



COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LOS ALCANCES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

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

Autor: Rubén Augusto Guía Chirino

Tutor: Jorge Kiriakidis

Caracas, marzo de 2017

Tabla de contenido

Abreviaturas	iv
Presentación	2
I. Planteamiento del Problema	3
-Objetivo General	5
• Analizar el alcance de la Justicia Constitucional en Venezuela.	5
-Objetivos Específicos	5
• Analizar los límites al poder de la Sala Constitucional derivados del Principio de Separación de Poderes.....	5
• Examinar los límites derivados del Principio de Legalidad.....	5
• Profundizar en la protección de los Derechos Humanos y su incidencia en la Justicia Constitucional venezolana.	5
II.-Marco Teórico	5
El Contexto del Juicio de Constitucionalidad	6
<i>Dimensión Lingüística</i>	6
<i>Dimensión Fáctica</i>	7
Separación de Poderes y Juicio de Constitucionalidad	12
<i>Sala Constitucional y Asamblea Nacional</i>	15
Presunción de Constitucionalidad de la Ley	17
La Función Integradora de la Constitución	19
Situación de las relaciones Sala Constitucional-Asamblea Nacional	25
<i>Sala Constitucional y el Poder Ejecutivo Nacional</i>	31
Sala Constitucional y Tribunales Ordinarios	34
Estado de Derecho y Justicia Constitucional	39
Antecedentes	39
Del Estado de legalidad al Estado constitucional de derecho	42
Principio de legalidad y su vinculación a la Sala Constitucional.....	44
La desconstitucionalización del sistema de justicia constitucional venezolano .	52
Justicia Constitucional y Derechos Humanos	57
Antecedentes y Evolución.....	57
A modo de precisión conceptual.....	60
La Protección de Derechos Humanos en el Control Concentrado.....	66

III.	Conclusiones y Recomendaciones.....	73
IV.	Referencias.....	74

Abreviaturas

Artículo	Art.
Asamblea Nacional	A.N.
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	CRBV.
Derechos Humanos	DDHH.
Derechos Fundamentales	DDFF.
Sala Constitucional	S.C.
Tribunal Supremo de Justicia	TSJ.
Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia	LOTSJ
Numeral	N°
Poder Ejecutivo	P.E.



UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LOS ALCANCES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

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

Autor: Rubén Augusto Guía Chirino
Tutor: Jorge Kiriakidis
Fecha: marzo, 2017

RESUMEN

¿Cuál es el alcance de los poderes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Una pregunta difícil de responder a priori. La réplica a esa interrogante que desde el inicio de la actividad de la Sala Constitucional se han planteado tanto la doctrina como el foro venezolano, es el objeto de este trabajo, y para ello se analizaron principios generales del derecho, como lo son el principio de separación de poderes y de legalidad, de los cuales derivan límites infranqueables al poder de nuestro garante de la Constitución. Además, se abordará desde la perspectiva de los derechos humanos, cómo éstos pueden incidir en la labor que lleva a cabo la Sala Constitucional, y la posibilidad que de esa influencia de los derechos fundamentales puedan surgir relajaciones de ciertos principios generales del derecho.

Palabras clave: Justicia Constitucional, Jurisdicción Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Principio de Legalidad, Principio de Separación de Poderes.

I. Planteamiento del Problema

A lo largo de la historia de nuestro país, incluso desde sus inicios, los órganos encargados de administrar justicia, han contado con instituciones jurídicas que posibilitaban el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Paulatinamente esa facultad evolucionó a la Justicia Constitucional— como actualmente se le conoce—; pero, no es sino hasta nuestros tiempos, que en la vigente Constitución se han introducido, de manera expresa, cambios que han incidido sustancialmente en la evolución de la Justicia Constitucional venezolana.

Esas modificaciones han incluido en el Tribunal Supremo de Justicia, una Sala que, dentro de sus diversas atribuciones, está consagrada la de proteger la vigencia y supremacía del texto constitucional. Ese órgano denominado Sala Constitucional, es una figura inédita en la historia de nuestro país, así como lo es el carácter vinculante de las decisiones de ese juzgado, para todos los Tribunales de la República, inclusive las demás Salas del Tribunal Supremo; lo cual ha causado diversas interrogantes en el foro venezolano.

Con su desarrollo jurisprudencial y posterior legislativo —de forma provisional—, algunas de las dudas que en un principio se habían planteado se disiparon, pero otras no, e incluso nuevas interrogantes fueron formuladas.

Pero una de las cuestiones que más ha calado, e incluso ha trascendido tanto en la doctrina, como en el foro patrio es: ¿Cuál es el alcance de los poderes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Por esta situación, se ha llegado en la doctrina a denominar a esa Sala como “La Supersala”(Canova González A. , La "Supersala" (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia en Revista de Derecho Constitucional N° 3

julio/diciembre, 2000), lo cual pareciera ser un calificativo exagerado, pero no es tal, ya que la Sala Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente regulaciones de sus propias facultadas y las de otros órganos administrativos, ha añadido texto a leyes sobre las cuales no es usual en otros países modificar de esa manera, creando así lo que esa Sala denomina la “jurisdicción normativa”¹, e incluso ha llegado a autoproclamarse como un poder “paraconstituyente”² cambiando el sentido de la propia Constitución.

El activismo judicial por parte de ese juzgado, es el causante de diversas críticas por parte de los distintos sectores de la sociedad, lo cual ha devenido en una lamentable deslegitimación del órgano encargado de velar por la vigencia material de la Constitución, tanto desde el punto de vista democrático como desde la perspectiva jurídica.

Es por esa razón, que nos hemos dado a la tarea de dilucidar el alcance de los poderes de la Sala Constitucional de nuestro máximo tribunal, a través del estudio de principios del derecho como el de separación de poderes y legalidad, así como la incidencia que tienen los Derechos Humanos en la labor que ha de desempeñar el Tribunal Constitucional como garante del Texto Fundamental.

Todo ello con la esperanza de recuperar la legitimidad de la Justicia Constitucional venezolana, la cual se ha desvanecido por el manejo que se le ha dado desde la Sala Constitucional; órgano que se considera en el constitucionalismo moderno pieza fundamental del sistema de justicia, y una institución importante para la democracia, el Estado de derecho, el desarrollo del Estado en general, así como para el constitucionalismo patrio.

¹Ver sentencia N° 1571 de 22 agosto de 2001. Caso: ASOVIPRILARA. Disponible en: <http://historico.tsi.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1571-220801-01-1274%20.HTM>

²Ver sentencia N° 1309 de 2001. Disponible en: <http://historico.tsi.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.htm>

-Objetivo General

- Analizar el alcance de la Justicia Constitucional en Venezuela.

-Objetivos Específicos

- Analizar los límites al poder de la Sala Constitucional derivados del Principio de Separación de Poderes.
- Examinar los límites derivados del Principio de Legalidad.
- Profundizar en la protección de los Derechos Humanos y su incidencia en la Justicia Constitucional venezolana.

II.-Marco Teórico

Es importante para entender el estudio que se pretende desarrollar, algunas características de los juicios de constitucionalidad, como se observará aguas abajo, éstos no comparten las mismas características que los juicios que se realizan en la jurisdicción ordinaria. Con el agravante, que al crear órganos que controlan al parlamento, surgen objeciones democráticas contra éstos; por ello es menester el entendimiento del contexto en el cual los juicios de constitucionalidad de las leyes se desenvuelven, para poder precisar los alcances de la Justicia Constitucional.

Por otra parte, es necesario advertir al lector, que el presente estudio comprende sólo las delimitaciones que la Constitución promulgada en 1999 plantea para el control concentrado de la constitucionalidad; además, no se pretende con el desarrollo de este trabajo, crear alguna especie de teoría reduccionista sobre los límites o alcances de la Justicia Constitucional en Venezuela, por lo cual los alcances que aquí se estudien no significa la negación de otros.

El Contexto del Juicio de Constitucionalidad

Venezuela adoptó en la Constitución de 1999, un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, el cual resulta de la combinación del “*judicial review*”³ y el control constitucional implantado por Hans Kelsen en 1920 en Austria, mejor conocido como “control concentrado de la constitucionalidad” o “sistema europeo”.

La implementación de este sistema de control, y en específico los juicios relativos a constitucionalidad de las leyes, se desenvuelven en unas circunstancias particulares, las cuales lo distinguen de los juicios que se llevan a cabo en los tribunales ordinarios, por diversas razones; las cuales se engloban a los fines didácticos en dos dimensiones, la primera se llamará dimensión lingüística, y la segunda se denominará como fáctica.

Esquemmatizar así las circunstancias que rodean al juicio de constitucionalidad de las leyes, no implica que las dimensiones a las que nos referimos sean independientes una de la otra; sino por el contrario se interrelacionan, como se observará al desarrollar este trabajo.

Dimensión Lingüística

En esta dimensión nos encontramos con unas peculiaridades del texto constitucional, como son: (i) la ambigüedad y la vaguedad en algunos de los términos usados en sus postulados; (ii) la utilización de términos esencialmente controvertidos en la redacción del Texto Fundamental (Ferrerres Comella, 2012, págs. 23-36) y; (iii) la colisión que surge entre los derechos fundamentales, estos entendidos como principios (Alexy, 2002, págs. 81-172); así como el choque entre los valores que se pudiera ocasionar en diferentes circunstancias.

³Lo que en lengua Castellana se conoce como control difuso de la constitucionalidad.

Todas esas características que mencionamos, convierten a La Constitución en un texto indeterminado (Ferrerres Comella, 2012, pág. 36), y por ende hace la labor del Operador de Justicia Constitucional más ardua, en el sentido de que al momento de éste descifrar una disposición constitucional, se topa con diversas interpretaciones, de las cuales debe escoger una, para dictar su sentencia; y en ese sentido, la decisión que se escoja puede ser objetada por ser un juicio de valor y en consecuencia infundada en cuanto a derecho. Es por ello que el juez encargado de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, debe tener presente estas propiedades del lenguaje constitucional, ya que al estar plagado éste de controversias interpretativas, principalmente en lo que concierne a los valores y los derechos fundamentales, la carga argumentativa será mayor, si éste contrasta la ley con alguno de estos conceptos indeterminados o controvertidos.

Dimensión Fáctica

En esta dimensión nos encontramos con que: (i) La Sala Constitucional no es el único intérprete de la Carta Magna y por ende debe respetar la dinámica interpretación de los valores constitucionales por parte de la ciudadanía; (ii) La menor legitimidad democrática que el órgano judicial posee; (iii) la rigidez del texto constitucional y; (iv) la abstracción del juicio de constitucionalidad.

En primer lugar, si bien está previsto en nuestra Constitución que el Tribunal Supremo de Justicia es el último intérprete de ésta, y que las decisiones de Sala Constitucional son vinculantes para las demás Salas que conforman el tribunal y el resto del sistema judicial –art. 335 CRBV–. Ello no quiere decir que éste sea el único intérprete; lo que la Constitución estipula, es quién tiene la última palabra, en caso de plantearse una controversia que

requiera la interpretación de ésta, y sólo dentro de los límites de esa controversia. Es entonces, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quien tiene la última palabra, más no la única que interpreta la Constitución, esto debido a que todos los órganos del Estado están sujetos a la Constitución *“en la misma manera que el Tribunal y, por ello, no sólo están legitimados, sino obligados a interpretar la Constitución”*(Schneider, 1982, pág. 39)

Por lo tanto, el Texto Fundamental para garantizar su función integradora deja abierta la interpretación a todos los órganos y ciudadanos; lo que nos lleva a entender que la percepción de ciertos conceptos, derechos o valores constitucionales pueden cambiar en el tiempo debido a la multiplicidad de intérpretes. Por lo tanto, el órgano legitimado para catalizar esos cambios es el órgano de mayor legitimidad en el sistema democrático; es decir, la Asamblea Nacional—Art.204 N°7 CRBV—.

Esto nos lleva a considerar la legitimidad democrática de la Sala que posee la última palabra, en los juicios de constitucionalidad de las leyes. A la Sala Constitucional, se le encuadra en los órganos de legitimidad en segundo grado; toda vez que sus integrantes son designados por la Asamblea Nacional, quienes son los representantes de la voluntad popular. Se le considera así también, porque su creación primigenia deriva de la promulgación del texto constitucional por parte de una Asamblea Nacional Constituyente que goza de aún mayor legitimidad democrática que los representantes de la Asamblea Nacional.

Visto esto así, los jueces constitucionales deben observar, al momento de juzgar una ley constitucional o no, la legitimidad democrática que posee el congreso; que como se dijo antes, es el órgano más idóneo para captar los cambios que puedan surgir en la sociedad respecto de los derechos y valores constitucionales. Por lo tanto, la S.C.no puede perder de vista esta circunstancia, ya que un cambio en la interpretación de los valores o

derechos, que se produzca desde el tribunal de la constitucionalidad, hacia el parlamento, deviene en arbitraria y se le puede objetar que el juez contrastó la ley con sus valores personales, y su juzgamiento carece de fundamento jurídico o lo que es peor aún, de usurpar funciones.

Esta característica, debe llevar en nuestro caso a la Sala Constitucional, a guardar una deferencia hacia el legislador y presumir la constitucionalidad de la ley, según la materia que se esté tratando. Con lo cual, para declarar una ley nula por inconstitucional *“es necesario que las razones en contra tengan tanto peso que no exista espacio para ninguna duda razonable, de modo que la inconstitucionalidad aparezca clara y manifiesta”*(Ferrerres Comella, 2012, pág. 135).

Por otra parte, nuestra Carta Magna es rígida –Arts. 7 Y 333 CRBV– y esa característica implica un papel importante en el juego democrático, ya que al verse impedida la Asamblea Nacional de modificar la Constitución de forma poco gravosa, ésta queda impedida de hacer variar el criterio de la Sala Constitucional, a través de una enmienda o reforma, y en ese sentido tener un diálogo interinstitucional entre pares(Ferrerres Comella, 2012).

Pero, además, esa rigidez constitucional juega en contra de la propia Sala, toda vez que, al ser gravoso el proceso de modificación de la Constitución *“más problemático será dar al juez constitucional la última palabra acerca de qué dice esa constitución, permitiéndole declarar inválida una ley si no se ajusta a lo que él considera es la interpretación correcta del texto constitucional”*(Ferrerres Comella, 2012, pág. 44) y esto se debe a que el poder legislativo no cuenta con mecanismos para hacer prevalecer su voluntad frente a la del juez, pudiendo éste con una decisión socavar las bases del sistema democrático, y perder su precaria legitimidad.

En definitiva, al tener la última palabra en la interpretación constitucional, la S.C. corre con una gran responsabilidad, que si no se maneja de forma

adecuada puede llegar a cerrar la posibilidad al poder legislativo de interpretar la Constitución de cierta manera, lo que podría desequilibrar el sistema democrático. Visto además que la A.N. está impedida de dar una respuesta efectiva y expedita que cambie los criterios de la Sala, y a esta última se le puede calificar como un poder contra mayoritario, cuando ocurre el resquebrajamiento del sistema democrático, imponiéndose los criterios de la S.C. sobre la A.N. impidiendo que se catalicen y materialicen los cambios interpretativos que se dan en la sociedad, el cual fue declarado inconstitucional.

En último lugar de la dimensión fáctica, se observa que, en el caso específico del control concentrado de la constitucionalidad, los juicios se dan sin un caso en concreto, por lo cual se le califica de abstracto. Esto sumado a la indeterminación del lenguaje constitucional, deja al operador de justicia en lo que se llama en la doctrina como la zona de penumbra u oscuridad. En estos casos opera la presunción de constitucionalidad de la ley; debe interpretarse que los legisladores no quisieron irrespetar la constitución, y por ende debe darse a la ley objetada una exégesis conforme al texto constitucional, hasta tanto se demuestre más allá de cualquier duda razonable la inconstitucionalidad del texto legal impugnado (Ferrerres Comella, 2012).

Hasta aquí hemos visto de manera genérica el contexto en que se desenvuelven los juicios de constitucionalidad. Pero es preciso relacionar todas estas consideraciones con los planteamientos que se han fijado desarrollar en este trabajo.

Como se ha expuesto, los tribunales constitucionales juegan un papel importante fundamental en el sistema democrático y constitucional de cualquier país, y es por ello que la actitud que tomen los jueces al momento de decidir controversia de constitucionalidad de leyes, es significativa para determinar si éstos están apegados a lo que el valor democracia representa

en una Constitución que lo propugna como valor superior del ordenamiento jurídico –Art.2 CRBV–. Y es en ese sentido, que los juzgados que ejerzan el control constitucional deben entender, que este valor, es uno de los que guía su labor de control sobre el parlamento; en el sentido de que democracia hoy en día, no es entendida de forma pura y simple, como la forma de legitimar la decisión de la sociedad a través del principio mayoritario. Hoy día, en un Estado Constitucional, la democracia debe entenderse como el respeto de las decisiones de las mayorías, las cuales sobre todo debe respetar a las minorías; así como, el acatamiento al Estado de derecho, y la protección y optimización de los derechos humanos. Sin estos estándares mínimos no se puede considerar hoy día que exista democracia en ningún Estado(Uprimny, 2013).

Partiendo de entender la democracia de esta manera y del contexto de la labor de los jueces constitucionales, así como todas las particularidades de los juicios de esa naturaleza, se desarrollarán nuestros objetivos.

En la delicada labor que debe llevar a cabo cualquier Tribunal Constitucional, debe estar presente esta idea del respeto a la democracia y al Estado de derecho de los cuales se derivan: (i) la observancia de los límites que emanan del principio de separación de poderes; (ii) el principio de legalidad y las limitaciones que este plantea a los tribunales constitucionales, y; (iii) Los derechos humanos como guía para promover el desarrollo humano y su protección por parte de los tribunales constitucionales. Y en base a este planteamiento, pasaremos a analizar cómo esta serie de elementos del sistema constitucional inciden en el alcance de la Justicia Constitucional venezolana.

Separación de Poderes y Juicio de Constitucionalidad

La separación de poderes, es considerada como uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo. Sus antecedentes, se remontan desde la antigua Grecia, específicamente en el pensamiento de Aristóteles en su libro “La Política”, pasando luego por Santo Tomás de Aquino, hasta llegar a Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, quien afirmaba que sin separación de poderes no podría existir libertad para los ciudadanos (Naranjo Mesa, 2014, págs. 259-262).

Con el pensamiento de Montesquieu, Rousseau y el posterior estallido de las revoluciones francesa y americana, se consolidó en el constitucionalismo este principio, el cual podemos resumir a grandes rasgos en que: su idea fundamental es disolver el poder absoluto; es decir, arrebatarse de una sola persona u órgano, las facultades legislativas, administrativas o ejecutivas y judiciales, para dividirlos en diferentes órganos o ramas. Todo ello con el objetivo de debilitar el poder del Estado frente a los ciudadanos.

Montesquieu planteó, una división rígida –más bien absoluta– de poderes; que responden al pensamiento político liberal que se comenzaba a consolidar en la época, el cual tenía como norte debilitar el poder y declarar los derechos de los ciudadanos, al que el Estado estaba –y lo está hoy día– obligado a respetar y garantizar. En ese mismo sentido, podemos observar en Rousseau estas ideas, cuando plantea (i) que la soberanía reside en el pueblo, por lo cual éste es el legitimado –por antonomasia– para producir las leyes; (ii) que, para canalizar la voluntad del soberano, es necesario crear un procedimiento *sui generis*, en el cual se reunirán los representantes del soberano para manifestar la voluntad general depositada en ellos; y por último, (iii) el natural antagonismo y subordinación que existe en el poder ejecutivo frente al legislativo. Oposición, en el sentido que la función ejecutiva por su naturaleza, es contraria a la función legislativa, ya que: “hay

que tener en cuenta que «lo que un hombre ordena, cualquiera que él sea, no es ley, como no lo es tampoco que ordene el mismo cuerpo soberano sobre un objeto en particular. Esto es un decreto; no un acto de soberanía, sino de magistratura» (Bonachela, 1982, pág. 99)⁴. Subordinación en el sentido de que el “magistrado” actúa sometido a las leyes generales y abstractas que emite el parlamento, lo cual aplica de igual manera para los tribunales quienes solo les correspondían –para ese momento– aplicar la ley taxativamente, sin interpretación alguna.

Esta dogmática de Montesquieu, ha sido fuertemente criticada, no en su esencia o idea principal, sino en aspectos que podríamos denominar como “formales”, como por ejemplo: que rompe con el principio de unidad del Estado, ya que para algunos autores “el dogma de Montesquieu es disolvente”, en virtud de que los hace insuficientes, destruye al Estado, porque éste se ve desprovisto de su fuerza.(Solozabal-Echavarria, 1981, pág. 227). Según ese principio al Estado se le reconoce una personalidad jurídica, la cual se desarrolla mediante diversos órganos, que están investidos de competencias estatales. Es por ello que se ha denominado o reformulado este principio como el de “distribución de funciones”(Naranjo Mesa, 2014, pág. 262).

Otra de las objeciones a la teoría de Montesquieu es, que “la exclusividad funcional no es ni de hecho practica ni conviene que lo sea” (Solozabal-Echavarria, 1981, pág. 227), en el sentido de que la Constitución instrumenta la cooperación positiva entre los diversos poderes –art. 136–; y en ese sentido, los distintos poderes en el ámbito de sus funciones naturales, pueden realizar actos que no les son propios, todo ello con la finalidad de desarrollar mejor sus competencias naturales.

⁴Bonachela citando El contrato social de Rousseau.

Se le refuta además a Montesquieu, su planteamiento de que los “poderes” poseen un mismo rango que los equipara entre sí. Para quienes fundamentan esta objeción, se apoyan en que la ley es un acto de soberanía, y por lo tanto de obligatorio cumplimiento para los demás “poderes”, en consecuencia *“es absurdo pensar que la superioridad en las funciones no se va a transponer a los órganos encargados de realizarlas.”*(Solozabal-Echavarria, 1981, pág. 228). Más que una objeción jurídica, es una objeción política a la teoría de la separación de poderes, en el sentido de que *“es indispensable que en todo tiempo exista un centro único de imputación y de voluntad, un órgano preponderante. Sería, en efecto, contrario a la unidad estatal que el cuerpo legislativo y el jefe elegido del ejecutivo puedan mantener, cada uno por su parte, dos políticas diferentes: para evitar tal dualismo se necesita que la Constitución haya reservado a una de estas autoridades un poder especial que le permita, en caso de necesidad, hacer prevalecer sus puntos de vista y su voluntad.”*(Solozabal-Echavarria, 1981, pág. 228).

Por último, es necesario señalar que la integración del control concentrado de la constitucionalidad, en el sistema jurídico-constitucional, ha otorgado a los jueces facultades que sobrepasan considerablemente las ideas de Montesquieu. Por lo tanto, *“la unidad de institución y función ha sido sustituida por un sistema más complejo en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes”* (García-Pelayo, 2009, pág. 58).

Todas estas objeciones a la teoría de Montesquieu, como dijimos antes de señalarlas, no pretenden desconocer o rechazar la esencia y funcionalidad de la distribución de funciones del Estado; como bien lo explica el maestro García-Pelayo citando a *W. Weber*⁵ cuando se refiere a que *“la división de los tres poderes «tiene todavía un cierto valor disciplinario y*

⁵Citas específicas de la obra “Die Teilung der GeweltenalsGegenwartsprblems” del autor: W. Weber.

sustentador del Estado», tiene la función de «disciplinar y limitar el uso del aparato estatal por los pretendientes y tenedores del poder». A ello cabe añadir que el conjunto de conceptos normativos creados en torno a la división clásica de poderes, contribuye, sin duda, a garantizar jurídicamente la libertad individual.”(García-Pelayo, 2009, pág. 61).

Como hemos podido apreciar hasta este punto, la distribución de las funciones del Estado, sigue teniendo vigencia en el constitucionalismo y a pesar de su evolución, su esencia sigue siendo la misma; por lo tanto, este principio debe tomarse en consideración por parte de los tribunales del control concentrado al momento de decidir. En ese sentido, veamos cómo este axioma desarrolla los límites al poder de nuestra Sala Constitucional.

Para desarrollar el objetivo de este capítulo, es necesario en aras de una mejor comprensión, analizar las relaciones que existen entre la división clásica de los órganos que constituyen el poder público nacional; es decir, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, y la Sala Constitucional, esta última desde su “centro de gravedad” que es la defensa de los Derechos Humanos, el control de la leyes y el perfeccionamiento de la Constitución (Schneider, 1982, pág. 37); y así, pormenorizar como la naturaleza de las funciones de cada uno de ellos y de la propia Sala, impone límites a la Justicia Constitucional.

Sala Constitucional y Asamblea Nacional

La principal competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es declarar la nulidad total o parcial de las leyes que sancione la A.N. Como se ha expuesto en líneas anteriores; esa competencia, se desarrolla en un contexto particular, comprendido por la dimensión lingüística y fáctica.

En esta sección, es más patente cómo influye este contexto, por dos razones que pertenecen a dichas dimensiones:

1.-La Constitución estructura un sistema político-jurídico, enmarcado por la democracia tanto representativa como directa, según sea el medio que se utilice para consolidar las decisiones que adopte la mayoría.

En el caso en concreto de la relación entre Legislativo y Sala Constitucional, el procedimiento para canalizar la decisión de la soberanía popular, es por medio de la democracia representativa, la cual corresponde a la Asamblea Nacional materializar a través de las leyes o del desenvolvimiento de sus demás atribuciones (Dimensión Fáctica).

2.- El constituyente utiliza un lenguaje vago, abstracto o indeterminado, para crear un ambiente de integración de las diversas fuerzas políticas que hacen vida en el país, con la intención de que, según el principio de oportunidad política, el legislador ordinario –integrado por dichas fuerzas– desarrolle como éste considere más apropiado, según el contexto social vigente, los principios, derechos y valores que la Constitución propugna (Dimensión Fáctica/Lingüística).

Ahora bien, esta competencia de la S.C. deja sometido al poder legislativo a las decisiones que sobre sus actos tome el tribunal del control concentrado, todo ello con la finalidad de que no se convierta en poder constituyente. Por consiguiente la Sala desempeña el papel de “comisionad[a] del poder constituyente”(Salas, 1982)⁶.

En base a esas circunstancias y competencias de la Sala, se ha identificado como uno de los límites a sus atribuciones, al sistema democrático que la Constitución propugna. De ese sistema y valor constitucional –Art. 2CRBV– se deriva que: (i) la ley goza de una presunción de constitucionalidad y, como antes se señaló (ii) La Constitución debe

⁶Salas citando a Eduardo García de Enterría *La constitución como norma y el tribunal constitucional*.

cumplir una función integradora de las fuerzas políticas y sociales que hacen vida en el país.

Presunción de Constitucionalidad de la Ley

La Constitución en su artículo segundo propugna, como uno de sus valores superiores la democracia; por lo que de esa declaración se deriva – dentro del amplio espectro de conclusiones que emanan de ese artículo–, el respeto a los instrumentos por los cuales se ejerce la democracia por parte de todos los órganos que conforman el Estado.

De la deferencia que ha de existir, por mandato constitucional entre la S.C. y la A.N., a fin de crear un ámbito sano y equilibrado de la democracia, las leyes dictadas en ese contexto institucional, deben de gozar de una presunción de constitucionalidad, para así evitar desbalances en el sistema democrático. Si tal presunción no existiera, el juicio de constitucionalidad quedaría desprovisto de toda racionalidad jurídica, ya que se podrían anular leyes por casi cualquier motivo medianamente consistente con la interpretación que haga el juez de la Constitución.

Es inmanente a esta tesis que el tribunal del control concentrado, solo podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley, cuando ésta es evidentemente contraria al texto constitucional; es decir, cuando ella es inexecutable más allá de toda duda razonable (Ferrerres Comella, 2012, págs. 131-147).

En ese sentido, se podría hablar de un *in dubio pro legislatore*, el cual consiste en poner en cabeza de quien impugna la ley, “*la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa*” y en consecuencia “*cualquier duda acerca de la interpretación*

correcta de uno u otro texto (legal o constitucional) se resolverá a favor de la ley: in dubio pro legislatore”(Ferrerres Comella, 2012, pág. 131).

La existencia de la presunción de constitucionalidad de la ley, haya además sus bases en tres argumentos: (i) el epistémico, (ii) el de igualdad política, y (iii) el de la corregibilidad de los errores (Ferrerres Comella, 2012, pág. 151).

El argumento epistémico consiste, en que las soluciones que el legislador democrático ha dado al conflicto interpretativo, tiene mayor probabilidad de ser la más adecuada –incluso desde el punto de vista moral–, a la que un juez por si solo pueda imponer (Ferrerres Comella, 2012, pág. 151).

La igualdad política, justifica la existencia de la presunción de la constitucionalidad de la ley, en el sentido de que, si *“las personas son convocadas al proceso democrático, para que expresen sus convicciones acerca de las cuestiones colectivas y deliberen entre sí antes de tomar una decisión que afectará a todos, es porque reconoce a esas personas, por igual, una capacidad moral para formarse una concepción de lo justo”* (Ferrerres Comella, 2012, pág. 173), por lo tanto, resultaría indebido por parte de los tribunales del control concentrado, arrebatar la validez de una ley, que ha pasado por ese proceso, el cual debatió cuestiones de fondo en la que difícilmente se pueda llegar a un acuerdo, por su alto grado de controversia, sin que la inconstitucionalidad sea clara, fundada en derecho y que no haya posibilidad alguna de realizar una interpretación constitucionalizante de la ley.

En lo que respecta a la corregibilidad de errores, se fundamenta en que es más sencillo enmendar los errores cometidos en un texto legal, por parte del legislador, que por parte de la S.C. ya que, por la naturaleza jurisdiccional de esta última, está impedida para revocar sus decisiones, mientras que la

A.N. puede fácilmente derogar la ley inconstitucional y perfeccionarla para armonizarla con el Texto Fundamental.

Ahora bien, es de resaltar que la presunción de constitucionalidad de las leyes, no constituye un principio absoluto. En el sentido de que la intensidad de esa presunción, varía según el tema que la ley desarrolle o del grado de legitimidad que tenga democráticamente hablando –por ejemplo, que la ley en cuestión, cuente con algún tipo de consulta popular–. Incluso puede que se invierta la carga de esta presunción de constitucionalidad, por tratar determinados temas sensibles sobre minorías, derechos políticos o simplemente fundamentales. En definitiva, se deberá evaluar las circunstancias que rodean el proceso de conformación de la ley, el tema que desarrolla, para así evaluar hasta qué punto se pueda presumir la constitucionalidad de la ley.

La Función Integradora de la Constitución

Como se ha adelantado, el Poder Constituyente enuncia una serie de valores, principios y derechos generalmente redactados de forma amplia o abstracta; que determinan e inspiran la acción del Estado y el funcionamiento de los órganos del poder público. A esto no escapa el Poder Legislativo, sino al contrario, es el llamado por desiderátum constitucional, para desarrollar estos valores, principios y derechos, evidentemente dentro del marco constitucional; es por ello que la doctrina más autorizada ha señalado que la Constitución está redactada de forma incompleta y es el legislador quien debe completar su desarrollo.

Esta amplitud en el texto constitucional, es lo que en la doctrina se llama función integradora de la Constitución. Consiste en otorgar, por parte del constituyente, al legislador ordinario, el desarrollo de aspectos polémicos de

la Constitución –verbigracia: aborto, sistema económico, etc.– que, en el marco de los acuerdos políticos sobre esos temas, puedan darse en el seno de la A.N. entre las diversas fuerzas políticas; y que arribar a decisiones de tal trascendencia no serían ni convenientes ni posible de llegar en el momento constituyente, y por tal motivo son delegados al criterio del legislador ordinario.

Al respecto de esta función, la Sala Constitucional del TSJ en sentencia 1560 de 11 de junio de 2003, señaló que:

...Entendiéndose por integración el proceso mediante el cual las fuerzas políticas, económicas, culturales o de otra índole, que participan en el debate público, forman una unidad política. La Constitución es, en este sentido, el punto en el cual convergen y se reconocen grupos de opinión, partidos políticos, asociaciones o sindicatos con lineamientos ideológicos, doctrinarios o teóricos diversos, incluso enfrentados, pero en el que, no obstante la diversidad en la opinión o en las ejecutorias, han convenido en la implementación de mecanismos institucionales indispensables para hacer posible la gobernabilidad y el pluralismo en el ejercicio del Poder; dotando, de paso, a dichos mecanismos de los instrumentos que garanticen la participación de las mayorías en la toma de decisiones, el respeto a los derechos fundamentales y el relevo pacífico de las élites gubernamentales.

En este mismo fallo –que lamentablemente se puede calificar de aislado– la S.C., reconoce como uno de sus límites el rol integrador de la Constitución, ya que:

“En consecuencia, esta Sala debe evitar, salvo gravísimas dudas, pronunciarse sobre acciones, programas, políticas o, en fin, sobre la manera de ejercer sus funciones otros órganos; lo político judicial, administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de determinar los campos en que se mueve la realidad social en los que deben prestar sus servicios o el modo más acorde con el bienestar social, sólo corresponde dictarlos a los entes que ejercen las estrictas funciones anotadas, sin que esta Sala ex ante les señale la mejor forma de hacerlo (salvo atribución expresa en ese sentido), pues, si bien la Sala se encuentra en la cúspide de los órganos judiciales que refieren sus funciones a la Constitución, su labor consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las

competencias que tienen atribuidas, dichos órganos cumplan con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes a la consecución de los mismos, y, una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar en grado a la competencia que la propia Constitución o las leyes les asignen la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Siendo que para cumplir con sus cometidos dicho órgano legislativo está, como cualquier otro del sector público, habilitado para interpretar las normas relacionadas con la materia consultada, es decir, tiene la facultad de tomar partido racional y lógico por alguno de los sentidos que pueda justamente atribuírsele a los textos que le vinculan, sin que esta Sala pueda señalárselo previamente, la solicitud en cuestión resulta improcedente, y así se decide”

Lo aquí establecido por la Sala, ha sido igualmente recogido, pero con anterioridad, tanto en la doctrina extranjera como en la jurisprudencia, especialmente la española, como uno de los límites de la Justicia Constitucional, el cual se resume en las siguientes frases: *“el propio Tribunal ha señalado que no puede decidir si el criterio establecido en una norma «es el más acertado o el más conveniente políticamente, ni tampoco si es el más acorde con la Constitución», ya que ello «entrañaría juicios de valor o de preferencia» que dicho Tribunal «no puede jamás emitir»* (Salas, 1982, pág. 147).

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Reino Unido, en el reciente fallo del 24 de enero de 2017, sobre la constitucionalidad del procedimiento llevado a cabo por el Secretario de Estado, para dar inicio a la salida de ese país de la Unión Europea, esa corte en sus consideraciones preliminares estableció, que era importante enfatiza, que el caso bajo análisis, no versaría sobre la “sabiduría” de la decisión de salir de la Unión Europea, ya que ese era un asunto político, el cual corresponde resolver a los órganos políticos; por lo tanto esa Corte, enfatizó que su rango de control era sobre el de la legalidad, a solicitud de las partes afectadas.⁷

⁷Fallo disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf> (Recuperado el 6/02/17).

Para evitar que el juez constitucional emita juicios de valor o políticos, un sector de la doctrina ha señalado que los preceptos cargados con contenido sumamente abstracto, como verbigracia el artículo 2 de CRBV, no son vinculantes para el juez al momento de calificar una ley como constitucional o no; toda vez que la interpretación de las cláusulas más abstracta corresponde al legislador y no al juez. En ese sentido vale la pena transcribir el voto particular del entonces magistrado Francisco Rubio Llorente en el fallo STC 53/1985⁸:

“Las razones de mi disenso pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de derecho y opera como si el tribunal fuese una especie de tercera cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las cortes generales.

...El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para decidir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizás más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto de modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la constitución efectivamente proclama... invalidar cualquier ley por considerar incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez.”

En contraposición a esta teoría, encontramos al autor Francisco Tomás y Valiente, “según él, los valores contribuyen a dotar a la Constitución de

⁸Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1985/05/18/pdfs/T00010-00025.pdf> (Recuperado el 27/12/16).

«resistencia», en el sentido de que capacitada para adaptarse al cambio sin ceder en su propia identidad, y sin necesidad de proceder a una reforma.”(Ferrerres Comella, 2012, pág. 83).

Si bien la teoría del maestro Tomás y Valiente es cierta, ya que gracias a tan amplias cláusulas constitucionales se pueden materializar cambios sociales sin que ello implique una gravosa labor de reforma constitucional, consideramos imprescindible señalar que éstos cambios no pueden producirse desde los tribunales encargados de velar por la vigencia material del texto fundamental. La labor de los jueces constitucionales ante esos casos de cambio, consiste en guardar la mayor autolimitación, evitar “en la medida de lo humanamente posible” pronunciarse desde sus valores éticos, para torpedear la evolución de la interpretación de los valores. Y en caso de observar algún tipo de contradicción de la Ley, que desnaturalice totalmente el texto constitucional –si esta fuera no insalvable– realizar una interpretación constitucionalizante, que ayude a consolidar jurídicamente los cambios propuesto por el *demos*.

En definitiva, el sistema democrático y las consecuencias que se derivan de éste para los juicios de constitucionalidad, así como la posición en la que se encuentra la S.C. frente a los demás organismos que conforman al poder público nacional, conlleva una limitación al alcance de las atribuciones de control que sobre la A.N. posee la S.C., emitir juicios de valor y conveniencia sobre las leyes, determinar mediante interpretaciones el alcance y contenido de los preceptos constitucionales en abstracto, constituye una usurpación de funciones por parte de la S.C., lo que trae como consecuencia el quebrantamiento del sistema democrático y la mutación de la Sala Constitucional, de un órgano que debe resolver conflictos de orden constitucional y mantener la vigencia material de la Constitución, en un

poder contra mayoritario que impone el significado del Texto Fundamental y en consecuencia autoritario.

Si bien es cierto que estos argumentos expuestos sobre la separación de poderes y el control concentrado de la constitucionalidad, pueden ser rebatidos argumentado que hoy día existe una tendencia consolidada en el mundo, donde los tribunales constitucionales modifican el contenido de las leyes o agregan texto a éstas –sentencias manipulativas–. No se considera que tal actuación de esos tribunales equivalga a una intromisión a las facultades de los cuerpos legislativos.

Cuando un Tribunal Constitucional, procede a “manipular” un texto legal, en verdad lo que realiza es un acto de deferencia hacia el legislador, interpretando la ley según la Constitución, eliminando la norma, según la cual, dicha disposición legal se podría entender como contraria al Texto Constitucional, para así evitar el vacío legal –principio de conservación de los actos jurídicos–. Todo esto, se corresponde con lo que hemos expuesto sobre la presunción *pro legislatore* y la función integradora de la Constitución que no constituye una usurpación de funciones. Aunque para cierto sector de la doctrina esto convierta el juicio de constitucionalidad en un juicio de perfectibilidad de las leyes; con lo cual se desnaturaliza la principal característica de los juicios de constitucionalidad de las leyes; o que el abuso en la “interpretación conforme a la Constitución” *“existe el peligro de que la libertad de configuración del legislador sea recortada en exceso”*(Schneider, 1982, pág. 59).

No parece correcto alegar, que esta técnica argumentativa transforme al juicio de constitucionalidad en un juicio de perfectibilidad de las leyes, o que interpretar las leyes conforme a la constitución sea contraproducente para la libertad de interpretación del legislador; ya que las sentencias sobre la constitucionalidad de las leyes no producen el efecto de cosa juzgada material.

En consecuencia, los criterios variaran según la composición del tribunal y la personalidad de cada magistrado (Posner, 1983); es decir, si son más auto limitados o más activistas. Por lo cual, se puede plantear una ley sobre un mismo punto y el tribunal no estará sujeto a sus propias decisiones – siempre que motive el cambio de criterio– y declarar constitucional un artículo o varios de ellos que antes no eran considerados exequibles. Y en último lugar, siendo la A.N. quien decide sobre la designación de magistrados, de la S.C. ésta puede escoger los miembros que sean más conservadores o más activistas, con lo cual pueden hacer variar el criterio de la S.C. a su conveniencia. Por lo tanto, no se considera que las técnicas de argumentación de “interpretación conforme a la Constitución” o de sentencias manipulativas sean perjudiciales para el legislador o contrarias a la naturaleza de la función de un tribunal constitucional, ya que no impiden la libre configuración del legislador.

Situación de las relaciones Sala Constitucional-Asamblea Nacional

A lo largo de la historia de la S.C., su desempeño ha sido por demás controvertido, sobre todo con respecto de su relación con la A.N., la cual en el pasado 2016 se ha vuelto inclusive hostil. Es por ello, que consideramos de gran relevancia analizar los fallos que, según la línea de investigación de este trabajo, se consideran más emblemáticos y que dan a entender el por qué de éste trabajo de investigación.

Por lo tanto, se han escogido los fallos: N°1571 de 22 de agosto de 2001 (Caso: Asoviprilara –Jurisdicción Normativa–); N° 85 del 24 de enero de 2002 (Caso: Asoviprilara –Créditos indexados o mexicanos–); y N° 1309 de 2001 (Caso: Herman Escarrá) por ser algunas de las sentencias que han transgredido los alcances que hemos planteado en esta sección.

A los efectos de este trabajo, solo analizaremos los aspectos tocantes en las sentencias mencionadas, a la separación de poderes. En tal sentido, la sentencia N° 1571 de 2001 estableció, como ya es común, de forma pretoriana, una “jurisdicción normativa”, ya que a su criterio:

“Esta Sala Constitucional ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.”

A este punto de la investigación, resulta una obviedad señalar que esta interpretación que ha dado la S.C., es una grave vulneración al principio de separación de poderes ya que: (i) es competencia exclusiva de la A.N. dictar normas de carácter general y abstracta; (ii) se conculca el principio democrático quitándole la función de legislar a los representantes de la voluntad popular; y, (iii) la naturaleza jurisdiccional de la S.C. la hace incompatible con la función legislativa, en el sentido de que, la jurisdicción es la facultad de dirimir conflictos –en este caso de índole constitucional–, por lo cual mal puede imponerse la S.C. a la A.N. con su creación, ahora, de normas generales y abstractas (Canova Gonzalez, 2009).

Como si no fuera suficientemente peligrosa la usurpación de la S.C. a las atribuciones legislativas en el fallo transcrito, en la decisión N°1309 de 2001 la S.C. interpreto con fundamento en los artículos 334 y 335, que existen dos tipos de interpretación constitucional, la individualizada que es propia del control difuso y sus efectos son de carácter individualizados; es decir, reducidos al caso en concreto. Mientras que el otro tipo de interpretación, es general y abstracto, por lo tanto, natural al control concentrado y a criterio de ésta:

“es una verdadera jurisdatio, en la medida en que declara, erga omnes y pro futuro (ex nunc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdatio es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función nomofiláctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte que la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo.”

Y, por lo tanto:

La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdictio y la jurisdatio y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdatio, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental.

Según la S.C., ya no solo es legislador positivo, sino que, además, es un poder creador del derecho constitucional, y por lo tanto la Sala –a su entender– puede modificar el contenido de la propia Constitución. Tal como ocurrió en la sentencia N° 1684 del 04 de noviembre de 2008,

fundamentándose en el fallo N°1309 de 2001, se modificó el artículo 266 en su numeral primero que establece la competencia del TSJ sobre el antejuicio de mérito de algunos funcionarios públicos de alta jerarquía.

Si tal exegesis “paraconstituyente” fuera jurídicamente válida, el juicio de constitucionalidad no tendría sentido alguno; toda vez que, el parámetro de contraste de las leyes, sería un objeto inexistente, o para no exagerar, carente de valor jurídico para la S.C. Sería en definitiva una Constitución de naturaleza pretoriana, reformada por una Sala, que ni siquiera es técnicamente, un órgano constitucional (García-Pelayo, El <<Status>> del Tribunal Constitucional, 2014), que además, carece de legitimidad democrática para semejante labor.

Veamos más a fondo, porque es contraria al derecho tal naturaleza “paraconstituyente” de las interpretaciones de la S.C.: El poder constituyente es “*en términos generales, el poder creador del Estado*”(Naranjo Mesa, 2014, pág. 362); a decir de Sánchez Viamonte⁹, citado por Vladimiro Naranjo Mesa, el poder constituyente es: “*la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua.*”

Se le llama extraordinario, porque solo actúa cuando es necesario redactar y promulgar una constitución; a diferencia de los poderes constituidos que son “*ordinarios y permanentes*”(Naranjo Mesa, 2014, pág. 363). Supremo, “*porque es superior a toda otra manifestación de autoridad, desde que crea o constituye los poderes constituidos, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites*” (Naranjo Mesa, 2014, pág. 363). En tal sentido, resulta inverosímil un órgano de naturaleza jurisdiccional posea tal competencia, dada por el constituyente.

⁹Sánchez Viamonte, C. (1957) *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Uno de los elementos fundamentales del poder constituyente es la soberanía originaria, la cual reside –a decir de la Constitución– intransferiblemente en los ciudadanos, y nunca, jamás en un órgano del Estado; en tal sentido “*donde únicamente radica la soberanía, es en el poder constituyente mismo, al cual es más que evidente que [la Sala Constitucional] no puede controlar*”(García Enterría, 2006 4ta Ed., pág. 213). Por lo cual carece así de total validez tal argumento de la interpretación “cuasiconstituyente”.

La relación entre poder constituyente y la Sala Constitucional, es la que ha expresado el maestro Eduardo García Enterría, refiriéndose al Tribunal Constitucional español como: “*Un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos*”(García Enterría, 2006 4ta Ed., pág. 210), donde incluso el constituyente puede revisar las interpretaciones que la Sala Constitucional ha hecho para modificarlas.

En cuanto a la sentencia N° 85 del año 2002 (Caso: Asoviprilara – créditos indexados o mexicanos–), podemos decir: que control que hizo la S.C. de la actuación de entes bancarios privados y algunos entes del Estado, se centró en el artículo 2 de la CRBV, especialmente en los que esa Sala entendió por Estado social de derecho y de justicia.

En dicho fallo, la S.C. no escatimó en exponer lo que ésta considera es el Estado social de derecho. En esa sentencia, así como en las sucesivas a partir de esa, se le dio fuerza jurídica a esa cláusula abstracta ambigua e indeterminada que es el artículo 2 del texto constitucional. Y se concluyó que:

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la

práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

Lo cual a todas luces es una valoración política e ideológica, la cual corresponde única y exclusivamente hacer a los órganos políticos del Estado. De ese argumento prosiguieron otros como que el antecedente del Estado social de derecho, en nuestro país, era la Constitución de 1961 la cual “*imponía la solidaridad*”, lo cual es una aporía; es decir, contrario al propio concepto de solidaridad, pero eso no es objeto de estudio de esta investigación.

En consecuencia, de la incompatibilidad constitucional con el “Estado liberal” y de la obligatoriedad de la solidaridad, determino la S.C.:

“La Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que, fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales.”

Y, por lo tanto:

“El Estado promoverá la riqueza, así como la protección de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, de empresa, de comercio e industria, pero siempre con la meta de garantizar la creación y justa distribución de la riqueza (artículo 112 constitucional), por lo que, es el bien común, sin desigualdades ni discriminaciones, sin abusos, el objetivo del Estado Social de Derecho, y tanto en las leyes como en la interpretación constitucional deberán propender a él.”

Como se ha expuesto en líneas anteriores, la utilización de cláusulas abstractas por parte del juez constitucional, deviene en arbitrariedad o en juicios valorativos de conveniencia u oportunidad que, a todas luces, son de carácter político y por lo tanto de competencia del legislador y el Ejecutivo nacional. En este fallo analizado, después de llenar –ilegítimamente– de contenido el artículo 2 de la CRBV, la S.C. consideró:

“A juicio de esta Sala, si bien es cierto que de la declaratoria constitucional de la existencia de un Estado Social de Derecho, no pueden nacer derechos subjetivos a favor de las personas, no es menos cierto que el Estado Social de Derecho es un bien, un principio o valor jurídico, rector de la Constitución, el cual es objeto de interpretación por esta Sala sobre su contenido y alcance, conforme al artículo 335 constitucional.

Por lo tanto, si las leyes vigentes chocaran o crearen situaciones contrarias al Estado Social de Derecho o a sus elementos esenciales, como la solidaridad o la responsabilidad social, tales leyes devendrían en inconstitucionales.”

Con estas conclusiones, la S.C. le ha (i) impuesto al legislador una interpretación de lo que es el Estado social, violando así la presunción de constitucionalidad de las leyes, (ii) el principio de libre configuración del legislador; y, (iii) le obliga a legislar según ésta entiende el Estado social, so pena de nulidad de las leyes. Tarea que no le corresponde y es contraria a la propia Constitución.

En conclusión, podemos observar una acumulación exacerbada de los poderes de la Sala Constitucional, que contraviene y destruye la separación de poderes y constituye un retroceso del Estado venezolano a épocas del absolutismo o a épocas donde el parlamento no estaba sujeto al texto constitucional, pero esta vez, en cabeza de un grupo de jueces y no en la de un monarca o parlamento.

Sala Constitucional y el Poder Ejecutivo Nacional

Entre las relaciones que existen entre el Ejecutivo y la S.C. encontramos: la consulta que el mandatario puede hacer sobre la constitucionalidad de las leyes a la Sala—Art. 214 CRBV concatenado al Art. 25 N°15 LOTSJ—, la revisión de tratados internacionales antes de su promulgación por parte de la S.C. —Art. 236 N° 4 concatenado Art. 336 N°5—, conocer de las

impugnaciones por inconstitucionalidad de los decretos leyes –Art. 336 N°3– La revisión de oficio de la declaratoria de estado de excepción –Art. 336 N°6–, conocer de la impugnación de decretos con rango valor y fuerza de ley –336 N°3–; y dictar la inconstitucionalidad de los reglamentos de las leyes, que dicte el ejecutivo –236 N° 10 CRBV concatenado al 31 N°3 de LOTSJ¹⁰– . Además, encontramos los amparos contra la actuación tanto de los ministerios que dependen del ejecutivo nacional, como del propio Ejecutivo Nacional.

Si bien todas estas relaciones entre el Ejecutivo y la S.C., engloban en cada caso particular diversa intensidad respecto del alcance de la Justicia Constitucional, a los efectos de esta monografía, se analizará los límites de la actuación de los jueces constitucionales, frente a los llamados decretos leyes.

Los denominados decretos con rango y fuerza de ley, tiene su fundamento constitucional en el artículo 236 de la CRBV N°8. Consisten en una delegación de carácter extraordinario, con fines específicos y de manera temporal que la A.N concede al P.E., para que éste pueda dictar decretos con fuerza de ley (Naranjo Mesa, 2014, pág. 287).

Frente a los decretos que emanen dentro del marco de la delegación legislativa, se matiza lo que hemos denominado el contexto de los juicios de constitucionalidad; porque, no se está frente al mismo órgano legislador. Por otra parte, porque esa delegación está sometida a las características de extraordinario, temporalidad y especialidad –de materia sobre los cuales puede versar la delegación– las cuales les son propias, éstas *“tienden a delimitarlo, encuadrándolo en un marco necesariamente más estrecho que aquel en el que se mueve las Cortes Generales* –El equivalente a la A.N. en España– *en cuanto órgano legislador soberano* “en ese sentido *“un precepto*

¹⁰ Para mejor comprensión de dicha competencia ver sentencia N°16 del 13 de febrero del año 2013 N°16 disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/16-13213-2013-11-1268.html>

determinado que si emanara directamente de las Cortes no sería inconstitucional a no ser por oposición material a la Constitución, pueden serlo si procede del Gobierno a través de un decreto legislativo por haber ejercitado aquel de modo irregular la delegación legislativa”(Salas, 1982, págs. 156-157).

En consecuencia, este juicio de constitucionalidad se circunscribe a (i) determinar si el proceso que se da dentro del seno de la A.N. para promulgar la ley habilitante, cumple los requisitos de forma para promulgar las leyes y si ésta, cumple las características de extraordinario, temporalidad y especialidad; y, (ii) si el contenido del decreto *per se* o parte de él contradice el contenido de la Constitución.

Al igual que en los casos de las leyes ordinarias, las competencias de la S.C. se limitan a contrastar la mejor interpretación de los preceptos del decreto ley, con la mejor interpretación del precepto o preceptos de la Constitución los cuales se dice que hacen al decreto inconstitucional. En ese sentido, la Sala es incompetente para “pronunciarse sobre la mayor o menor oportunidad técnica de las medidas que aquellos se establezcan, «*pues ello se enmarca en la actividad propia del debate parlamentario y la defensa en el mismo de los distintos criterios políticos que al respecto se formulen*»”(Salas, 1982).

Por otra parte, la intensidad de la presunción de constitucionalidad con la que cuentan los decretos legislativos, es menor. Las circunstancias que rodean la formación de estos decretos conllevan una menor exposición a la democracia, que en definitiva es un factor sumamente determinante para establecer el rigor de esa presunción. Se podría argumentar, que un decreto legislativo que desarrolle alguno de los derechos fundamentales que enuncia la constitución, en principio estaría viciado de inconstitucionalidad, ya que el legislador delegado, no posee legitimidad democrática ni especialidad para desarrollar esos derechos, toda vez que, la elaboración del decreto no pasa

por los procedimientos de canalización de la voluntad general representada en el Legislativo; en tal sentido, la presunción de constitucionalidad que se adquiere con la producción de leyes desde el órgano de mayor representación democrática, prácticamente se extingue en los casos en que se examinen decretos con rango fuerza y valor de ley.

Sala Constitucional y Tribunales Ordinarios

Si bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se encuentra dentro del propio Poder Judicial, hay competencias que diferencian a esa Sala del resto de los demás tribunales.

Pero antes de comenzar con las tecnicidades propias de este título, es necesario hacer referencia a que, la S.C. en reiteradas decisiones, ha señalado que es la máxima y única interprete del Texto Fundamental, por lo cual, puede y debe revisar las sentencias que emanen el resto de los tribunales de la República –de forma discrecional–, incluso la de las demás Salas que conforman al TSJ (Caso Servio Tulio León, 2000).

Esto conlleva a que la S.C. haya mutado su naturaleza indebidamente, en relación con las demás salas, a una Sala con superioridad a las otras. Por lo tanto, podemos afirmar que la S.C. se transformó de forma pretoriana, hasta la posterior promulgación de la actual LOTSJ, que pretende “legitimar” tal usurpación de funciones e inevitable desnaturalización de Sala a un Tribunal Constitucional. Que se desenvuelve como una especie de poder-apéndice e independiente del poder judicial, a pesar de que no fue previsto para funcionar de esa manera, según el desiderátum del constituyente.

Tomando en cuenta esta situación fáctica actual en la que se encuentra la S.C., entremos en materia, no sin antes advertir, que cuando se utilice la

expresión Tribunal Constitucional, a los efectos de este título se entenderá como equivalente a Sala Constitucional, por las razones antes expuestas.

Como se adelantaba, los tribunales ordinarios poseen cualidades y competencias diferentes a las que posee la S.C. del TSJ; es decir, ellos son los encargados de velar por la aplicación del derecho ordinario en las relaciones intersubjetivas de diversa índole. Mientras que el Tribunal Constitucional, es el encargado de aplicar el Derecho Constitucional y sus decisiones son en ocasiones de carácter general –erga omnes–.

Si bien se podría argumentar con cierto grado de veracidad, que en Venezuela esto no es cierto, por aquello de que todos los tribunales del país son constitucionales gracias a la existencia del control difuso y de sus competencias en amparo, ello no implica que no existan fronteras de competencias entre esos juzgados y la Sala Constitucional.

Debemos rebatir esta objeción que se ha planteado. Cuando a un juzgado ordinario le corresponde decidir sobre un amparo constitucional, este pasa de ser un tribunal “en sede constitucional”; es decir, aplicar el derecho constitucional para resolver el conflicto –específicamente los derechos fundamentales susceptibles de ser amparados– y no el derecho ordinario. Por otra parte, al momento del juez desaplicar una norma, éste obvia el derecho ordinario –Art. 334 CRBV– para aplicar directamente la Constitución. En tal sentido, estos tribunales pasan a entrar en el rango de competencias revisoras de la S.C. porque aplican la Constitución y no las normas de rango legal.

En consecuencia, la principal vía de relaciones entre la S.C. y los tribunales ordinarios ocurre con las sentencias de amparo en apelación, así como por la revisión de decisiones de amparos y la desaplicación por control difuso de las leyes –Art. 336 N°10–.

En el marco de esas relaciones, está fuera de la competencia de la S.C. valorar la manera en que los jueces ordinarios aplican la ley, ni controlar si dicha aplicación ha sido la más idónea para resolver un caso en concreto; toda vez que, tal valoración es competencia exclusiva de los juzgados de legalidad. *“No puede sustituir el criterio judicial en la interpretación y aplicación de las leyes, menoscabando el contenido singular y específico de la jurisdicción ordinaria”*(Salas, 1982, pág. 173).

Solo podrá el Tribunal constitucional hacer valoraciones de esa entidad *“cuando al hacerlo –los tribunales ordinarios– violen las garantías constitucionales... que afecten a los derechos y libertades fundamentales”* y que tal agravio *“tenga origen inmediato y directo en una decisión judicial”* (Salas, 1982, págs. 172-173). Si bien es en extremo genérico, señalar que solo podrá interpretar la S.C. el derecho ordinario, cuando existas violaciones a los derechos y libertades, toda vez que, es el propio Tribunal Constitucional el que llena de contenido dichos derechos en los casos particulares –Art. 335–. Para resolver esa abstracción, resulta de vital importancia para entender este punto, añadir que tal actividad exegética de la legalidad por parte de los jueces constitucionales, cabe cuando el derecho conculcado (i) sea el criterio de la aplicación del control y *prius* de interpretación para la legalidad; (ii) sea capaz de entablar una obligación directa con el juzgador ordinario y el justiciable; es decir, cuando la Constitución obliga al juzgador a realizar determinada conducta para con las partes y este no lo hace, verbigracia: mantener la igualdad entre las partes o presumir la inocencia hasta que existe plena prueba de lo contrario; y,(iii) cuando la actividad del tribunal sobre pase los límites externos de cualquier órgano del Estado; es decir, arbitrariedad, desproporcionalidad y abuso (Schneider, 1982, pág. 55).

En otro orden de ideas, el Tribunal Constitucional no resulta competente para conocer de la valoración de los hechos o de las pruebas que el juez de la legalidad realice. Es decir, la S.C. no puede imponer sus criterios sobre

ese tipo de valoraciones a los jueces ordinarios, a menos que como en el caso anterior se violen derechos de la entidad de los ya señalados. La posterior valoración de la legalidad, transformaría a la S.C. en una tercera o peor aún en una cuarta instancia con competencia suprarevisora.

Vale la pena transcribir lo que ha señalado el Tribunal Constitucional Federal Alemán respecto de este tema de valoración del derecho ordinario como de los de hechos y pruebas:

“«si el tribunal ordinario ha juzgado correctamente la amplitud y la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil. De aquí se deriva al mismo tiempo el límite del control posterior: no es competencia propia del Tribunal Constitucional probar en toda su extensión si las sentencias de los tribunales civiles contienen un error jurídico; el Tribunal constitucional tiene exclusivamente que juzgar el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Derecho civil y hacer valer también aquí el contenido axiológico de los principios constitucionales. El sentido de la institución del recurso de amparo es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deben ser controlados desde el punto de vista de su adecuación a los derechos fundamentales (art. 90 de la ley del Tribunal constitucional federal). Ni está el Tribunal constitucional federal llamado a actuar como instancia de revisión o superrevisión respecto a los tribunales civiles, ni puede, exceptuado el control general de tales decisiones, prescindir de conocer cuando aflore el desconocimiento de normas y criterios fundamentales»”(Starck, 1998, págs. 16-17).

Estas limitaciones hayan su razón de ser, en primer término *“para garantizar la unidad de jurisprudencia”* (Starck, 1998, pág. 14) tanto de las leyes ordinarias como del derecho constitucional, ya que la jurisprudencia es fuente de derecho. En segundo lugar, *“si el Tribunal Constitucional se erigiese –como en nuestro país se erige– en fiscalizador a ultranza de las decisiones judiciales convirtiéndose en una nueva instancia revisora de aquellas sin freno ni límite alguno no se conseguiría, probablemente, otra cosa que socavar gratuitamente la confianza que los justiciables han de tener en los Tribunales ordinarios y la eficacia de la propia actividad judicial”*(Salas, 1982, pág. 170).

Podríamos concluir, que en los procesos tanto de revisión independientemente de si son sobre amparos o por la desaplicación de una ley e incluso recurso de apelación de amparos, la tarea de la Sala Constitucional, consiste en contrastar la interpretación que el juez ordinario realizó sobre la Constitución y los criterios jurídicos y exegéticos de esa Sala, para así unificar la jurisprudencia Constitucional, para así procurar la complementación y perfeccionamiento del Derecho constitucional así como los Derechos Humanos.

Estado de Derecho y Justicia Constitucional

Antecedentes

La idea de Estado de derecho, se ha venido gestando desde los inicios – por lo menos– de la cultura occidental; encontramos, al igual que como en la separación de poderes, antecedentes en el pensamiento aristotélico (Delgado, 2014). Esta idea, un poco incipiente e ignorada –por las situaciones políticas reinantes en esas épocas–, llega a su madurez y consolidación, entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, y ha evolucionado al punto que hoy día, incluso se habla de un Estado de derecho internacional, en especial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La doctrina coincide, en que sus inicios prácticos se encuentran en la Inglaterra del siglo XVIII. Uno de los antecedentes más llamativos y relevante, es el famoso caso Bonham. Sin adentrar este estudio a los detalles de dicho caso, nos interesa enfatizar, de ese antecedente, que el Juez Sir Edward Coke, sienta las bases para lo que hoy conocemos como *judicial review*; y que sus argumentos constituyen preludio, de lo que hoy día entendemos generalmente por Estado de derecho o Estado Constitucional de Derecho. El *Chief Justice*¹¹ Coke, en su razonamiento para desaplicar un decreto emanada de la Corona, echa mano de lo que en el derecho anglosajón se denomina *common law*¹² y su superioridad frente al derecho positivo; Sir Coke argumentó, que el decreto que afectaba al Dr. Bonham era contrario al *common law*, por lo tanto este derecho común o sentido común representa un límite al “poder legislativo”.

¹¹El equivalente al presidente de nuestro TSJ para la época.

¹²Derecho de los Comunes o Sentido Común.

Si bien esa tesis no fue bien acogida en Inglaterra, sus ideas fueron trasladadas a las colonias americanas del imperio inglés. En la Norte América preindependentista, encontramos antecedentes en los cuales los argumentos del *Chief Coke* se replicaron para preservar el *common law*, como una *higher law*.

Existe un consenso, en que el caso *Bonham* inspiró los argumentos del *Chief Marshall*, en el caso *Marbury vs Madison*. Este precedente, si bien por mucho no es el primero, es el más importante desde el punto de vista político, ya que logró consolidar el *judicial review* y la superioridad del texto constitucional norte americano, frente a las leyes que emanen del congreso. Con lo que podemos afirmar, que el *Rule of Law*¹³ que consagra la constitución, es una institución vinculante para todos los órganos constitucionales, y esa interpretación o manera de concebirlo, lo hace rígido ante otros textos normativos, a diferencia de cómo se entiende en el derecho continental, como a continuación examinaremos.

En el derecho continental, nos conseguimos a la Revolución Francesa como precursora de la materialización y consolidación, de lo que se entendió por dilatado tiempo, como Estado de derecho para los sistemas jurídicos continentales. Esta concepción, es un poco más débil de lo que el derecho Norte Americano concibió en ese momento y aun concibe.

Un expresión o interpretación decimonónica del Estado de derecho, que expone porque es entendido, en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánico, de forma menos robusta que en el anglosajón, la encontramos en los comentarios que hace Pablo Lucas Verdu, del autor polaco Ludwig Gumplowicz, quien interpretó que “*El Estado de Derecho es una ficción, porque el derecho no es capaz de dominar al Estado por la sencilla razón de que aquél es un producto de este último*”(Verdu, 1983).

¹³Gobierno de la ley. Usualmente traducido al castellano como Estado de Derecho.

Es comprensible que, para la doctrina de esa época, se menospreciara o no se le diera la preponderancia que al Estado de derecho se le otorga hoy día; ello se debía a que los parlamentos de ese momento, no se consideraban que estaban sujetos a la Constitución, ya que en ellos residía la soberanía absoluta otorgada por el pueblo, para producir las reglas que dan forma al Estado de derecho; o mejor dicho, el Estado de legalidad.

Esa característica de los parlamentos europeos continentales, e incluso del inglés, condujo a De Lolme a afirmar, sobre ese cuerpo legislativo que, era capaz de todo menos de convertir a un hombre en mujer, y por lo tanto, era el creador del Estado de derecho, que pronto se renombró como Estado de legalidad, debido a que los órganos del Estado solo debían obediencia a las leyes que producían los cuerpos legislativos, sin posibilidad de objetarlas.

No es, sino en el período de entre guerras, que la concepción del Estado de derecho comienza a cambiar. Ello se puede deber, en parte a la evolución del derecho administrativo, su judicialización y sometimiento a las leyes que, junto con la influencia de la primacía constitucional en Norte América, Hans Kelsen logra introducir en Europa, el inicio de la justicia constitucional específicamente del control concentrado, y el sometimiento del parlamento a la Constitución.

Después de todo esto se puede afirmar, que el Estado de Derecho; independientemente de cómo se haya interpretado, es un valor inmanente a la propia abstracción que es el Estado en la cultura occidental actual; en el sentido de que éste, conlleva un ideal que apunta a una *“funcionalidad del sistema estatal...que introduce dentro de él la normalización, la racionalidad y, por lo tanto la disminución de factores de incertidumbre”* (García-Pelayo, 2009, pág. 54); todo ello apalancado en, que las actuaciones derivadas de

los órganos que ejercen el poder, estén sustentadas y legitimadas en las leyes; es decir, *non voluntas, sed ratio facit legem*.¹⁴

Del Estado de legalidad al Estado constitucional de derecho

Como se ha podido observar, existieron dos tipos de interpretaciones del Estado de derecho; que difieren solo en la identificación de la fuente de la nomocracia. Para el derecho norteamericano, la fuente del *Rule of law* es la Constitución, en cambio para el derecho europeo –incluso en Inglaterra– la fuente del Estado de Derecho era la producción legislativa de los parlamentos, corriente que perduró hasta bien entrado el siglo XX. Ahora en lo que sí existió –y sigue existiendo– consenso en esas interpretaciones, es que la idea de dignidad y libertad conlleva a que la sumisión del hombre no puede ser a otro hombre, sino a una entidad abstracta e intemporal que es la ley, la cual es requisito para la cabal convivencia y orden social; además, que esos órganos que ejercen el poder debe estar revestido y emanados de normas, por lo tanto el poder y los órganos que lo ejercen, se somete al derecho. Todo esto surge como respuesta al Estado policía o Administrativo, que intentaba lograr la felicidad de sus súbditos a través de regulaciones e intervenciones en la vida privada de aquellos.

Esa segunda interpretación, que da origen a lo que se ha denominado Estado de legalidad, partía del supuesto de que en el parlamento reside la soberanía y por lo tanto el producto normativo de ese órgano, sometía al poder del resto de los órganos del Estado; a su vez, la vigencia material de esas leyes, era protegidas por los tribunales contenciosos administrativos, por lo que la existencia de esos tribunales, era condición fundamental para la

¹⁴ No mi voluntad, sino la de la ley

existencia de un Estado de Legalidad, ya que éstos tenían por finalidad la aplicación estricta de esas leyes.

En la práctica, el poder legislativo podía sancionar una ley con cualquier contenido, ya que se entendía que ésta era la expresión de la voluntad del pueblo, donde residía la soberanía y por lo tanto no estaba sometido a ningún parámetro de control. Esta interpretación ultrademocrática del ejercicio legislativo, dio pie al abuso de poder, que tuvo su máximo punto de despotismo, en el lamentable régimen Nacional Socialista en Alemania, y a las consecuencias ya hartas sabidas de la Segunda Guerra Mundial. Esa tragedia que representó la segunda gran guerra para todas las áreas de la vida humana, trajo a la reflexión de la academia europea, reconsiderar y mejorar las ideas que Hans Kelsen ya había plasmado en los años 20, e incluso llevarlas un paso más allá, debido que el sistema kelseniano estaba diseñada para controlar una Constitución procedimental y no una Constitución que contenga derechos, valores y principios.

En la actualidad, la mayoría de constituciones poseen una parte dogmática, que al igual que el resto del texto fundamental, es de carácter normativo; y debido a esa sujeción del Estado a la Constitución, es que no todas leyes constituyen derecho, sino que para ser consideradas como tal, deben cumplir *“con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en normas o principios que la ley no puede violar”* (García-Pelayo, 2009, pág. 53).

Es desde entonces, que la interpretación del Estado de Derecho ha evolucionado y homogenizado en la mayoría de los países occidentales, hasta el punto en que, no se le puede circunscribir al ámbito de la producción legislativa; es decir, que el Estado de derecho, ya no es más una construcción del poder legislativo, sino que tiene sus bases y racionalidad en una entidad superior, que es la Constitución, por lo que diversos autores

denominan al otrora Estado de derecho, como Estado constitucional de derecho.

En el caso venezolano, se puede afirmar que desde 1811, existe un precepto que sujeta a los órganos del poder público a la Constitución; en ese texto, el artículo 227 establecía su superioridad y aplicación “*religiosamente*” y “*sin pretexto*” por parte de todas las autoridades de la República. Esta disposición de la primera Constitución se ha trasladado a la vigente, en su artículo 7, que le otorga carácter de norma suprema y todos los órganos constitucionales, y las personas en general, están sometidas a sus disposiciones. Con lo cual podemos afirmar que Venezuela, está formalmente adherida a la corriente del Estado Constitucional de Derecho desde sus inicios como República; y para reforzar dicha superioridad de la Constitución se ha agregado en su texto un sistema de justicia constitucional que está llamado a desarrollar y conservar el Estado Constitucional de Derecho, como un órgano neutral-no activo, comparable en los regímenes monárquicos parlamentarios, con el rey o emperador, donde éste no está facultado para emitir opiniones políticas, sino a preservar la institucionalidad y el hilo constitucional en el juego político (García-Pelayo, 2014).

Principio de legalidad y su vinculación a la Sala Constitucional

Tanto del Estado de legalidad, como en el actual Estado constitucional, emana un principio básico, aplicable a todos los órganos del Estado; ese principio es el de legalidad, que en el caso de los órganos constitucionales, a éste podría llamarse como principio de constitucionalidad; consiste apriorísticamente, en que sus actuaciones deben estar legitimadas y otorgadas directamente por el texto constitucional, de lo contrario esas actuaciones, son consideradas como arbitrarias, nulas o inconstitucionales.

Como se adelantase en líneas anteriores, el principio de legalidad es consecuencia lógica del Estado constitucional de derecho, y se puede dividir en dos dimensiones, (i) siendo la primera, las competencias fundamentales del Estado, la cual consiste en limitar las atribuciones de éste en general; es decir, del Estado como un todo, donde se determina cuales son las actuaciones lícitas o un ámbito de acción de la totalidad del Estado; dejando así, abierto el espacio para la autodeterminación de los ciudadanos y la autorregulación de la sociedad (García-Pelayo, 1991). Por lo tanto queda el Estado, así como la totalidad de los órganos que lo componen, impedidos de actuar legítimamente, fuera de las competencias que la Constitución otorga al Estado. Y (ii) Por otro lado, la dimensión donde la Constitución diseña un sistema de competencias particularizado para cada órgano constitucional. Ahora ¿Por qué la Constitución establece competencias a cada órgano del Estado? Por un motivo práctico y otro racional.

El motivo práctico, que no es objeto de este subtítulo, es la división de las atribuciones del Estado, la cual consiste en que cada órgano desarrolle y perfeccione sus actividades naturales, para así lograr el cometido o fines que se propone el Estado, así como lograr un eficiente control constitucional sobre los órganos constitucionales.

El segundo motivo, que es la medula de éste inciso, consiste en otorgar una racionalidad a esa división de las competencias del Estado, establecer responsabilidades, regularidad de actuación de todos los órganos constitucionales e impulsar la eficiencia encausando esa actuación, así como su límite.

La teleología de este principio, consiste en preservar el equilibrio de poderes y proteger al ciudadano de la autoridad. Pero ¿cómo se compagina esto con el tan amplio poder de actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia?

Respuesta a esa cuestión, podemos encontrar al interpretar sistemáticamente la Constitución, para ello es necesario partir del artículo 7 CRBV, en el cual se expresan dos ideas fundamentales, como ya se ha adelantado; la primera consiste en que el texto constitucional, es un ente superior al de las leyes ordinarias y posee, todo su articulado, carácter normativo. La segunda es que la Constitución, es aplicable de forma directa y preferible por los órganos constitucionales, o dicho en palabras de la Constitución por parte de los “órganos del poder público”.

¿Y quienes conforman esos órganos del poder público? El artículo 136 de la CRBV establece que: *“El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”*.

Luego se observa como la CRBV, concretiza la abstracción que es el artículo 7, en el Art. 137 y expresamente señala: *“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.”* Este artículo, es la reafirmación de la atadura de los órganos del poder público a la Constitución y al Derecho.

Se observa, que la posición de la S.C., dentro del poder público es la de un elemento más del TSJ, como así lo indica el Art. 262. En el desarrollo del capítulo referente al TSJ señala el texto constitucional, que son atribuciones de ese máximo tribunal, *“Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución”*.

Remitido al título referido por el anterior artículo, se puede observar el primer asomo de la intención de restringir a unas facultades específicas, el poder de la S.C., y para concretar tal función de proteger el Estado constitucional de derecho, la Constitución dispone de un capítulo llamado “de la protección de la constitución”, el cual enarbola los métodos y

competencias por los cuales la jurisdicción, en su totalidad –en ejercicio del control difuso–, tendrá por norte la vigencia material del texto fundamental.

Respecto de la S.C., el Art. 334 señala que en ésta recae el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del resto del poder público en ejecución directa del texto constitucional; es decir, cuando los órganos constitucionales ejerzan las atribuciones que la Constitución les dispuso y ésta actuación sea objetada por ante la S.C.

Por último en ese título, la CRVB en su Art. 336, señala un generoso catálogo de atribuciones de la Sala Constitucional, en un último esfuerzo por definir el alcance de su poder, a través de una circunscripción de actuación de la S.C. a determinados supuestos; sin embargo, su último numeral señala que la A.N. puede otorgar más competencias a esa S.C. a través de la ley; y que además, puede esa misma Sala ejercer las demás atribuciones que la Constitución establezca. Pero ¿realmente se deja abierta la posibilidad de ampliar en cualquier sentido las atribuciones de la S.C.? *A priori*, la respuesta a esa cuestión debe ser negativa, ya que la Constitución construye un sistema tanto de derecho como uno político, sustentado en un equilibrio de poderes, que tiene por norte fomentar un ambiente donde la democracia – dimensión fáctica– pueda aflorar, y por ello mal puede otorgarse por vía legislativa o auto-atribuirse un poder exacerbado a la Sala Constitucional, que rompa con ese esquema, como se intenta exponer aguas abajo.

Lo que parece evidente al interpretar la Constitución y su teleología, no lo es para la S.C., ya que a lo largo de su desarrollo e incluso desde sus inicios, ha aumentado sus competencias y poderes a un punto tal que se puede afirmar que concentra prácticamente para sí, el poder absoluto. Resulta imperioso traer a análisis las decisiones 1077 del 22 de septiembre de 2000 (caso Servio Tulio León) y la N° 1049 de la S.C. del 23 de julio de 2009 (caso Ley de Protección al Consumidor), en la que respecto de la división de poderes esa Sala interpretó:

En el Caso Servio Tulio León, se le planteó para ese momento nueva S.C. un “recurso” de interpretación de la constitución la cual no está prevista en el capítulo que regula las competencias de la Sala, y para dar respuesta ello, la S.C. considero que:

Para determinar tal situación, de lo cual trata este caso, la Sala debe analizar si hay acción en ese sentido, ya que la misma no está prevenida en particular por el ordenamiento jurídico, pero tampoco prohibida. Lo que la Constitución contempla es una acción para que se interprete la ley, acción que el numeral 6 del artículo 266 de la vigente Constitución llama recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley, lo que podría ser interpretado en el sentido que el “recurso” se refiere a lo legal y no a lo constitucional.

El recurso de interpretación de las normas y principios constitucionales, no se encuentra regulado en forma especial ni en la vigente Constitución ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá ser definido su procedimiento. Sin embargo, considera la Sala que dentro de la facultad interpretativa con carácter vinculante, que le otorga el artículo 335 de la vigente Constitución, y por las razones antes expuestas, puede asumir la interpretación, no solo en los procesos contenciosos que decida, sino también mediante este especial “Recurso de Interpretación”. (Caso Servio Tulio León, 2000) (Subrayado y resaltado de quien suscribe).

Con esa interpretación *contra legem* la S.C. desconoció abiertamente su sometimiento al texto constitucional como marco regulatorio del ejercicio de su potestad jurisdiccional, sin tomar en cuenta las consecuencias que para el sistema jurídico constitucional acarrea ese tipo de interpretación.

Esta interpretación que pretende desconocer el Estado Constitucional de Derecho es reiterado en la decisión 1049/09 cuando la S.C. afirma que:

La Constitución, sin duda, distribuye tareas, atribuye potestades, distingue entre un Poder de otro, pero no establece para todos los casos que ciertos tipos de potestades sólo pueden ser ejercidas por un

Poder en particular. La división de Poderes en tanto supone independencia de Poderes cumple una función político-constitucional relevante, particularmente cuando de lo que se trata es de la autonomía del Poder Judicial. El Poder Judicial debe ser un árbitro independiente e imparcial. Pero ello no significa que sea el único árbitro. La Sala Constitucional tiene la potestad de interpretar la Constitución; pero ello no significa que sea su único intérprete. El Poder Legislativo tiene la potestad de dictar actos normativos con forma de Ley; pero no es el único órgano que produce actos normativos. ¿Por qué habría de ser la potestad de dirimir controversias exclusivas de un Poder en particular? Si bien han de haber ámbitos de las relaciones sociales en los cuales debe establecerse dicha exclusividad, ella no podría predicarse de todos los campos del quehacer social. Corresponderá en todo caso al Legislador determinar en cuáles circunstancias y en qué medida dicha potestad será exclusiva del Poder Judicial y en cuáles otros y en qué medida dicha potestad será ejercida por cualesquiera otro Poder Público, siempre atendiendo a las exigencias de los derechos fundamentales. (Caso Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, 2009) (Subrayado nuestro).

Se piensa que esas interpretaciones que pretenden desconocer todo el Estado de derecho, se deben a que, es insuficiente para poder examinar con mayor exactitud, la vinculación de la S.C. al “principio de constitucionalidad” otrora de legalidad, los argumentos de sometimiento de los órganos del poder público a la Constitución y el derecho, así como la exégesis sistemática del texto fundamental, en virtud de que la Constitución es un texto indeterminado en la mayoría de sus partes –dimensión lingüística–.

En tal sentido, es menester precisar y llenar de contenido tanto los argumentos sobre la vinculación positiva –*quae non permissa, prohibita intelliguntur*– de las competencias de la S.C.; así como la interpretación que se le ha dado al texto constitucional, a través de la teleología que el sistema constitucional plantea tanto en una dimensión jurídica, como política.

En primer término, ¿el argumento “los órganos del poder público no pueden actuar fuera de lo que expresamente está previsto en el texto constitucional” se sustenta por sí sólo? La respuesta es necesariamente no.

En muchas, ocasiones a través de interpretaciones de la CRBV, se puede ajustar ciertas situaciones fácticas, que pueden en un principio pensarse que están fuera del alcance de la Sala, empero, a través de la argumentación puede encajar dichas situaciones en los parámetros de competencias de la S.C. y por ello, pierde su sustento el argumento antes objetado, si se lo estudia por sí solo; es por ello que ha de profundizarse en él. Para esa labor, es necesario analizar el texto constitucional, como un sistema de valores, principios y reglas que apuntan un fin determinado: proteger al ciudadano del poder irracional y encauzar las reglas generales de la democracia, para garantizar el cabal cumplimiento y protección de sus derechos.

Sin embargo, ese argumento bajo estudio recoge la esencia de principio de la legalidad; como se ha expuesto, éste busca encausar la actividad del Estado evitando que dos entes de la administración pública realicen la misma actividad, con consecuencias de contradicciones entre los órganos que pueden desestabilizar el ejercicio regular del poder e incluso una merma importante en la gobernabilidad. Además, refleja una idea fundamental del liberalismo del siglo XIX, la cual consiste en que ante el poder, se debe desconfiar y por tanto limitarlo, y donde el derecho o la Constitución, no lo ha autorizado a actuar debe abstenerse de ejercer poder.

Otra de las ideas implícitas del argumento bajo estudio, es la del equilibrio político y de estructura de poder que la Constitución ha establecido, que además está estrechamente relacionado a la separación de poderes. En tal sentido, es necesario echar mano de las doctrinas que han surgido, principalmente, en Norte América. Las cuales tienen como eje, dos comportamientos de la actividad jurisdiccional de los jueces de la Corte Suprema, las cuales son el Activismo y la Autolimitación¹⁵.

¹⁵ Activism and Self Restraint

La primera, consiste en una exacerbación e intromisión constante, por parte del órgano jurisdiccional en algunas competencias del resto de las ramas del poder público, al interpretar en extenso la Constitución, para así ordenar al resto del poder público realizar determinada acción u omisión, generalmente por medio de interpretaciones que buscan legitimar su actuación, en la protección de derechos humanos, cuestión que analizaremos en el capítulo correspondiente.

Por el contrario, la doctrina del *Self Restraint* procura evitar la sobre actuación de los tribunales con competencia de control constitucional, racionalizar ese activismo, evitar la intromisión en competencias naturales del resto de los órganos del poder público; para así evitar que los tribunales encargados de realizar interpretaciones sobre la Constitución, que inevitablemente no puede ser sustraída en absoluto de la política, se conviertan en un ente donde se judicialice la política y en consecuencia se convierta en una herramienta –de conveniencia y revancha– de las minorías y mayorías de las fuerzas políticas.

¿Por qué debe el juez debe considerar auto-limitar sus poderes? Es de advertir, que este cuestionamiento y respuesta no debe interpretarse como una condena o rechazo al activismo judicial, el cual abordaremos en el capítulo correspondiente a los Derechos Humanos y la Justicia Constitucional. En tal sentido, es menester reiterar que la función del juez constitucional es preservar el sistema jurídico y democrático que el momento constituyente plasmó en el texto constitucional. Por ello un desmedido activismo puede destruir ese sistema que la Constitución recoge, principalmente cuando un Tribunal Constitucional o Sala, irrumpe en las competencias esenciales de otros órganos del poder público, desnaturalizando así su función que es juzgar sobre los conflictos entre las leyes y la Constitución.

La desconstitucionalización del sistema de justicia constitucional venezolano

Se ha desarrollado en la doctrina, el concepto de desconstitucionalización del Estado en general, que en el caso venezolano, se pueden verificar en todas las áreas de la organización estatal, muchas de las características que los autores han señalado como manifestación de la pérdida del constitucionalismo; ese grave quebranto de las bases de legalidad del Estado venezolano, se hace más patente cuando se analiza tanto el desarrollo jurisprudencial como legislativo, de nuestro sistema de justicia constitucional, como de seguidas se observará.

Pero ¿qué quiere decir desconstitucionalización? A groso modo, consiste en la sistemática pérdida de la vigencia del texto constitucional; que por lo general, se observa por: *“múltiples variantes, como dar a las palabras de la constitución un significado absurdo o rebuscado, interpretar un artículo de ella desconectándolo de los restantes, practicar analogías improcedentes, desplegar un razonamiento incongruente, inventar excepciones que la constitución no prevé, subestimar unas cláusulas y exagerar el valor de otras, tergiversarlas, pervertir y desnaturalizar el contenido de ciertos derechos”* (Sagüés, 2010).

Nuestro sistema de justicia constitucional, ha sufrido una desconstitucionalización debido a que la propia S.C. ha torpedeado su propia naturaleza de órgano jurisdiccional, a través de la interpretación de los artículos 334 y 335 de la CRBV; luego todos esos criterios fueron trasladados a la ley que provisionalmente regula esa materia; la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Uno de los principales descalabros que ha sufrido el sistema constitucional, y en especial la justicia constitucional venezolana, se puede observar en la LOTSJ, en la que el legislador, pierde de vista la naturaleza,

posición y teleología de la S.C., otorgándole (i) una jerarquía mayor a la S.C. sobre el resto de las sala, que en definitiva, la coloca por encima del TSJ; (ii) legitima el recurso de interpretación sobre cualquier materia y decisión de los tribunales del país; y, (iii) convalida la invención inconstitucional de la S.C. llamada jurisdicción normativa

Todo ello, se hace patente al observar el texto del artículo 25 de la LOTSJ, en específico los numerales 10,11, 12 y 17. En los primeros, se habilita a la S.C. para revisar las sentencias del resto de los tribunales de la República y las demás Salas del TSJ, y el último permite a la Sala interpretar el texto constitucional en abstracto, sin caso concreto.

Condescender que la S.C. revise las sentencias del resto de los tribunales, conlleva a que esa Sala pueda interpretar el derecho ordinario, lo cual ya se ha analizado, y se observó que constituye una ruptura del principio de separación de poderes, además de que dicha superioridad no existe en el texto constitucional, que arrebató la posibilidad de interpretar la Constitución, según la especialidad de las materias del resto de salas del TSJ, y las circunstancias que los casos concretos planteen según las materias sobre la cual juzgan el resto de las salas del máximo tribunal.

Más grave aún, es la interpretación abstracta del texto constitucional, por medio del “recurso de interpretación constitucional”. En el sentido de que puede así, la S.C. imponerle una interpretación determinada al legislador ordinario, con graves consecuencias para el sistema político que la Constitución formula –la democracia–, en resumidas cuentas, habilita dicha ley a la S.C. crear normas generales de forma pretoriana y a entender de la Sala vinculante para todos los órganos del poder público; desconociendo que todos los órganos y ciudadanos son intérpretes del texto constitucional, y que la función de esa S.C. es la de poner punto final a la controversia constitucional planteado, solución que solo tiene efectos en dicha

controversia, y en el resto de litigios si puede considerarse por el foro, como precedente vinculante.

A esto, ha de sumarse la interpretación que la S.C. ha dado del artículo 32 de la LOTSJ, el cual (i) otorga la acción popular y; (ii) se refiere al principio dispositivo en materia de justicia constitucional, en los siguientes términos: *“no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público”*. De ese enunciado normativo, entendió la S.C. que está habilitada para anular textos legales de oficio sin que les haya sido solicitado por quien impugna la ley; es decir, juzgar partes de leyes que no se han objetado.

Ahora, ¿Qué tiene que ver el principio dispositivo con el de legalidad o constitucionalidad? Y ¿Cuál sería el sentido verdadero de ese artículo 32 de la LOTSJ? En primer término, la relación principio de legalidad-dispositivo, es la de continente a contenido, en el sentido de que el principio de legalidad otorga la naturaleza a cada órgano del poder público, en el caso de la S.C. le otorga la de un órgano jurisdiccional. En consecuencia, es inherente a esos órganos regirse por el principio dispositivo. No puede existir un tribunal que actúe de oficio –con excepción de los penales–; en el sentido de que son órganos de auxilio a las irregularidades que no son toleradas por las personas sometidas a su jurisdicción; mal puede cuestionar, sin que se haya acudido a su facultad de dirimir controversias. Es el caso, que la tolerancia por parte de la ciudadanía de alguna circunstancia, que puede ser en teoría contraria a derecho o al texto constitucional, no debe ser anulada de oficio por la S.C. ¿quiénes son los tribunales de cualquier naturaleza para fiscalizar a los ciudadanos de oficio? En tal sentido, la Constitución cuando sistemáticamente divide las atribuciones y función de cada órgano del poder público, le otorga su esencia, y por lo tanto los principios que rige en esa naturaleza; que en el caso de la jurisdicción constitucional, uno de sus

principales axiomas es el principio dispositivo; el cual se puede conseguir conceptualizado en el Código Procesal Civil en el artículo 12 que establece: [El juez] *“debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados o probados”*.

Por otra parte, el sentido verdadero de tal principio, en la justicia constitucional, es una invitación al “activismo racional” de los jueces para proteger los derechos fundamentales –y solo éstos–, evitando las rigurosas valoraciones en las técnicas argumentativas o de impugnación, propias de otros tribunales, como por ejemplo, los de casación, en los cuales se desechan los recursos por no poseer características de formalización para cada caso particular. Esa flexibilidad, opera sobre todo en la acción popular, que posee carácter democrático, al poderla ejercer cualquier persona, otorgando voz a quien no ha participado directamente en la formación de la ley; cabe destacar que “la voz” que da la acción popular, es solo para formular objeciones jurídicas y no políticas. Por lo tanto, el juez constitucional, debetener por norte preservar la constitución y los derechos, evitando las formalidades de impugnación de normas constitucionales, si son observadas al momento de la impugnación de una ley o al intentar un amparo.

Pero tal flexibilización, no quiere decir que los jueces no están atados a lo que las partes le han planteado, todo lo contrario, en los juicios de control constitucional el eje principal son los argumentos de los impugnantes, el juicio gravita sobre eso y nada más; es decir, que la decisión del tribunal debe observar y circunscribirse a los alegatos y pruebas –en el caso que las haya– realizados por las partes y en especial a la pretensión de éstos.

Además que, los efectos de las sentencia solo producen cosa juzgada sobre los argumentos planteados y no sobre el objeto o finalidad de la ley o de la parte de la ley objetada. Esto es fundamental para preservar la libre

configuración y apreciación del legislador que ya se ha explicado, es pieza fundamental de la democracia. Ahora si se observase una deficiencia en el escrito de quien plantea la objeción a determinado texto, el juez ha de observar si hay posibles violaciones a los derechos humanos y actuar para corregir esa circunstancia, sin dar mayor peso a los defectos de forma que puedan existir o si el juez constitucional observa que la violación no es al derecho solicitado sino otro, éste deberá de igual forma declarar la violación y tomar las medidas correctivas.

Para concluir, el Poder Constituyente otorgó rango normativo a todo el texto constitucional, el cual a su vez es fundamento de la actuación de los órganos que ella ha constituido para ejercer la política, la administración de justicia y materialización de los fines del Estado; y para ello, éstos han de convivir en simbiosis. La no observancia de sus facultades naturales, por cualquier órgano constitucional, conlleva a una ruptura de ese equilibrio fundamental que ha de existir, lo cual puede llevar a una destrucción del ordenamiento jurídico-constitucional, o a lo que la doctrina ha llamado una desconstitucionalización del Estado (Sagüés, 2010). Y más específicamente en el caso de la S.C., ésta no puede desconocer sus competencias otorgadas expresamente por el texto constitucional ya que estaría aboliendo el texto constitucional que es su base, y con ello se anularía a sí misma.

Justicia Constitucional y Derechos Humanos

Antecedentes y Evolución

Los Derechos Humanos tienen un incipiente comienzo en la antigua Grecia y Roma, esas civilizaciones antiguas consideraban que existían máximas naturales, los cuales hallaban su fuente en una suerte de imperativo natural, que es lo que se conoce en el positivismo –en el sentido empírico de la palabra y no jurídico– como “leyes”; se afirmaba que esas leyes eran inexorables y que emanaban del orden natural de las cosas, que rigen la conducta de la sociedad de la época y por lo tanto se encontraban condenados a ellas.

Varios siglos después en Inglaterra, bajo el reinado de Juan “sin tierras” en el año de 1215 D.C. surge un documento conocido como *Carta Magna Libertatum*, la cual tuvo por objeto restringir el poder arbitrario de ese monarca, a través de acuerdos políticos y una tímida “declaraciones de derechos”, en su mayoría redactados como imperativos al rey, donde se le señalan cuando sus actuaciones devienen en ilegítimas y por ende serían desconocidas por los súbditos.

Poco siglos más tarde, de nuevo en Inglaterra, se le impone al nuevo monarca el *Bill of Rights* en el año de 1689, documento que constituye el antecedente más inmediato y propio de las declaraciones de derechos, tal como hoy día se conocen. Al igual que los Griegos y Romanos, Hobbes y Locke acogieron la idea de las leyes naturales, solo que esta vez se les concibe como derechos naturales, en este caso, esos derechos devienen del estado de naturaleza en el cual vivía y cargada en buena medida de teología, esos derechos son cedidos por el hombre para conformar al Estado. En gran medida las ideas de Locke fueron acogidas en ese documento, que al igual que el anterior tiene por finalidad restringir el poder del rey y subordinarlo al

parlamento así como a los derechos naturales del hombre, que si bien había renunciado a parte de ellos para construir un Estado que pueda protegerlo, esa estructura política debía garantizarlos de igual manera, la cuota a la cual no había renunciado totalmente.

Hasta este punto de la historia, domina la interpretación teológica o si se quiere exotérica de los derechos, ya que a consideración de los pensadores de la época éstos provienen de una entidad metafísica superior al hombre y por lo tanto esos derechos son de carácter inalienables; esto se debe a que para ese momento histórico de la cultura occidental, dominaba la corriente en la cual el poder devenía de Dios y los monarcas le respondían a él y no al “pueblo”; es por ello que los filósofos de la época buscaron apoyo en teorías teológica de los derechos para poder construir argumentos que pudieran contrarrestaren el mismo plano de la teoría del origen divino del poder.

Con el estallido de las Revoluciones liberales de América y Francia, se producen lo que propiamente se conoce como declaraciones de derechos, como su nombre así lo indica son meras declaraciones que para ese momento no poseen carácter normativo, e incluso no formaban parte del texto que para época se consideraba como la Constitución de esos países; sin embargo, ya se ha matizado la teoría teológica y comienza a tomar fuerza la tesis de que los sujetos de derechos son los ciudadanos por el simple hecho de serlos. Venezuela hace lo propio y declara los Derechos del Pueblo en 1811, junto con la Constitución Federal.

A mediados del siglo XX, se da fin a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, el mundo intenta consolidar mecanismos para que esas tragedias no ocurran de nuevo, y es por ello que en buena parte de Europa, los textos fundamentales de las diversas naciones comienzan a incluir derechos, los cuales tiene como fundamento la dignidad deontológica del ser humano; es decir, los derechos se adquieren por el simple hecho de ser

humano, se da prioridad al hombre y no a la obra de éste. Los DDHH se transforman en imperativos categóricos para los Estados, que además tienen gracias a la dignidad deontológica una carga moral considerable. Y una vez consolidada toda esta corriente de pensamiento, se logra un acuerdo de carácter multinacional, llamado Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1945.

Paralelo a todos estos acontecimientos, comenzaron a surgir corrientes de pensamientos neomarxistas, que intentan dar fundamento filosófico a lo que hoy conocemos como Estado social. En lo que respecta a los derechos fundamentales, esa corriente de pensamiento sostiene que hay necesidades materiales que el Estado debe proveer para que las personas puedan ejercer el resto de los derechos como la libertad, entre otros; y por lo tanto esas necesidades –a criterio de éstos teóricos– poseen rango de DDFF.

En este estadio de la historia, la mayoría de los países de Europa y occidente, incorporan tribunales que tienen por objeto salvaguardar el Estado Constitucional de Derecho. Pero ese modelo de justicia constitucional ya no es simplemente el de legislador negativo concebido por Kelsen, este control jurisdiccional ha evolucionado junto con los textos constitucionales, en los cuales se han incluido derechos fundamentales con carga moral y otros material. Con estos cambios sustanciales, los tribunales constitucionales se ven obligados no solo a constatar si los actos legislativos son conforme con los procedimientos legislativos de formación de leyes o si ese producto normativo ha transgredido o anulado competencias de los órganos constitucionales; sino que ahora, además deben analizar si las leyes son compatibles con los derechos humanos. Ello conlleva una delicada labor, por parte de esos órganos jurisdiccionales, que hacer pensar si hoy día se le ha entregado a un órgano un poder excesivo, que rompe con la tradición de estructuras y competencias del Estado.

A modo de precisión conceptual

El desarrollo histórico, político e incluso ideológico de los derechos humanos ha hecho que estos devengan, en su mayoría, en conceptos esencialmente controvertidos; es decir, poseen tantas interpretaciones que no existe consenso en cuál es su contenido específico. Ferrer Comella, apoyado en Jeremy Waldron¹⁶, señala tres características para que un concepto devenga en controversial: (i) La disputa sobre el significado de una palabra no ocurre en casos aislados, sino que tiene cabida en los casos centrales o paradigmáticos; incluso es discutido cuales casos son esos “casos relevantes”; (ii) La polémica hace parte del concepto; y, (iii) Que ese debate que gravita sobre el concepto sirva para su desarrollo y evolución. (Ferrer Comella, 2012, pág. 28).

Sobre los DDHH existen diversas interpretaciones como por ejemplo: la interpretación liberal de los DDHH, la teoría sociológica, las teorías del Estado social, la teoría democrática-funcional, la exegesis historicista y la teoría axiológica. Todas ellas hacen lo propio e intentan aportar a esta rama del derecho, y con sus propios métodos intentan dar soluciones definitivas al debate.

Ese escenario es observado por Robert Alexy, quien trata de abstraer los Derechos Fundamentales de todas esas interpretaciones y realizar un análisis de estos, desde los métodos jurídicos, para así crear una especie de teoría general de los DDHH –en lo que respecta, al menos, a la Ley Fundamental alemana–, y para esa tarea, a criterio de Alexy, es necesaria la claridad conceptual, sobre que significan los DDFF, ya que al superar toda controversia conceptual se logra la racionalidad que debe poseer toda “ciencia”(Alexy, 2002, págs. 39-46) y se puede sustraer en mayor medida los

¹⁶ Waldron, J. (1994). Vagueness in Law and Languages: Some Philosophical Issues. *California LawReview*, pp. 40-526.

DDHH de la retórica política, para así estudiarlos en el plano del derecho, y poder medir su impacto en las diversas áreas del derecho.

Para lograr la claridad conceptual, propone Alexy, estudiar los derechos fundamentales, primero desde una dimensión analítica, la cual tiene por norte estudiar *“la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (concepto de norma o derecho subjetivo), pasando por la construcción jurídica, hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (la irradiación de los derechos fundamentales en el sistema jurídico) y la fundamentación sobre la base de Derechos Fundamentales(argumentación y ponderación)”* (Alexy, 2002, pág. 30), dimensión que advierte el autor, no nos brinda una solución completa al problema; y por ello plantea una teoría estructural-integral de los DDHH, la cual debe ser la combinación de las dimensiones analítica, empírica y normativa.

Consiste la dimensión empírica de Alexy, en el estudio del derecho en la praxis judicial y la eficacia del derecho legislado y judicial. La última dimensión, “normativa” es la que trata de orientar y criticar la praxis judicial, con miras a su perfeccionamiento. La conjunción de esas tres dimensiones analítica-empírica-normativa constituye, para el autor comentado, la dogmática jurídica, la cual debe apuntar a formar la teoría estructural-integral que antes se mencionase.

El autor, comienza a construir su teoría estructural-integral de los derechos fundamentales, con la definición de norma en *lato sensu*, para ello se distingue lo que es un enunciado normativo y lo que es la norma; en tal sentido el enunciado es la proposición que hace el texto legal, y la norma es pues el significado deóntico de un enunciado normativo. En palabras de Alexy: *“lo que hay que identificar es una entidad semántica, es decir, un*

contenido significado que incluye una modalidad deóntica(Alexy, 2002, pág. 53)".

Pero ¿Por qué es necesario hacer esa distinción entre enunciado normativo y norma de derecho fundamental? Pues se puede observar, que resulta menester hacer esa distinción, por tres razones que tienen implicación sustancial en lo que se ha de entender por DDHH o fundamentales, las cuales son: (i) que no de todos los enunciados normativos se puede extraer proposiciones deónticas. La diferencia reside en que los enunciados normativos se refieran a que "algo es un caso", en cambio los enunciados deónticos o normativos, ordenan, prohíben o permiten algo; (ii) De la "norma" se puede extraer cuando se está en presencia de un derecho humano y cuando no; y, (iii) para poder determinar cuando en una disposición normativa, se está en presencia de un derecho humano adscrito; estos son los que no están contempladas directamente en la Constitución, pero para hacerla valer es necesaria una argumentación "correcta" y sistemática del texto fundamental.

Es por estas características de los derechos establecidos en la Constitución, que el autor comentado descarta la conceptualización de los DDFF como simples derechos subjetivos, por considerar que no es presupuesto suficiente para explicar la teoría estructural-integral, ya que de ser absoluta esta concepción, lo que se entienda por derechos fundamentales, depende de que éstos estén previstos expresamente en el texto constitucional; con lo que se limita la posibilidad de los derechos fundamentales adscritos a otros, producto de la argumentación.

En consecuencia, para nuestro autor, la teoría estructural-integral es aquella que considera a las normas de derechos humanos como "*todas aquellas*[Disposiciones normativas] *con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta*"(Alexy, 2002, pág. 73)—añadido de quien suscribe—, esto quiere decir, que los DDFF son conceptos semánticos,

que obtienen su contenido o forma racional a través de una argumentación coherente, que orbita alrededor de las normas de derecho fundamental positivadas, las cuales sirven incluso para hacer valer las normas de derecho fundamental adscritas.

Pero ese concepto que *a priori*, pareciera no decir nada, cobra sentido cuando el autor plantea la estructura de los DDHH como principios y no como reglas. Para precisar esa diferencia es necesario comprender que tanto los principios como las reglas son normas, toda vez que ambos dicen “que debe ser”; si bien tanto principios como reglas son normas su principal diferencia es cualitativa y no gradual, como a continuación se observará.

En la mayoría de la doctrina se aprecia, que la distinción entre principios y reglas son los grados de abstracción y especificidad; en el sentido de que los principios poseen un mayor grado de generalidad, mientras que las reglas son más específicas; pero para Alexy, esa distinción no es suficiente para delimitar los principios de las reglas. Para el autor Los principios son “*mandatos de optimización que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”; y que las reglas son normas que han de ser cumplidas inexorablemente, en tal sentido éstas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo factico y jurídicamente posible.(Alexy, 2002, pág. 86). Por lo tanto, para el autor las diferencias entre esos tipos de norma son cualitativas.

Hecha esa distinción cualitativa en el ámbito abstracto, se hace necesario llevarlo al plano un poco más empírico del asunto, para que así cobre mayor sentido el concepto semántico de los DDHH. Para tal fin el autor comentado, plantea las diferencias que ocurren cuando una regla entra en conflicto con otra; así como, cuando los principios colisionan.

Como se ha señalado, las reglas son de obligatorio cumplimiento, por lo tanto cuando estas colisionan solo existen tres soluciones posibles para

ese conflicto. La primera solución se da en el plano legislativo, consiste pues en introducir una norma nueva o una excepción a la norma ya establecida. La otra solución se da en plano de la validez de la regla; es decir, se hace necesario examinar la legitimidad de la regla, y su inevitable desaparición del ordenamiento jurídico, debido a que no pueden existir dos reglas igualmente aplicables a un mismo caso. La tercera solución es la que dan las máximas: la ley especial aplica preferentemente a la general y la de la ley posterior deroga la anterior (Alexy, 2002, págs. 88-89), por lo tanto es un resultado inflexible y poco conveniente en la dimensión de los derechos.

En cambio, cuando los principios entran en conflicto, no se puede dar las soluciones que se han señalado para las reglas. Los principios no se pueden invalidar ya que forman parte de un texto válido como lo es la Constitución o un Tratado aprobado. Por lo general son promulgados en un mismo cuerpo normativo, con lo cual no se pueden aplicar las máximas de especificidad y temporalidad. No pueden crearse excepciones de aplicación a los principios, ya que sería materialmente imposible por la multiplicidad de supuestos que debe abarcar. En ese estadio, Alexy plantea la ponderación de los principios, esto quiere decir, que en determinadas circunstancias los principios deben ceder ante otros y ello no significa la anulación de ellos ni la inclusión de excepciones; esto ocurre porque en determinados casos un principio puede poseer mayor “peso” que otro y viceversa; es por ello que como bien apunta el autor comentado, la colisión de principios se da en el plano del peso y no en el de la validez.

Ahora bien, pero ¿cómo influye todo esto en la concepción semántica de los derechos humanos y en el intento de conceptualizarlos como tales? Antes de responder esta cuestión, es necesario reiterar que para Robert Alexy, los DDF son todas aquellas disposiciones normativas sobre las cuales se puede argumentar correctamente en el plano de los derechos fundamentales, y por lo tanto son el producto de la argumentación y la

precisión de esos razonamientos para encontrar esas normas. En el plano de la colisión de los principios es más patente que los DDFF son conceptos semánticos, ya que en esa dimensión intervienen –obviamente– los principios en conflicto y las circunstancias de hecho que los llevan al conflicto, la ponderación que los órganos jurisdiccionales den a esa circunstancia que coloca en tensión a esos de derechos, constituirá un derecho fundamental. En el sentido de que: *“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituye el supuesto de hecho de una regla, que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*(Alexy, 2002, pág. 94)

Con esto se fundamente la existencia de derechos adscritos, y se descarta que los DDHH sean simples derechos subjetivos-positivos, ya que de la argumentación y ponderación de derechos se construyen nuevas normas de derecho fundamental. Es importante resaltar de esta teoría, que entre los “mandatos de optimización” no existe relación de precedencia absoluta; es decir, la precedencia dependerá de las circunstancias que ocasionan la tensión, y serán éstas y solo éstas, las que le otorguen el peso a los principios en ese caso en particular.

Vista esta posición doctrinaria, pudiera argumentarse desde un punto de vista fundamentalista de los derechos humanos, que su aplicación como principios relativiza el cumplimiento de los derechos y por lo tanto es el órgano jurisdiccional quien decide cuando las personas tienen derecho y cuando no, dejando abierto el campo de arbitrariedad del juez. Y más aun en el caso de nuestra S.C. quien ha expresamente acogido el criterio de los derechos como principios en el fallo 1049 del año 2009 ya citado, el cual expresamente señaló:

“Siendo así, el argumento esgrimido por los solicitantes, según el cual el derecho fundamental a la libertad económica o de libre empresa sólo

puede ser restringido por razones de interés general, no luce correcto. Ni por lo que se refiere a la restricción, ni por lo que atañe al interés general. **El derecho bajo examen es, se insiste, un principio. La norma no establece los modos en que tal derecho será satisfecho. Supone que deberá ser combinado con otros derechos también estimables.** Por lo tanto, su naturaleza es la de ser aplicado junto con otros, y en tal sentido, **siempre estará sujeto a ponderación.** Es decir, será susceptible de una aplicación gradual en más o en menos. Por tanto, **será el caso concreto el que dirá cuáles elementos habrán de ser tomados en cuenta, y de ello resultarán normas como producto de una actividad combinatoria de derechos.** (Caso Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, 2009) (Resaltado y subrayado de quien suscribe).

Siendo la decisión antes transcrita, producto de la impugnación de una ley, se abordará la problemática de considerar los derechos como principios, desde el punto de vista de las facultades de la S.C. para anular leyes que violen los DDHH y la influencia del principio pro legislatore sobre ese tipo de procedimiento constitucional, así como las implicaciones que conlleva (i) la irradiación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de carácter legal; y, (ii) cual es la teleología que se consideren los derechos como principios, que como ya se ha observado son “mandatos de optimización”.

La Protección de Derechos Humanos en el Control Concentrado

Nuestra Constitución, coloca como valor superior del ordenamiento jurídico –entre otros tantos–, “*la preeminencia de los derechos humanos*” – Art. 2 CRVB–. En ese mismo sentido, el artículo 3 del texto constitucional, el cual merece la pena transcribir íntegro, establece:

*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, **la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la***

garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines. (Resaltado del autor).

A esa proposición normativa, vale la pena añadirle que el cumplimiento de los derechos, no se limita a solo los consagrados en la Constitución, sino que deben garantizarse además, los derechos no enunciados expresamente e inherentes al ser humano, así como los que recogen los tratados sobre derechos humanos celebrados y ratificados por la República, tal como lo consagran los artículos 22 y 23 de la Constitución.

En este estadio, resulta imperioso intentar dar forma sustancial a tan amplias proposiciones normativas, que como se ha señalado en reiteradas oportunidades, son de obligatoria observancia y de aplicación preferente por los órganos constitucionales del Estado venezolano. Lo que la Constitución ordena al elevar como valor superior del ordenamiento jurídico “la preeminencia de los derechos” y como fines esenciales del Estado el cumplimiento y garantía de los derechos, es que en primer término, la actuación de todos los órganos estatales, tenga como fin –sea directa o indirectamente– el mayor ejercicio de los derechos humanos, además constituyen un parámetro de interpretación constitucional, esto compone lo que en la doctrina se ha denominado la “irradiación” de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

Visto esto así, los DDHH constituyen un marco jurídico-moral donde todo el Estado está legitimado o ilegitimado para actuar, es por ello que Robert Alexy señala que los derechos entendidos como principios son mandatos de optimización, los cuales ordenan que “algo” –los derechos– se cumplan lo máximo posible, dentro de las realidades jurídicas y fácticas. A esta realidad no escapa la S.C. de nuestro máximo tribunal, ya que ésta haya

su mayor legitimidad de actuación, cuanto mejor defiende y desarrolla jurisprudencialmente los derechos de las personas; muchos autores al respecto de esta circunstancia, establecen que la única legitimidad que poseen los tribunales constitucionales, es la que deriva de la correcta construcción jurisprudencial de los DDFF, y que las teorías como la legitimidad en segundo grado otorgada por el parlamento o de legitimidad obtenida de la Constitución, son contrarias a la propia naturaleza del Estado, por ello que sostiene esa fracción de la doctrina, que la legitimidad de esos órganos jurisdiccionales se construye junto con la vigencia material de todos los derechos consagrados expresamente o no en la Constitución y tratados internacionales; y que su carácter contra mayoritario se resalta cuando su desempeño es pobre en esa labor.

A lo largo de este trabajo de investigación, se ha podido observar que la Constitución es una norma jurídica, que contempla un “marco” jurídico, en el cual se debe desarrollar la política dentro de los principios de libertad y democracia; así como un catalogo de derechos de los ciudadanos, que tiene como finalidad protegerlo de las arbitrariedades y abusos del Estado en ejercicio de todas sus funciones, derechos que como han de ser cumplidos preeminente e inexorablemente por el Estado, son indisponibles para la política y la democracia, entonces en el campo de la política adquieren un carácter de “derechos de minorías”.

Ante esta realidad jurídica-política, se debe observar el papel que ha de desempeñar la S.C. y como ha de actuar ante las inevitables tensiones entre democracia y constitución. Para ello es necesario volver ante un axioma que se ha observado en líneas anteriores de esta investigación, como lo es la presunción de constitucionalidad de las leyes.

La presunción de constitucionalidad de las leyes, es un axioma que resulta de la legitimidad democrática que le es inherente a la Asamblea Nacional. Pero tal presunción no goza de un carácter absoluto; es decir, *jure*

et de jure, sino que por el contrario es una presunción *juris tantum sui generis*; es por ello que, esta presunción posee grados e inversiones de las cargas argumentativas en su aplicación, según la materia que las leyes estén tratando; por ejemplo, si la ley objetada trata en su contenido una materia de altísimo contenido técnico, como lo es la ley de presupuesto o la planificación fiscal, lo natural sería que en caso de dudas se declare la constitucionalidad de la ley. Pero si por el contrario la ley impugnada tiene por objeto limitar o establecer el mejor ejercicio de alguna libertad, la doctrina ha establecido que los tribunales deben ser más cautos, ya que en esos casos se “*reducen al máximo los márgenes políticos de actuación y decisión de otros órganos estatales*” (Schneider, 1982, pág. 42). Véase con un poco más de detenimiento este punto.

Existen factores que fortalecen o invierten las cargas argumentativas de la presunción de constitucionalidad; a grandes rasgos, se robustece la presunción cuando: (i) Las leyes cumplen con los procedimientos de formación y al ser votados por el órgano deliberante, obtiene un amplio respaldo; y, (ii) cuando la ley es sometida a votación popular, gozará de mayor legitimidad; es decir, la ley poseerá una confirmación de legitimación por parte del soberano y por lo tanto gozará de una presunción mucho más robusta que con la simple aprobación parlamentaria. Por otra parte, las circunstancias que ocasionan la pérdida de la presunción de constitucionalidad: (i) El escaso apoyo parlamentario a la ley; (ii) Que se traten de regular derechos de libertad como lo son el de participación política, igualdad ante la ley, propiedad u otros derechos que no requieran la actividad del Estado para hacerlos valer frente a éste; y, (iii) La antigüedad de la vigencia de la ley en el ordenamiento jurídico.

En este punto interesa analizar, las circunstancias que provocan la disminución o la desaparición del *in dubio pro legislatore*, en especial la referente a la regulación de los derechos de libertad. Pero antes de

comenzar, es necesario observar el artículo 203 de la Constitución, el cual establece:

Artículo 203:

*Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o **para desarrollar los derechos constitucionales** y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.*

*Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, **por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley.** Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de leyes orgánicas... (Resaltado y subrayado del autor)*

De ese artículo, se puede observar que la norma plantea que para desarrollar los derechos constitucionales, es necesario un consenso amplio en el seno del órgano legislativo, por lo tanto mal pueden regularse con una aprobación de la mayoría simple. Esto es consecuencia lógica de lo que ordenaban los artículos 2 y 3 del texto constitucional; pero además, guarda consustancial relación con la idea de la protección que supone la Constitución de los ciudadanos frente al Estado, se observa del artículo transcrito, que se tiene una alta desconfianza a los órganos del Estado al momento de pretender regular los derechos y por ello se ha de conseguir un amplio consenso político en el órgano con mayor legitimidad democrática e incluso el artículo, obliga a la S.C. pronunciarse sobre el carácter orgánico de la ley, reafirmando así la desconfianza hacia las fuerzas políticas mayoritarias para desarrollar los derechos libremente.

Ahora bien, se ha observado que una de las causales de robustecimiento de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, es el amplio consenso que haya existido en la A.N. al momento de promulgar la ley objetada; puede pensarse entonces, que existe una colisión entre tales supuestos, pero no existe tal conflicto en el sentido de que la propia Constitución señala que los fines del Estado son el cumplimiento de los DDHH y para ello los elevó su preeminencia como un valor, además para poder legislar en base a ellos, se ha agravado el procedimiento legislativo, por lo tanto se observa que los tribunales constitucionales pueden optar

por una mayor deferencia o casi ninguna, ya que es el propio texto constitucional plantea la sospecha a los órganos constitucionales al momento de regular los derechos constitucionales, con lo cual se puede concluir que nuestro texto constitucional, en lo que refiere a los derechos constitucionales e incluso los convencionales, ha otorgado “prerrogativas de evaluación del legislador” a la S.C. (Alexy, 2002, pág. 528)

Todo lo antes expuesto, puede llevar a concluir que la S.C. puede variar sus métodos de control discrecionalmente, en cuanto a los derechos constitucionales se refiere y así tener un control más riguroso, ordenando hacer o no hacer al resto de los órganos constitucionales, e incluso dictar sentencias manipulativas de los textos legales; esa sobredimensión de las competencias de la S.C., es lo que se conoce en doctrina como activismo judicial. Sobre esto se puede argumentar, que esa discrecionalidad inevitablemente conlleva una alta carga de arbitrariedad y es por ello que el activismo es constantemente criticado en la doctrina, a lo que hay que añadirle, que a diferencia del resto de países como Alemania o España, en nuestro texto constitucional no se especifican cuales derechos son “fundamentales” para la persona, ya que recoge en Título III denominado “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes” una lista amplísima, con lo cual se aumenta la posibilidad de arbitrariedad y discrecionalidad del juez.

Esa imprecisión de la Constitución, trae como resultado un alto grado de dificultad establecer cuál es el alcance de la S.C. cuando se enfrenta a juicios de constitucionalidad de las leyes y los DDHH, debido a la incapacidad de definir cuáles son los derechos “preeminentes”, haciendo esta imprecisión más complejo el tema de los derechos, como se ha observado en el caso del artículo 82, el cual establece “el derecho” a toda persona a una vivienda, casos en los cuales la Sala no ha podido precisar la naturaleza del artículo, lo que ha devenido en una inseguridad jurídica en materias como el arrendamiento y la construcción de viviendas.

Es por ello, que si bien vale para el caso venezolano las precisiones de Robert Alexy, es necesario primero establecer un ordenamiento más claro respecto de cuales derechos son los “preeminentes” en el sentido de cuales pueden reclamarse directamente al Estado, ya que no necesitan del desarrollo de políticas públicas; para así precisar cuáles son los verdaderos “fines” del Estado, ya que así se podría evaluar de forma más objetiva cuando la S.C. está actuando fuera de sus competencias de defensa de los DDHH.

A modo de solución teórica, es necesario plantear a grandes rasgos cuales derechos son susceptibles de ser protegidos de forma activista por la S.C., que pueden ser los derechos que devienen de la libertad –expresión, política, económica, personalidad, vida entre otros–, la igualdad plena ante la ley, excluyendo las acciones positivas, ya que inevitablemente dependen de la voluntad política; las garantías procesales – acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva y debido proceso–; ya que estos derechos están concebidos como una protección del ciudadano frente a las arbitrariedades del poder, anularlos legislativamente sería una afrenta contra la democracia, la libertad y cualquier oportunidad de superación de la sociedad, con lo cual el principio es la menor intervención del Estado a esos derechos, y por lo tanto es la S.C. quien debe determinar cuándo se ha invadido la esfera de autodeterminación de las personas y la sociedad.

Autodeterminación que consiste en hacer valer la carga moral de los DDHH, mas que frente al Estado, a la sociedad como ente abstracto en el sentido de que un grupo mayoritario de personas o agrupación política – política en el sentido aristotélico de la palabra–, quede impedido de disponer de los derechos de un individuo, ya sea a través de políticas públicas o abuso de derechos por parte de colectivos, ya que permitir tal violación es una afrenta contra la autodeterminación de las personas para hacer su vida como éstos consideren mejor para sí.

III. Conclusiones y Recomendaciones

IV. Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bonachela, M. (1982). Comentarios Sobre el Principio de Separación de Poderes en J.J. Rousseau. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* , 75-123.
- Canova Gonzalez, A. (2009). Contratiempos de una Constitución en el esquina de dos pilas. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* , 165-193.
- Caso Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, 1049 (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Cosntitucional 23 de julio de 2009).
- Caso Servio Tulio León, 1077 (Tribunal Supremo de Justitica en Sala Cosntitucional 22 de Septiembre de 2000).
- Delgado, F. (2014). *Textos Clásicos sobre La Naturaleza de la Función Judicial*. Caracas: Galipán.
- Ferreres Comella, V. (2012). *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- García Enterría, E. (2006 4ta Ed.). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.
- García-Pelayo, M. (2014). El <<Status>> del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional N°100* , 15-37.
- García-Pelayo, M. (1991). Estado Legal y Estado Constitucional. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* , 34-45.
- García-Pelayo, M. (2009). *Las transformaciones del estado contemporáneo* . Madrid: Alianza Editorial.
- Naranjo Mesa, V. (2014). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal* , 2-24.
- Sagüés, N. P. (2010). Cultura constitucional y desconstitucionalización. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano* , 97-108.
- Salas, J. (1982). El tribunal constitucional español y sus competencias desde la perspectiva de la forma de gobierno: Sus relaciones con los demás poderes

Ejecutivo, Legislativo y Judicial en Revista Española de Derecho Constitucional N°6. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 141-177.

Schneider, H.-P. (1982). *Justicia Constitucional y Separación de Poderes en Revista Española de Derecho Constitucional N°5*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Solozabal-Echavarria, J. J. (1981). Sobre el principio de separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos (nueva epoca)* , 215-234.

Starck, C. (1998). Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 11-32.

Uprimny, R. (2013). Estado de Derecho. *Eunómia. Revista de cultura de legalidad* , 168-176.

Verdu, P. L. (1983). Estado de Derecho y Justicia Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)* , 7-48.