que resultan aplicables, será desaplicado aquel que resulte relevante para su resolución. En ese sentido se pronunció Pablo Pérez Tremps al indicar lo siguiente:

"(...) Tanto la Constitución como la LOTC, a la hora de concretar cuándo procede el planteamiento de la cuestión, establecen la exigencia de que la norma objeto de cuestionamiento resulte no sólo aplicable en el juicio a quo, sino que debe ser relevante para la decisión que ha de producirse en el mismo. Dicho de otra manera, no se trata de que cualquier norma con fuerza de ley que tenga alguna relación con el proceso pueda cuestionarse sino sólo aquella que resulte decisiva (relevante) para el caso (...)"⁴⁹.

Si bien resulta evidente el planteamiento realizado no deja de ser útil insistir en él dado que la errada concepción de la figura o su simple desconocimiento ha originado fallos inmotivados y revisiones innecesarias por parte de la Sala Constitucional. Si un Tribunal no aplica la disposición legal que resulta pertinente para la resolución de la controversia -incidental o de fondo-, sencillamente está incurriendo en un vicio concreto y específico: la "falta de aplicación de una norma", denunciable tanto en el recurso de apelación como en el de casación.

iii.e. Asimismo sostuvo la Sala Constitucional que quien debe aplicar el método incidental es el juez -así ejerza la jurisdicción alternativa- en el proceso donde se pide la aplicación de la ley o norma cuestionada. Al establecer tal limitación, la Sala Constitucional cerró la posibilidad de que la

⁴⁹ Pablo Pérez Tremps. "La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español" en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año/Vol. 3, N° 001, Santiago de Chile, 2005.

Administración Pública aplique el método incidental ya que para algunos autores venezolanos, al formar parte de un órgano del Poder Público, ésta se halla sujeta al artículo 7 del Texto Fundamental, lo que la faculta - señalan- a proceder de manera similar a como lo haría un Tribunal de la República cuando decide una controversia jurídica.

La premisa normativa que facultaría a la Administración Pública a hacer uso del control incidental de la constitucionalidad de las leyes se sustenta en el referido artículo 7 según el cual: *"la Constitución es la norma jurídica suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución"*, así como en el artículo 137, que establece que: *"esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen"*.

Varias críticas pueden formularse a tal enfoque.

En primer término, la correcta interpretación del artículo 7 de la Constitución de 1999 indica que con éste el Constituyente estableció el principio de supremacía constitucional, cuya consecuencia lógica inmediata es que tanto los ciudadanos como los órganos que integran el Poder Público se encuentran sujetos a ella por el deber de sujeción al valor normativo del Texto Fundamental en sus cualidades y aspiraciones políticas, aunque solamente sea, según el esquema de separación de poderes previsto en ella misma, el Poder Judicial el que detente la atribución de resolver de manera definitiva los conflictos jurídicos intersubjetivos surgidos entre los particulares, o entre éstos y el Estado, debiendo aplicar preferentemente la Constitución en caso de que una disposición legal la contrarie.

En segundo lugar, la Constitución consagra un sistema completo - aunque con algunas imprecisiones- de justicia constitucional dentro del cual se encuentran el control directo e incidental de la constitucionalidad de las leyes; el amparo constitucional, el habeas data y el habeas corpus, en el que los Tribunales de Justicia como órganos encargados de resolver de manera definitiva las controversias jurídicas, declarando la voluntad abstracta de ley aplicable para el caso concreto, tiene la obligación de asegurar la integridad y supremacía del Texto Fundamental.

De esta forma, el artículo 334 de la Constitución de 1999 *únicamente faculta a los jueces de la República* para asegurar la integridad del Texto Fundamental, otorgándoles el poder-deber de aplicarlo preferentemente en caso de que alguna disposición legal desconozca algún derecho o garantía constitucional. Así lo reconoció expresamente la Sala Constitucional en la Sentencia N° 331 del 13 de marzo de 2001, en la que estableció lo siguiente:

"(...) 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 (...)".

El escenario puede ser explicado así: el Juez se halla vinculado a la Ley que debe aplicar para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento y se halla vinculado a la Constitución cuya integridad debe preservar en el proceso de aplicación de la ley mientras que el resto de los Poderes Públicos, especialmente la Administración Pública identificada con la rama ejecutiva, debe someter toda su actuación a la Ley.

En tercer lugar, el principio de legalidad contenido en el artículo 141 de la Constitución según el cual: *"la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho"*, al consagrar una sumisión absoluta a la Ley, imposibilita desaplicaciones puntuales de disposiciones normativas.

La construcción doctrinaria de tal principio, propuesta por los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se expresa en: *"(...) no es que la Ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado, es la Ley; ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley (...)"*⁵⁰.

⁵⁰ García de Enterría, E y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, 11ma reimp. Madrid, 2008.

El aludido principio constituye el eje fundamental sobre el cual se articula todo el obrar de la Administración: el Legislador Nacional, estatal o municipal dicta leyes generales que son aplicadas o desarrolladas por la Administración Pública, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y a sus principios generales, razón por la cual abrir la posibilidad de que los órganos o entes que la integran, desapliquen disposiciones o preceptos (con los alcances apuntados) dentro de los procedimientos administrativos, únicamente crearía inestabilidad dentro del sistema normativo venezolano redundando en una gran inseguridad jurídica y constituyendo un elemento perturbador del ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, la previsión del diseño de justicia constitucional, tal como se analizó en el Capítulo precedente, obedece a una articulación en la que la Sala Constitucional revisa, aun de oficio, las sentencias definitivamente firmes en las que los jueces aplicaron el método incidental, otorgándole coherencia al sistema.

En quinto lugar, si la Administración Pública aplica una disposición legal o reglamentaria contraria a la Constitución, el administrado tiene la posibilidad cierta de recurrir ante el Juez Contencioso Administrativo para anular la actuación de la Administración y no sólo controvertir la legalidad del acto, pudiendo obtener una decisión judicial mediante la cual se restablezca la situación jurídica infringida.

Por las razones expuestas, resulta improcedente sostener la aplicación del control incidental de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública.

Y en sexto lugar, la Sala Constitucional señaló que el juez que aplica el método incidental no anula la norma sometida a control sino que la

inaplica dentro de la controversia sometida a su conocimiento. Conviene aquí traer nuevamente la sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2004, dado que al analizar los efectos del control incidental la Sala Constitucional distinguió sus alcances dependiendo del Tribunal que lo aplicaba, así se trate de una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de cualquier otro Tribunal de la República o bien, de la misma Sala Constitucional. Acerca de este supuesto dispuso lo siguiente:

"(...) Advierte la Sala que cuando otra Sala de este Supremo Tribunal desaplica una norma -de acuerdo a la parte final del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y ella es declarada conforme por la Sala Constitucional, la sentencia debe publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en las Gacetas Estadales o Municipales, de ser el caso, por lo que esta especial ratificación anula la disposición legal, como si se tratara de un control concentrado: Tal proceder no se exige en los controles de constitucionalidad realizados por los otros Tribunales diferentes a las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (...)".

Se observa primero que la Sala Constitucional creó una diferenciación innecesaria sobre los alcances del método incidental al hacerlo depender de si era o no otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, porque si cualquier Tribunal de la República incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (sin la Constitucional ya que en ese caso ella estaría enjuiciando la aplicación por remisión obligatoria del fallo definitivamente firme), y la máxima intérprete de la Constitución juzga conforme a derecho la desaplicación realizada, debe publicarse el fallo íntegro de la Sala Constitucional en Gaceta Judicial -con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica que rige sus funciones- *por lo que sólo cobra sentido discriminar los efectos del control incidental sobre la base de si se juzga conforme o no conforme a derecho.*

Con todo, sobre la mencionada cita cabe otra puntualización. *La ratificación de la conformidad a derecho por parte de la Sala Constitucional de la desaplicación llevada a cabo por cualquier Tribunal de la República no anula la disposición legal* y menos aun: "(...) *como si se tratara de un control concentrado (...)*"; tal aserto crea confusión y obvia la razón principal por la que debe publicarse la sentencia interpretativa de la Sala Constitucional en la Gaceta Judicial: para abonar la seguridad jurídica y afianzar el orden público constitucional.

En la presente investigación tuvimos ocasión de determinar que en las sentencias interpretativas el Juez Constitucional puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del precepto o disposición o sobre la omisión preceptiva que no contempló el Legislador, colocando el acento tanto en el *plano dispositivo* como en el *plano normativo*. Téngase en cuenta el examen efectuado en el Capítulo II referido al análisis sustancial del método incidental en el que se dejó sentado que con la aplicación del método incidental la disposición legal permanece incólume, y lo que se creó fue un supuesto no previsto por omisión del Legislador, es decir, la disposición en sí misma no resulta inconstitucional sino en una de sus aplicaciones concretas, pues el legislador se halla en capacidad de prever todos los supuestos concretos.

Por la desafortunada concepción acerca de los efectos del control incidental que en 2005 realizó la Sala Constitucional, ella misma se vio en la necesidad de revisar su doctrina y establecer parámetros más claros de actuación para los Tribunales de la República. Un ejemplo notable de la labor de articulación y coherencia que llevó a cabo la Sala Constitucional un tiempo después, lo constituyó la sentencia N° 1.178 del 17 de julio de 2008, *Caso Martín Anderson*, que cuenta entre sus aciertos el haber establecido parámetros formales y sustanciales muchos más atinados que los expuestos

en la sentencia N° 1.696 del 15 de julio de 2005, integrando la jurisprudencia existente hasta el momento y abonando claridad en la instrumentación del método incidental.

iv. Presupuestos sustanciales para la aplicación del método incidental

Habiendo revisado críticamente los parámetros formales establecidos por la Sala Constitucional para la aplicación del control incidental, resulta obligatorio analizar ahora cuáles son los límites sustanciales que tiene el Juez Constitucional para proceder a su instrumentación, vale decir, cómo debe llevarse a cabo la “desaplicación” de la disposición considerada inconstitucional y cuáles son sus límites concretos y específicos.

iv.a. La aplicación del método incidental se hará ponderando, *contrastando*, la disposición legal con algún principio, derecho o garantía constitucional, de manera que el parámetro de medición de la inconstitucionalidad de la disposición debe hacerse en función de lo establecido expresamente en la Constitución y los Tratados y Acuerdos suscritos y ratificados por la República. La técnica del “contraste” entre la disposición legal y el precepto constitucional, fue propuesta por Mauro Cappelletti, quien escribió:

“(...) Se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; en uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generalis, etc, pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y

así, la norma constitucional, cuando la Constitución es 'rígida', más bien que 'flexible', prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento (...)"⁵¹.

El razonamiento estará precedido de la enunciación clara del derecho o garantía constitucional, de manera que se vea lo que *textualmente* señala la Constitución y lo que sobre el mismo ha *interpretado* de manera vinculante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debido a que las interpretaciones que ésta haga sobre su sentido y alcance de modo expreso en refuerzo de los derechos humanos, son vinculantes.

Tales señalamientos, constituyen la premisa mayor del silogismo judicial empleado para la aplicación del control incidental porque a partir del "contraste" entre la disposición legal y el principio, derecho o garantía constitucional presuntamente lesionado en su aplicación concreta, se verá claramente la procedencia del método.

iv.b. Sobre la forma en que debe aplicarse el método incidental, un sector de la doctrina venezolana, representado por los profesores Jesús María Casal y José Vicente Haro, sostiene que: "(...) *el control difuso de la constitucionalidad debe ser ejercido por los jueces de la República luego de un análisis detenido de la norma legal objeto de control y de las normas o principios constitucionales en relación con los cuales se hace su examen. Ese análisis debe comprender un ejercicio de interpretación de la norma legal que pueda hacerla compatible con la Constitución, pero si es incompatible hacer esa interpretación sin forzar el propio contenido y sentido de la norma legal, debe procederse a su desaplicación por la vía del control difuso (...)"⁵².*

⁵¹ Ibidem.

⁵² *El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión.* Artículo publicado en la Revista de Derecho Constitucional N° 9, Enero-Diciembre 2004, Editorial Sherwood, Caracas 2005.

Tal como tuvimos ocasión de precisar en el Capítulo II referido al análisis sustancial del método incidental y los ejemplos jurisprudenciales revisados, el Juez que aplica esta técnica de garantía levanta una barrera o prohibición respecto del caso concreto que le fue sometido a su conocimiento, realizando una interpretación conforme con el Texto Fundamental dictando sentencias interpretativas.

Por lo tanto, la desaplicación del contenido textual e íntegro de la disposición legal al caso concreto requiere de un examen hermenéutico entre ella y algún principio, derecho o garantía consagrado en algún Tratado o Convenio suscrito y ratificado por la República o el Texto Constitucional, por lo que no es exacto señalar que sólo si no es posible la interpretación conforme con la Constitución, "(...) *debe procederse a su desaplicación por la vía del control difuso (...)*", como apuntó José Vicente Haro.

Los dos supuestos existentes en este punto serían los siguientes: la desaplicación total o en bloque del precepto legal únicamente cuando ella contiene vicios insalvables que lo hacen completamente nulo como los vicios en la elaboración de la ley sin seguir el procedimiento previsto constitucionalmente "*on its face*" (control sobre la disposición legal), lo que constituye la excepción, y la desaplicación literal del enunciado bajo la creación de la norma jurídica que se adapta a los principios, derechos y garantías de la Constitución.

Lo planteado nos conduce a la siguiente interrogante: ¿se trata primero de llevar a cabo una reinterpretación, y si ello no es posible, proceder a su desaplicación? Según hemos venido exponiendo, la ponderación de la inconstitucionalidad de una disposición legal en un caso particular, concreto y específico, implica un ejercicio argumentativo y hermenéutico importante por parte del Juez, *que lo lleva a desaplicar en su*

contenido literal el precepto, haciendo en la operación de desaplicación, una interpretación conforme con el Texto Fundamental.

A nuestro juicio, el propio José Vicente Haro aclaró la forma como puede juzgarse la aplicación del método incidental al señalar que "(...) *en otras palabras, pueden presentarse situaciones en las que una norma contenida en una ley analizada in abstracto a la luz de la Constitución, debe aplicarse a una caso concreto porque no contraviene el Texto Fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hecho o situaciones jurídicas (por ej. A un determinado grupo de personas o a una categoría concreta de sujetos), dicha aplicación puede resultar inconstitucional (...)*"⁵³.

Se considera plausible lo expuesto por el referido autor, sin embargo, se estima que la actividad desplegada por el juez cuando aplica el método incidental adquiere claridad no juzgándose sobre la base de la abstracción o concreción de la institución -donde debe valorarse situaciones concretas- sino en la pertinencia de la diferenciación existente entre *plano dispositivo* y *plano hermenéutico*.

Por otra parte, se puntualiza que el Juez que aplica el método incidental se halla vinculado a los derechos y garantías y, en el ejercicio interpretativo, también a los principios establecidos en la Constitución aunque la Sala Constitucional en reiterados fallos haya señalado que esta técnica de garantía, no puede llevarse a cabo sobre la base de principios constitucionales (véanse al respecto las sentencias números 833 del 25 de mayo de 2001 y 1.851 del 28 de noviembre de 2008).

⁵³ José Vicente Haro García. "El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad: ¿control abstracto o control concreto?" en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Civitas Ediciones. Madrid, 2003.

La razón argüida por la Sala para negar la ponderación de los principios constitucionales por parte de los jueces que aplican el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, consiste en que: *"(...) el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado (...)"*.

Como se aprecia, la Sala Constitucional se ha limitado a señalar que los jueces no pueden aplicar el control incidental sobre la base de principios porque su ponderación únicamente corresponde al supremo intérprete de la Constitución, cuando actúa en ejercicio del control directo, realizando una lectura restrictiva y literal del artículo 334 del Texto Fundamental.

Tal posición ha generado fuertes reacciones en la doctrina patria. Sobre ello el profesor Canova González, en su artículo sobre la "Inconstitucionalidad de la Ley", criticó tal razonamiento al exponer lo siguiente:

"(...) En esos fallos, se prohibió a los jueces ordinarios, a través del control incidental o difuso, desaplicar leyes sobre la base de principios constitucionales (como si éstos no fueran obligatorios, es decir, jurídicos) con el pretexto de que ello sólo le corresponde a la propia Sala como órgano que ejerce el control concentrado de inconstitucionalidad. (...)

No hay duda de que tras ese lamentable criterio, convertido en jurisprudencia constitucional, se esconde el error de la Sala Constitucional venezolana sobre la esencia del control incidental o difuso de constitucionalidad. No advierte esa Sala, a cabalidad, que por tal control incidental o difuso los jueces valoran la constitucionalidad de la ley cuestionada

de la misma manera que lo hace ella a través de la acción popular, sin que, como se ha podido ver, constituya un cambio en lo fundamental el que los jueces estimen en ese supuesto de modo exclusivo y necesario la validez de la norma que extrae para el caso concreto, en vez que la del enunciado legal (...)"⁵⁴.

También José Vicente Haro expresó sus reservas acerca de lo afirmado por la Sala Constitucional, al señalar que: "*(...) todas las normas y principios establecidos en la Constitución tienen eficacia normativa, de allí que hayamos afirmado que el referido dispositivo constitucional consagra el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución en el marco del ordenamiento jurídico venezolano (...)"⁵⁵.*

Se observa que la postura asumida por la Sala Constitucional es errónea, carece de fundamentación y -además- obvió una consideración fundamental. En efecto, si la Constitución es Derecho directamente aplicable por parte de los jueces dentro de cualquier tipo de controversia jurídica que le sea sometida a su conocimiento, no puede sino concluirse que los principios establecidos en ella también forman parte de los elementos que debe tomar en cuenta para resolver el conflicto aplicando o no el método incidental.

Por otra parte, el señalamiento referido a que sólo la Sala Constitucional ejercita el control concentrado, en nada cambia el escenario, puesto que como se tuvo ocasión de precisar en los capítulos precedentes, el Juez que desaplica una disposición legal, dicta una sentencia interpretativa mediante la cual crea una norma jurídica para el caso concreto, especialmente en aquellos casos en que el precepto contiene una

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ José Vicente Haro G. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión" en: Provincia, número especial de la Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, 2005.

omisión grave que debe ser salvada por el Juez al aplicar el método incidental.

Sin embargo, si lo que deseaba la Sala Constitucional era abordar las dificultades que se presentan con la interpretación y aplicación de los principios constitucionales, ha debido llevar adelante un razonamiento distinto que versara sobre la naturaleza de los principios y los riesgos que su consideración conlleva para un juez que no está familiarizado con los complejos asuntos constitucionales.

Si tomamos en cuenta la estructura de las disposiciones legales “desaplicadas” en el Capítulo II, referidas al artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, el artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, se verificará que ellas contienen “prohibiciones expresas” o “prohibiciones tácitas”, que suelen fungir como “barreras” que el Juez “levanta” creando una norma jurídica aplicada al caso concreto -el *legal rule* del sistema de justicia estadounidense-, cuando contrasta la situación de hecho verificada en el expediente con los derechos y garantías constitucionales que lo facultan para proceder a su desaplicación, resultando difícil encontrar casos en los cuales un precepto legal lesivo de algún derecho constitucional de la parte pueda contrastarse con un principio, cuando éstos son por naturaleza de difícil aprehensión y concreción.

En consecuencia resulta difícil que dentro de una controversia jurídica entre dos partes contendientes en la que el Juez se vea en la necesidad de aplicar el método incidental, la desaplicación proceda porque la disposición legal aplicable al caso concreto lesiona en su aplicación algún un principio constitucional, ya que éstos adquieren forma y concreción, si

específicamente en ese conflicto se traducen en la vulneración de un derecho o garantía fundamental.

iv.c. El análisis llevado a cabo por el Juez que aplica el control incidental será explícito y claro tanto de la disposición o precepto legal desaplicado como el derecho, garantía o principio constitucional contra la cual es contrastada, no siendo lógicamente factible ni técnicamente coherente realizar un control "tácito" sin indicación expresa de ambas condiciones. Al respecto la Sala Constitucional en la Sentencia N° 3.361 del 4 de noviembre de 2005 indicó lo siguiente:

"(...) En efecto, estima que la sentencia objeto de revisión, mediante la cual se desaplica una norma como resultado del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, necesariamente debe señalar de manera expresa e inequívoca la norma desaplicada en el caso concreto, lo contrario generaría una inseguridad jurídica tal, que impediría determinar la fundamentación jurídica de la motivación de la sentencia objeto de revisión, lo cual obra en detrimento de la estabilidad y garantía de los derechos de los sujetos procesales intervinientes (...)". (subrayado nuestro).

La consagración expresa de tales elementos constituye -dentro de la aplicación del control incidental- *una garantía de motivación de este tipo de decisión judicial*. Sin duda existen casos en los cuales distintos tribunales de la República, incluso la propia Sala Constitucional, se "flexibiliza" la aplicación de una disposición legal; sin embargo, *tal flexibilización no es otra cosa que la desaplicación encubierta del precepto legal*.

En la sentencia N° 236 del 19 de febrero de 2005, la Sala Constitucional indicó que el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece reglas especiales para la evacuación de las pruebas que requieren de comisión en otros Tribunales, *debía ser flexibilizado en su*

aplicación para el caso que se ventilaba en autos, puesto que de hacer una aplicación rigurosa de la referida disposición, la contraparte no tendría oportunidad de controlar todas las evacuaciones de testigos promovidas.

Tal situación encubre la desaplicación de un precepto legal sin haber llevado a cabo la instrumentación formal y razonada del método incidental, lo cual resulta jurídicamente inaceptable en cabeza de la Sala Constitucional, que tanto insiste en la correcta aplicación por parte de los distintos Tribunales del control incidental. De hecho, si se trata de disposiciones adjetivas referidas específicamente a lapsos procesales, cualquier “relajamiento” de los mismos, debe estar precedido de un razonamiento explícito acerca de las razones que hacen procedente la aplicación de esta técnica de garantía.

De las consideraciones expuestas, se puede colegir la necesidad de integrar y armonizar los presupuestos formales y sustanciales para la aplicación del método incidental, entendiendo que no se trata de una “simple” o “mecánica” desaplicación de la “norma” sino de un complejo proceso que requiere llevar adelante un proceso argumentativo coherente, formal y explícito sobre la vulneración de un derecho o garantía constitucional que supondría su aplicación efectiva al caso concreto.

v. Diferencias materiales existentes entre el control incidental y el control directo de la constitucionalidad de las leyes

Valorado el análisis sustancial de la actividad del juez cuando aplica el método incidental, resulta útil destacar otra faceta del mismo que evidencia su naturaleza de *control jurídico* en lugar de la naturaleza de *control político* del control directo.

La dicotomía concreción/abstracción es útil para expresar la naturaleza de ambos métodos. El incidental cuenta con una herramienta más certera para evaluar la constitucionalidad de la ley, ya que si el precepto legal no es absolutamente inconstitucional por haber sido dictado por una autoridad manifiestamente incompetente o por no haber seguido el procedimiento establecido en la Constitución permitiendo alguna interpretación acorde con ella, *la ponderación y análisis de los hechos en un caso concreto* evidencian con claridad su inconstitucionalidad, mientras que en el control directo el análisis parte de puros argumentos, hipótesis de interpretación o supuestos de hecho probablemente no verificados, circunstancia que usualmente otorga mayor libertad al intérprete -en nuestro caso a la Sala Constitucional- para "amoldar" el enunciado legal al Texto Fundamental.

En el caso del control directo, Jiménez Campo ha escrito con acierto que: "(...) *la interpretación legal y constitucional que se expresa en la demanda de un R.I., es inevitablemente una interpretación abstracta como corresponde a un planteamiento desligado de cualquier confrontación de unos y otros enunciados -constitucionales y legales- con casos o supuestos concretos. En lo que se refiere muy en particular, al precepto legal impugnado, esta abstracción es casi total y da un cierto carácter preventivo o cautelar a la acción directa de inconstitucionalidad: la norma legal recién promulgada y publicada, no ha sido objeto aun de aplicación, por lo general y todos sus elementos (su contenido preceptivo y su ámbito de proyección) han de ser identificados por los recurrentes de un modo casi hipotético como propuestas o sugerencias interpretativas ante el Tribunal Constitucional (...)*"⁵⁶.

⁵⁶ Javier Jiménez Campo. *El control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho Español. La jurisdicción constitucional en España*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

Empero en Venezuela existe la posibilidad de intentar una pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley conjuntamente con un amparo cautelar y solicitud de suspensión de efectos de la disposición legal para el caso concreto, para lo cual la Sala Constitucional ponderará los hechos que efectivamente pudieran vulnerar algún derecho o garantía de rango constitucional, lo cual la obligaría a descender al plano de los hechos, haciendo coincidir en este respecto la técnica del método incidental con la actividad realizada por el máximo intérprete cuando conoce de una acción directa.

El tipo de argumentación que suele utilizarse en uno y otro caso también resulta fundamental para verificar otra diferencia sustantiva en la aplicación de tales técnicas, dada la concepción estructural y el modelo de proceso que se ha concebido históricamente para cada uno.

En el caso del método incidental existen dos partes contendientes que tienen *pretensiones jurídicas* contrapuestas. Así, dado que la técnica del control incidental se lleva a cabo dentro de un determinado proceso jurisdiccional sin connotaciones políticas, puede hablarse con propiedad de su carácter objetivo frente al carácter subjetivo que reviste la acción popular de inconstitucionalidad, a pesar de que la Sala Constitucional haya pretendido invertir en ambos mecanismos tales características, señalando que el control directo es "objetivo" porque cualquier persona procesalmente capaz puede solicitar la nulidad de una determinada disposición legal - otorgándole una connotación distinta a la "objetividad" del recurso de nulidad. Es lo que se denomina técnicamente "simple interés" en contraposición al interés calificado que se exige como requisito previo para

acceder al sistema contencioso administrativo y demandar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares⁵⁷.

De este modo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pregona la objetividad del juicio de inconstitucionalidad basándose en que no hay una verdadera contención entre partes. En efecto, señala que: "(...) este presupuesto lo ha desprovisto de cualquier noción subjetiva en su configuración, *puesto que no hay una contención inter partes en términos procesales, y ha expuesto como premisa que '(...) el interés que asiste a un individuo en particular para recurrir no se encuentra comprendido de manera exclusiva y excluyente en un interés procesal que le es propio, por no haber una contención propiamente dicha que lo antagonice contra derechos y obligaciones pertenecientes o recaídas en una contraparte'*" ⁵⁸. (subrayado nuestro).

Es curioso que la Sala trate de dotar a la acción popular de inconstitucionalidad de un carácter objetivo, recurriendo a consideraciones de orden procesal, mientras que para un sector de la doctrina española⁵⁹, es la cuestión de inconstitucionalidad (control incidental en el caso venezolano), la que se lleva a cabo a través de un procedimiento de corte objetivo, dado el tipo de argumentos y hechos que se ventilan dentro de ese proceso concreto.

Para sostener su afirmación señala que la objetividad del método incidental reside precisamente en que: "(...) *la cuestión de inconstitucionalidad es un procedimiento objetivo en nuestro sistema de*

⁵⁷ Sin embargo, el "interés calificado" deberá ser sometido a revisión si se tiene presente el artículo 38 de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que permite el acceso al sistema contencioso administrativo a todo aquel que tenga un interés jurídico actual en controvertir alguna actuación administrativa.

⁵⁸ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.185 de fecha 17 de junio de 2004.

⁵⁹ Javier Jiménez Campo anteriormente citado.

justicia constitucional, si por tal se entiende un instrumento en garantía de la Constitución activado o iniciado sólo por razones jurídicas, al margen de cualquier interés distinto al de la estricta preservación de la integridad de la norma (...)" (subrayado nuestro).

Luce más conveniente sostener la objetividad del método incidental frente a la subjetividad que caracteriza las alegaciones y motivos que se exponen durante la tramitación de la acción popular de inconstitucionalidad de la ley donde actúan directamente los órganos políticos, en defensa de un supuesto "interés general" y el mantenimiento de la "legalidad objetiva".

Al hilo de las consideraciones expuestas es básico indicar que frente al cúmulo de argumentos de orden político que suele exponer la Sala Constitucional cuando controla directamente la constitucionalidad de una ley u otro acto normativo de igual rango y jerarquía, el Juez que aplica el método incidental no debe limitarse a "desaplicar" tácitamente el enunciado legal sino que debe ponderar y valorar con fundamentos suficientes por qué es procedente la desaplicación de la disposición legal. Y ello toca el núcleo esencial del método incidental y su sentido dentro del sistema de justicia constitucional, ya que si los jueces se encuentran en la obligación de interpretar la ley de acuerdo con los derechos y garantías constitucionales, deberán forjar sentencias que expresen la racionalidad jurídica que la hace procedente con el objeto de consolidar una noción sustancial de democracia en la que se respete cabalmente la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, y dentro de éstos -por supuesto- la igualdad y la libertad.

Valga entonces acotar que especialmente con la aplicación del control incidental de la constitucionalidad de la ley debe ser el Juez muy cuidadoso con la fundamentación jurídica de sus fallos, tratando de generar consenso argumentativo, y por ende, democrático. En este sentido, se expresa Gabriel

Bouzat cuando escribe que: "(...) *se puede sostener entonces que los jueces pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática (...)*"⁶⁰, dado que algunos detractores del método incidental sostienen todavía su carácter antidemocrático al permitirle a cualquier Juez cuestionar la validez de la Ley dictada por el Poder Legislativo que responde a la voluntad popular.

En ese sentido traigamos las reflexiones del investigador italiano Luigi Ferrajoli, quien plantea que la legitimación del Poder Judicial nada tiene que ver con la democracia política ligada a la representación ya que: "(...) *no se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es su expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado 'democracia sustancial' (...)*"⁶¹.

Expuesto lo anterior difiero del trato que ha dado la Sala Constitucional en la Sentencia N° 2.294 del 24 de septiembre de 2004 al control incidental de la constitucionalidad de las leyes cuando indica que, a través de él, el Juez Constitucional lleva a cabo "una mera desaplicación" del enunciado como si se tratara de algo mecánico e intrascendente.

Por el contrario, tal como se tuvo ocasión de precisar, la correcta aplicación del método incidental requiere la motivación del fallo mediante un *análisis de contraste* entre la disposición legal y los principios, derechos o

⁶⁰ *La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad.* Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18, número 53, Mayo-Agosto 1998.

⁶¹ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Editorial Trotta. Madrid, 2006.

garantías constitucionales potencialmente vulnerados, expresándose su naturaleza de control jurídico alejado de consideraciones políticas.

vi. Efectos del control incidental

Tanto la doctrina como la jurisprudencia patria han insistido hasta la saciedad en que los efectos de las sentencias en las que se aplicó el método incidental únicamente tienen validez y eficacia respecto de las partes en conflicto. Tal puntualización tiene un origen histórico indiscutible, según se pudo apreciar en los primeros capítulos del presente trabajo, referidos al origen del control constitucional de las leyes según la experiencia estadounidense y el sistema europeo nutrido principalmente de la doctrina kelseniana.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la Sala Constitucional se ha encargado de reafirmar que cuando ella ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, sus sentencias, mayormente anulatorias de la disposición impugnada, tienen efectos *erga omnes*, mientras que cuando los jueces aplican el control incidental, sus sentencias tienen sólo efectividad respecto de las partes en conflicto, señalando que: "(...) *el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución (...)*"⁶².

Con todo, existen loables excepciones frente a la tradicional regla de los efectos entre las partes del control incidental de la constitucionalidad de las leyes y una de ellas está representada en la posición de José Vicente

⁶² Sentencia de la Sala Constitucional N° 833 de fecha 25 de mayo de 2001.

Haro, según la cual: "(...) *en todo caso debe señalarse que si la sentencia mediante la cual se ejerce el control difuso es dictada por la Sala Constitucional, el fallo podría tener efectos vinculantes más allá del caso concreto en lo que se refiere a la interpretación que allí se haga de principios y normas constitucionales, todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 335 de la Constitución (...)*"⁶³.

De las consideraciones expuestas hasta el momento se colige no sólo la procedencia y factibilidad de que la Sala Constitucional aplique el método incidental en situaciones o controversias sometidas a su conocimiento que así lo requieran, sino la necesidad de que cuando ello ocurra, por ejemplo en el caso analizado relativo al artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se publique en el órgano de publicaciones judiciales del Estado, el texto íntegro de la sentencia interpretativa; este sería sin duda el primer supuesto en el que cabría la publicación.

El otro supuesto estaría representado en las revisiones realizadas por el supremo intérprete conforme al numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de 1999. Como se ha precisado, cuando la Sala Constitucional revisa una sentencia en la que otra Sala o Tribunal aplicó el control incidental, ella realiza algunas consideraciones sobre el derecho o garantía constitucional conculcado por la omisión legal o la prohibición contenida en ella, por lo que resulta perfectamente factible que se ordene su publicación, haciendo así de la ratificación de la decisión un criterio que respecto de la aplicación de esa disposición legal que deberá ser acatado por los demás Órganos Jurisdiccionales.

⁶³ José Vicente Haro. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión" en: Revista de Derecho Constitucional N° 9. Enero-diciembre de 2004. Editorial Sherwood. Caracas.

Acerca de los efectos de la aplicación del control incidental téngase en cuenta lo que dispuso el numeral 12 del artículo 25, el artículo 33 y el artículo 34 de la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1° de octubre de 2010.

El artículo 33 del referido instrumento legal, desarrolla el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución al indicar que cuando cualquier Tribunal de la República -incluyendo a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia- aplica el método incidental informará a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación realizada, para que esta última proceda a efectuar un examen *abstracto* sobre la constitucionalidad del precepto, debiendo remitir copia certificada del fallo definitivamente firme.

Por su parte, el artículo 34 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece lo siguiente:

"Conforme a lo que se dispone en el artículo anterior, cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala".

Tal disposición contiene dos elementos importantes para el tema. Por una parte, establece la posibilidad de que la Sala Constitucional ordene el inicio del procedimiento de nulidad cuando juzgue conforme a derecho la desaplicación efectuada por cualquier Tribunal, y por la otra, cerró la controversia sobre la posibilidad de que ella aplique el método incidental, inclinándose por su procedencia. Sin embargo, el primer supuesto establecido refuerza la creencia de que el Legislador venezolano,

probablemente siguiendo la tradicional doctrina de la Sala Constitucional sobre los efectos del control incidental y el control concentrado, no maneja en absoluto la teoría general sobre la inconstitucionalidad de la ley ni los efectos o alcances de las sentencias interpretativas dictadas en ejercicio del control directo o del control incidental *por parte del máximo y último intérprete de la Constitución*.

Tal como se tuvo ocasión de examinar existen “desaplicaciones” de disposiciones o preceptos normativos de diferente rango y jerarquía, que no conllevan la nulidad por inconstitucionalidad del texto *per se* sino de una de sus interpretaciones posibles en el plano normativo.

Téngase en cuenta, por ejemplo, el caso del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal que establecía que el régimen de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no podía ser inferior a un año ni mayor a tres, lo que fue desaplicado por violentar el derecho a la igualdad de los penados; en este, la aplicación de la disposición legal al caso concreto resultó inconstitucional, pero el texto legal en sí mismo no lo es. En tal supuesto, si la Sala Constitucional juzga conforme a derecho la desaplicación efectuada por el Tribunal inferior, ¿qué sentido tendría ordenar el inicio del procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad?

Sin embargo pudiera pensarse que el ejercicio de oficio del control directo de la constitucionalidad de las leyes se halla justificado en algunos casos, por ejemplo, en lo ocurrido con el artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que limitaba inconstitucionalmente la promoción y evacuación de ciertos medios probatorios en ese Órgano Jurisdiccional, sin especificar en qué instancia ello era procedente.

Ahora bien, según se ha desarrollado en el presente trabajo ni siquiera en un caso como éste es necesario ordenar el inicio del procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad, ya que la publicación del fallo de la Sala Constitucional en la Gaceta Judicial resulta suficiente para que el resto de los Tribunales tengan presente que en primera instancia, se puede promover cualquier medio probatorio que no sea ilegal, *resultando inútil comenzar un proceso por una disposición que solamente resulta inconstitucional en alguna de sus interpretaciones jurídicas posibles.*

Al tratarse de sentencias interpretativas que juzgan la constitucionalidad de la aplicación de una disposición legal al caso concreto pero que en sí misma considerada -en abstracto-, resulta perfectamente acorde con los principios, derechos o garantías constitucionales, sería al menos inoficioso que la Sala Constitucional implemente el mecanismo del control directo para señalar algo que pudo haber hecho *si hubiera reconocido desde el principio la viabilidad de publicar las sentencias que dictaba cuando ella misma aplicaba el método incidental o cuando revisa de oficio la desaplicación realizada por los demás Tribunales de la República.*

CONCLUSIONES

No son pocas las consecuencias teóricas y metodológicas que supone concebir la Constitución como Derecho directamente aplicable por parte de todos los operadores jurídicos, especialmente por los jueces como intérpretes del ordenamiento jurídico y los conflictos sociales que reflejan la realidad social de una comunidad determinada.

La más palpable es que la aplicación judicial de la Constitución es problemática para todos los órganos jurisdiccionales; conlleva serias dificultades que deben ser superadas mediante el análisis y reflexión profunda sobre la significación de los principios y valores contenidos en el Texto Fundamental, su estructura, sus principales rasgos y su vocación de perpetuidad, así como de la trascendencia y verdadera significación de los distintos mecanismos de control constitucional para legitimar un sistema normativo que consagra la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y la democracia como valores fundamentales de la sociedad venezolana.

De allí que con la presente investigación se haya puesto de manifiesto, lo siguiente:

1.- La importancia que tiene la revisión crítica del control incidental de la constitucionalidad de las leyes como técnica efectiva para proteger los derechos y garantías fundamentales de las intromisiones ilegítimas y arbitrarias, en este caso del Legislador. Siendo uno de los *mecanismos*

jurídicos más importantes para la preservación del carácter democrático del ordenamiento jurídico en Venezuela, jamás debe perderse de vista que las ambigüedades, los equívocos y los desaciertos que se ciernen sobre la figura contribuyen al desconocimiento de su sentido y verdadera eficacia.

2.- Siendo Venezuela recipiendaria de los dos principales modelos de justicia constitucional más populares en Europa y Estados Unidos, la técnica de las sentencias interpretativas constituye una opción válida para abonar seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico. Ellas, lejos de lo que ha podido pensarse en la doctrina y jurisprudencia patria, constituyen una práctica común para los Tribunales que aplican el método incidental y una consecuencia necesaria de concebir la Constitución como norma jurídica, tal como se tuvo ocasión de precisar en el trabajo.

3.- En razón de ello el análisis de los conceptos básicos tales como "disposición", "enunciado", "norma" o "mandato", es fundamental para comprender la naturaleza de los fallos interpretativos que dictan los jueces cuando aplican el método incidental y el tronco común del que descienden al juzgarse la inconstitucionalidad de la ley en "concreto".

4.- Es posible, lícito y factible que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aplique el método incidental de la constitucionalidad de las leyes, y cuando lo hace, sus fallos pueden ser publicados en Gaceta Judicial con el objeto de abonar la seguridad jurídica y ahorrarse trabajo innecesario.

5.- Tratándose de un mecanismo eficaz para garantizar la vigencia de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos frente al Poder Público, como acierto que le debemos al constitucionalismo estadounidense,

su correcta articulación por parte de todos los Tribunales del país la erige en una poderosa herramienta al servicio de la democracia.

MATERIALES DE REFERENCIA

LIBROS

Aragón Reyes, M. (1998) *La aplicación judicial de la Constitución: Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional. Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aragón Reyes, M. (1998) *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional. Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bachof, O. (1985) *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas.

Brewer Carías, A. (1994) *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Público N° 2. Universidad Católica del Táchira. Caracas/San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana.

Casal, J.M. (2003) *El control difuso de la constitucionalidad y sus perspectivas en el derecho comparado. Visión iberoamericana del tema constitucional*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.

Díaz Revorio, F.J. (2001) *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Editorial Lex Nova.

Ferrajoli, L. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

García de Enterría, E. (2001). *La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Editorial Civitas.

García de Enterría, E y Fernández, T.R. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 11ma. reimp.

Jiménez Campo, J. (1995) *El control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho Español. La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales.

Kelsen, H. (2001) *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Primera edición. Serie Ensayos Jurídicos n° 5.

Rengel Romberg, A. (2000) *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas: Organización Gráfica Capriles.

ARTÍCULOS, ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Bouzat, G. "La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad" en: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 53, mayo-agosto 1998, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Canova González, A. (2002) "Sobre la inconstitucionalidad de la ley" en: *Ensayos sobre Derecho Administrativo. Homenaje a Tomás Pérez Luciani*. Caracas: Editorial del Tribunal Supremo de Justicia.

Canova González, A. (2003) "Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado (2) Kelsen" en: *Revista de Derecho Constitucional* N° 8. Julio-diciembre. Caracas: Editorial Sherwood.

Canova González, A. (2004). *La inconstitucionalidad de la ley. Nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela*. Caracas: Universidad Monteávila.

Capelletti, M. (1966) "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado" en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. Ciudad de México.

Haro García, J.V. (2004) "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión" en: *Revista de Derecho Constitucional* N° 9, Enero-diciembre 2004. Caracas: Editorial Sherwood.

Haro García, J.V. (2003) "El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad: ¿control abstracto o control concreto?" en: *El derecho*

público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones.

Pérez Tremps, P. (2005) "La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español" en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año/Vol. 3, N° 001. Santiago de Chile.

Rubio Llorente, F. (1988) "La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho" en: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. N° 22. Madrid.

PÁGINAS DE LA RED

Carbonell, M. "Marbury Vs. Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad" en www.miguelcarbonell.com

Ferreres Comella, V. "Una defensa de la rigidez constitucional" en: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_02.pdf?portal=4