



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 3 | setembro/dezembro 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos*

The conventionality control as expression of the constitutionality control: originality and faults

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE**

Universidad Monteávila (Venezuela)
victorhernandezmendible@gmail.com

Recibido/Received: 14.02.2015 / February 14th, 2015

Aprovado/Approved: 12.03.2015 / March 12th, 2015

Resumen

Este trabajo aborda el origen del control de constitucionalidad concentrado y difuso en Venezuela, así como las primeras sentencias que aplicaron los tratados y convenciones sobre derechos humanos ante de la consolidación del control difuso de convencionalidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No obstante, se explica cómo en un cambio de época, recientemente se ha negado aplicación a las sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y se ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del gobierno, todo ello en contravención a la Constitución de la República de Venezuela.

Palabras-clave: control de constitucionalidad; control de convencionalidad; derechos humanos; Constitución.

Abstract

This paper approaches the origin of the concentrated and diffuse constitutionality control in Venezuela and the first decisions that applied human rights treaties and conventions before the consolidation of the diffuse conventionality control in the Inter-American System of Human Rights. However, it explains how, in a change of period, recently the government has refused the application of the judgments of the Inter-American Court on Human Rights and it has denounced the American Convention on Human Rights, all in disrespect to the Constitution of the Republic of Venezuela.

Keywords: constitutionality control; conventionality control; human rights; Constitution.

Como citar esse artigo/How to cite this article: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>

* Este texto constituye la ponencia elaborada para ser presentada en el Foro de Jóvenes Investigadores de Derecho, del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, el día 26 de marzo de 2015.

** Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Caracas, Venezuela) y en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta última Universidad. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación y de la Red de Investigación de Derecho de los Bienes Públicos. Página web: www.hernandezmendible.com.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** El origen y evolución del control de la constitucionalidad; **3.** El control de la constitucionalidad en la Constitución de 1999; **4.** El deber de la Administración Pública de garantizar la supremacía de la Constitución y el principio de legalidad administrativa; **5.** Los tipos de control de la constitucionalidad; **6.** Los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad; **7.** El control difuso de convencionalidad como expresión del control de la constitucionalidad; **8.** El novedoso control de la constitucionalidad de los fallos que interpretan y aplican la convencionalidad; **9.** Consideraciones finales; **10.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Quizás uno de los temas más apasionantes de los actuales tiempos en Iberoamérica, en tanto implican el perfeccionamiento de los medios de protección de los Derechos Humanos, lo constituye el estudio del control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad.

En la Venezuela contemporánea, todas las manifestaciones de control jurisdiccional del actos jurídicos del gobierno y la Administración Pública experimentan una merma importante, al igual que la efectiva protección jurisdiccional de los Derechos Humanos, como consecuencia de la delicada situación que se atraviesa al haberse roto el hilo constitucional y disolverse la institucionalidad democrática¹, lo que hace que el estudio de estos temas desde sus orígenes históricos resulten de mayor interés para la comprensión de la realidad.

Conforme a este contexto se debe comenzar señalando que el desarrollo normativo de la jurisdicción constitucional tiene su origen en la fundación constitucional de la República de Venezuela y su evolución va a ir acompañada de los procesos políticos y constitucionales que durante los últimos 200 años han signado la vida institucional del país.

El estudio científico del Derecho Procesal Constitucional tiene como precursor a José Guillermo Andueza Acuña, quien a comienzos de la segunda mitad del siglo XX, publicaba su tesis doctoral titulada “La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano”². Al estudio académico de la jurisdicción constitucional o justicia constitucional, -términos que han llegado a ser empleados como sinónimos por algunos autores-, se incorporarán Allan R. Brewer-Carías, Humberto J. La Roche, Gustavo Planchart Manrique, Ambrosio Oropeza, Orlando Tovar Tamayo, Humberto Briceño León, Josefina

¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El golpe de Estado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público.** Disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/L2.108.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2015

² ANDUEZA, José Guillermo. **El control jurisdiccional en el derecho venezolano.** Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1954.

Calcaño de Temeltas, Román J. Duque Corredor, Alberto Blanco-Urbe, Carlos Ayala Co-rao, Jesús María Casal y Gonzalo Pérez Salazar, entre otros.

No corresponde hacer un recuento de los aportes al estudio científico efectuado por cada uno de estos autores, pues ello excede el objeto de este trabajo, sino colocar en perspectiva el surgimiento del Derecho Procesal Constitucional, que cuenta con amplios y longevos antecedentes normativos constitucionales, legales, jurisprudenciales y de la doctrina científica que han contribuido a lograr un importante desarrollo jurídico, en medio de múltiples vicisitudes.

Cabe destacar que el presente estudio tiene por objeto presentar la originalidad y los aciertos en la creación, el desarrollo y la evolución del control de la constitucionalidad y en el control de la convencionalidad en Venezuela, así como la originalidad y los desaciertos recientes en los mismos.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: El origen y evolución del control de la constitucionalidad (2), el control de la constitucionalidad en la Constitución de 1999 (3), el deber de la Administración Pública de garantizar la supremacía de la Constitución y el principio de legalidad administrativa (4), los tipos de control de la constitucionalidad (5), los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad (6), el control difuso de convencionalidad como expresión del control de la constitucionalidad (7), el novedoso control de la constitucionalidad de los fallos que interpretan y aplican la convencionalidad (8), y, las consideraciones finales (9).

2. EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El acervo constitucional que permite conocer el actual sistema de control de la constitucionalidad es producto de dos siglos de evolución³, que ameritan una referencia sucinta pero insoslayable, teniendo en consideración que la Capitanía General de Venezuela, fue la primera de los antiguos territorios españoles que luego de independizarse y establecer la República, expidió una Constitución política, en la que se sitúan tales orígenes del control de la constitucionalidad.

Los inicios del control de la constitucionalidad en Venezuela se ubican en los comienzos de la República, pues será a partir de la primera Constitución de 21 de diciembre de 1811, que se establecerá el principio de supremacía constitucional y una especie de control "implícito"⁴ -no se le reconoce valor a las leyes que se expidan en contra de

³ Todos los textos constitucionales de 1811 a 1961, han sido consultados en BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Constituciones de Venezuela**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

⁴ La Roche, Humberto J., **Instituciones Constitucionales del Estado venezolano**. Maracaibo: Editorial Metas, 1984.

la Constitución- de la constitucionalidad de las leyes⁵ e incluso dicho texto dispuso las consecuencias del desconocimiento de los derechos del hombre reconocidos por la propia Constitución⁶.

Luego que transcurrieron 28 años de la separación de Venezuela de la Gran Colombia, se dictó la Constitución de 31 de diciembre de 1858, en la que se estableció expresamente el control de la constitucionalidad de las leyes de las provincias⁷.

La Guerra federal o Revolución federal, que se inició en 1859 y finalizó en 1864, dará lugar a la Constitución de 22 de abril de 1864, en la que se establece el control de la constitucionalidad de los actos del Congreso Federal y del Ejecutivo Nacional que violen derechos o desconozcan la independencia de los Estados que integran la Federación⁸.

Transcurrieron 29 años para que la Constitución de 5 de julio de 1893, viniese a reconocer el control general de la constitucionalidad, tanto de los actos jurídicos del Poder Federal como de los Estados, cuando ellos contraviniesen la Constitución⁹.

Sin extender las referencias sobre los avances y retrocesos experimentados en las constituciones posteriores, procede destacar la Constitución de 23 de enero de 1961, la de más larga vigencia y en democracia, -lo que la constituye en un hito en la historia constitucional venezolana-, que recoge el desarrollo constitucional precedente estableciendo el control de constitucionalidad de las leyes nacionales, leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos legislativos nacional, de los estados y los municipios¹⁰, así como de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional que contraviniesen la Constitución¹¹.

A ello se sumará el establecimiento del amparo constitucional¹² y el restablecimiento del habeas corpus¹³-desaparecido durante la precedente dictadura-, como medios procesales para que las personas pudiesen solicitar protección ante la lesión o amenaza de lesión de derechos constitucionales en general, así como de la libertad individual y seguridad personal en particular¹⁴.

⁵ Artículo 227 de la Constitución de 1811.

⁶ Artículo 199 de la Constitución de 1811.

⁷ Artículo 113.8 de la Constitución de 1858.

⁸ Artículo 92 de la Constitución de 1864.

⁹ Artículos 17 y 110.8 de la Constitución de 1893.

¹⁰ Artículos 215.3 y 215.4 de la Constitución de 1961.

¹¹ Artículo 251.6 de la Constitución de 1961.

¹² Artículo 49 de la Constitución de 1961.

¹³ Disposición Transitoria Décima Quinta de la Constitución de 5 de julio de 1947, que luego sería eliminado en la Constitución de 14 de abril de 1953.

¹⁴ Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1961.

Estos constituyen los antecedentes constitucionales más relevantes del control de la constitucionalidad, antes de la aparición de la Constitución de 30 de diciembre de 1999.

3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El principio de supremacía de la Constitución, se proyecta sobre el bloque de la constitucionalidad¹⁵, conformado éste por la Constitución, los principios constitucionales¹⁶, las leyes constitucionales¹⁷, los tratados, pactos y convenios internacionales relativos a Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República¹⁸, que se encuentran revestidos de jerarquía constitucional¹⁹⁻²⁰, prevaleciendo éstos últimos sobre la propia Constitución y demás disposiciones del ordenamiento jurídico, en la medida que contengan normas sobre goce y ejercicio de tales derechos, más favorables a las establecidas en ésta y en las leyes²¹.

Todas estas disposiciones que integran el bloque de la constitucionalidad tienen rango, valor y fuerza constitucional, constituyéndose en normas supremas que fundamentan el resto del ordenamiento jurídico²².

Ahora bien, el bloque de la constitucionalidad puede ser modificado a través de los mecanismos de revisión constitucional, conocidos como la enmienda²³, la reforma²⁴

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1077, de 22 de septiembre de 2000 y sentencia 1860, de 5 de octubre de 2001.

¹⁶ Artículo 335 de la Constitución.

¹⁷ Sobre las leyes constitucionales como integrantes del bloque de la constitucionalidad, se han pronunciado HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. ¿Es posible hablar de leyes constitucionales en el ordenamiento jurídico venezolano? **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 7**. Caracas: Fundación Procuraduría General de la República, 1993, p. 93-125; MÁRQUEZ CABRERA, Juan Carlos. Controversias en torno al tipo normativo de la ley constitucional en el sistema de fuentes de la Constitución de 1999, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, p. 341-364.

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1077, de 22 de septiembre de 2000.

¹⁹ AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDA), 2004, p. 91-94.

²⁰ Con total convicción sostiene Duque Corredor, Román José que el sistema de derechos humanos es parte fundamental del bloque de la constitucionalidad en Venezuela. Postulados y Principios. El sistema constitucional de los derechos humanos en la Constitución venezolana, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, p. 155-156.

²¹ Preámbulo de la Constitución y artículos 2, 22 y 23 de la Constitución.

²² Artículo 7 de la Constitución.

²³ Artículos 340 y 341 de la Constitución.

²⁴ Artículos 342 al 346 de la Constitución.

o la asamblea nacional constituyente²⁵, debiendo considerarse cualquier otro mecanismo destinado a modificarlo, desconocerlo o derogarlo nulo y sin valor jurídico alguno, en cuyo caso el bloque de la constitucionalidad no perderá su vigencia²⁶.

Este principio de supremacía del bloque de la constitucionalidad se garantiza de varias maneras: La primera es mediante el ejercicio de la denominada acción popular de constitucionalidad, que habilita a todas las personas a formular pretensiones de inconstitucionalidad contra los actos jurídicos de los órganos que ejercen el Poder Público, que dictados en ejecución directa e inmediata del bloque de la constitucionalidad, lo vulneren o desconozcan. En este caso, el control de conformidad a la Constitución, se denomina control concentrado que ejerce actualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución, garantizando su supremacía y efectividad, velando por la aplicación e interpretación uniforme del contenido y alcance de los valores, los principios y las normas constitucionales, fijando criterios que serán vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales y por supuesto, para el resto de los órganos que ejercen el Poder Público²⁷.

La segunda es mediante la potestad otorgada a todos los jueces, en la tradición constitucional republicana²⁸, para asegurar la supremacía de la Constitución y la integridad de la constitucionalidad en todos aquellos casos de su competencia que les corresponda sentenciar. En atención a ello, los jueces actuando de oficio o a instancia de parte interesada, en caso de apreciar incompatibilidad o colisión entre una ley u otra norma jurídica que deba aplicarse para resolver un asunto determinado, con alguna disposición que integre el bloque de la constitucionalidad, deberán aplicar éste con preferencia, salvaguardando así la supremacía de la constitucionalidad, en lo que se conoce como el control difuso²⁹.

Estando considerada la Constitución como la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella, lo que reitera la propia Constitución en el capítulo de los deberes, al señalar que todas las personas tienen el deber de cumplirla y acatarla³⁰.

Mención aparte merece el polémico tema, respecto a la posibilidad que las autoridades ejecutivas o administrativas, -quienes al igual que los tribunales, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley-, al momento de resolver un

²⁵ Artículos 347 al 349 de la Constitución.

²⁶ Artículo 333 de la Constitución.

²⁷ Artículos 334 y 335 de la Constitución.

²⁸ Aunque el origen del control difuso de la constitucionalidad ha sido ubicado en el artículo 227 de la Constitución de 1811, BREWER-CARIAS, Allan R. **La acción de inconstitucionalidad en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989, p. 11- su reconocimiento expreso positivo se producirá por vez primera en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de 1897.

²⁹ Artículo 334 de la Constitución.

³⁰ Artículo 131 de la Constitución.

asunto de su competencia puedan considerar la posibilidad de desobedecer o desacatar deliberadamente la aplicación de aquellos textos jurídicos que consideren contrarios a la Constitución. A esto se dedicará el siguiente subepígrafe.

4. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GARANTIZAR LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

En el marco del Estado constitucional se ha considerado que la Constitución es la norma de normas, la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en virtud de lo cual todos los órganos que ejercen el Poder Público tienen el deber de cumplirla y hacerla cumplir de manera directa y preferente respecto a cualquier otra norma infraconstitucional y en caso que por algún acto de fuerza o por cualquier otro medio distinto de los que ella contempla, se intentase su modificación, fuese reformada, derogada o dejare de aplicarse, todos los ciudadanos quienes también tienen el deber de cumplirla y acatarla, se encuentren investidos o no de autoridad, así como tienen el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia y aplicación³¹.

Configurada la cláusula de primacía de la Constitución en los términos señalados, cabe mencionar que todos los órganos que ejercen el Poder Público se encuentran igualmente sujetos al principio de legalidad, -entendida esta expresión en el sentido expuesto por Hauriou, de bloque de la legalidad³²- o principio de juridicidad³³, en virtud del cual se exige que todas las funciones estatales deban ejercitarse con sujeción a la ley, entendida ésta en sentido amplio, es decir, que deben realizarse conforme a las reglas del Derecho³⁴.

En tales términos, aparece el principio de legalidad desde la perspectiva de la teoría de la vinculación positiva y a partir de ella se reconoce que únicamente la norma jurídica habilita y condiciona a los órganos que ejercen el Poder Público para que expidan actos jurídicos válidos, tanto para alcanzar eficazmente sus cometidos -la consecución del interés general-, como para regular, limitar o restringir los derechos y las

³¹ Artículos 7, 131 y 333 de la Constitución.

³² HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12 ed. Paris: Sirey, 1933, p. 577-578.

³³ La expresión principio de juridicidad la empleó por vez primera MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

³⁴ Se ha señalado que "... el término legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad; el 'bloque de legalidad' (Hauriou) abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa". WEILL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986, p. 138.

libertades públicas, siempre que actúen con plena sujeción a la norma preexistente atributiva de competencia y al fin que la misma establece³⁵.

Tal principio admite las siguientes manifestaciones: El principio de legalidad sancionatoria³⁶, el principio de legalidad tributaria³⁷, el principio de legalidad presupuestaria³⁸ y el principio de legalidad administrativa³⁹.

Este último, el principio de legalidad administrativa, -utilizada la expresión en sentido restringido-, se traduce en la subordinación de toda la función administrativa al Derecho y en lo que concierne a los actos jurídicos de las autoridades públicas, que actúan en ejercicio de tal función administrativa, una de cuyas expresiones lo constituyen los actos administrativos, conlleva a que estos deben emitirse conforme a la Ley y al Derecho -según la fórmula empleada en la Constitución⁴⁰-, lo que supone que tanto en su expedición como en su ejecución se actúe con apego a los principios generales y las normas jurídicas preexistentes, lo que lleva a que se presuman válidos y productores de su natural eficacia jurídica⁴¹.

³⁵ El Máximo Tribunal de la República, desde la sentencia de 17 de julio de 1953, de la Corte Federal ha sostenido que la autoridad administrativa debe "ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí que el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley".

³⁶ Artículos 49.6 de la Constitución, 89 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³⁷ Artículos 317 de la Constitución, 89 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³⁸ Artículos 314 de la Constitución.

³⁹ Artículos 141 de la Constitución, 4 y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁴⁰ Esta expresión tiene como antecedentes, los artículos 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn y 103.1 de la Constitución Española.

⁴¹ En la doctrina científica nacional existe un intenso debate sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. Han reconocido la existencia de la presunción de legalidad, BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 131; y el mismo autor, **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, tomo III, La Actividad Administrativa, Vol. 1, Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 100-102; más recientemente, **Tratado de Derecho Administrativo: Derecho Público en Iberoamérica. Tomo III**. Madrid: Fundación Editorial Jurídica Venezolana y Civitas-Thomson Reuters, 2013; desde comienzos de los setenta, LARES MARTÍNEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970, p. 157; ARAUJO-JUÁREZ, José. **Derecho Administrativo General, Acto y Contrato Administrativo**. Caracas: Ediciones Paredes, 2011, pp. 78-84; en contra de la existencia de la presunción de legalidad se han pronunciado dentro de los administrativistas PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani**. Caracas: Fundación Bancaribe, 2013, pp. 443-489; entre los tributaristas ABACHE ABASCAL, Serviliano. **La atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012; y, RUÁN SANTOS, Gabriel. La presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, pp. 85-118.

a) La imposibilidad de la Administración Pública de realizar el control difuso de constitucionalidad

Así las cosas, partiendo del deber de la Administración Pública de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, es decir, al bloque de la legalidad, al no existir una disposición en el ordenamiento jurídico que le atribuya competencia expresa a ésta para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, en caso de enfrentarse a una ley o norma legal que le lleve a cuestionar su validez constitucional para resolver un asunto concreto, la Administración Pública estaría impedida de ejercer el referido control difuso de constitucionalidad, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial⁴² y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión del vicio de nulidad absoluta del acto jurídico, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de la constitucionalidad.

Esta ha sido la posición histórica de la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República⁴³, que al analizar el control de la constitucionalidad de las leyes vigentes y calificarlo como mixto, es decir, concentrado y difuso, ha señalado que éste se encontraba atribuido a todos los jueces de la República y en consecuencia, son únicamente los funcionarios que integran la rama del Poder Judicial, los guardianes de la Constitución y quienes deben aplicarla prevalentemente a las leyes ordinarias.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que la Administración Pública no puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una norma legal y resolver desaplicarla, porque al hacerlo incurría en una flagrante violación del artículo 334 de la Constitución, que le atribuye competencia exclusiva a los jueces de la República, para que al momento de resolver un asunto concreto, verifiquen la compatibilidad o no con la Constitución de la norma legal que debería ser aplicada a tal caso y de apreciar lo segundo, deben proceder a desaplicarla en el caso concreto y darle preeminencia a la norma suprema⁴⁴.

Ello así, el tema que se plantea es el siguiente: Ante la ausencia de competencia expresamente establecida a la Administración Pública en el ordenamiento jurídico para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, qué podrá hacer ésta para cumplir con su deber de garantizar la preeminencia de la Constitución, cuando se encuentre con una norma legal que según su parecer pudiera ser inconstitucional.

⁴² Artículo 138 de la Constitución.

⁴³ Corte Federal y de Casación, sentencia de 19 de junio de 1953.

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 331, de 13 de marzo de 2001; ratificado en sentencias 833, de 25 de mayo de 2001 y 752, de 5 de mayo de 2005.

b) La Administración Pública ante la incompatibilidad constitucional sobrevenida de las leyes preexistentes

Hipotéticamente los casos de inconstitucionalidad de normas jurídicas, pueden producirse como consecuencia de una modificación constitucional, que provoque que aquellos textos considerados conformes a la Constitución preexistente, una vez entrada en vigor tal modificación, puedan ser considerados incompatibles con el nuevo ordenamiento constitucional.

Allí se plantearían dos posibles soluciones: La primera sería, que la Administración Pública invocase la cláusula derogatoria única de la Constitución, que declara derogado tanto el precedente texto constitucional como todo el ordenamiento jurídico preexistente que lo contravenga y en consecuencia al entenderse derogada por la propia Constitución las normas infraconstitucionales, únicamente se estaría limitando a ejecutar la Constitución vigente y las leyes posteriores que la desarrollan, que resulten aplicables al momento de resolver el asunto sometido a su consideración, dando por cierto, que las normas legales preexistentes que considera incompatibles con la Constitución, se encuentran expresamente derogadas por la norma de superior jerarquía y temporalmente posterior contenida en la Constitución⁴⁵.

La segunda consistiría en la operación jurídica de realizar una valoración y aplicación del ordenamiento jurídico existente, en armonía o conformidad con la Constitución, es decir, que la Administración Pública al analizar el caso, cuando llegue el momento de exponer las razones que la llevan a adoptar la resolución del asunto concreto, explique porqué le otorga tal interpretación a la norma legal preconstitucional aplicable, pero analizada y valorada en atención a las previsiones del nuevo texto constitucional, es decir, que deberá exponer de manera razonada, en una suerte de interpretación progresiva de la norma y al amparo de los postulados contemplados en la Constitución, porqué se impone esa interpretación para la resolución adoptada en el caso concreto.

c) La Administración Pública ante la incompatibilidad constitucional de leyes expedidas bajo la vigencia de la Constitución

Otra hipótesis sería aquella en que vigente la Constitución, posteriormente se expiden normas legales que al momento de aplicarlas para resolver un asunto determinado, presenten dudas sobre su validez constitucional.

Aquí también se podrían considerar varios escenarios: En el primero, la Administración Pública se encuentra en la imposibilidad de aplicar el control difuso de inconstitucionalidad por no tener competencia expresamente atribuida para ello, pero

⁴⁵ Sobre esta solución, resulta valioso considerar lo expuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 1307 de 22 de junio de 2005 y 877 de 11 de julio de 2007.

tampoco puede desatender el deber de cumplir la Constitución⁴⁶. Por ello, al observar que una norma jurídica infraconstitucional o todo un texto legal en su criterio no luce compatible con la Constitución, podría actuar como si no existiera, es decir, ignorar o abstenerse de aplicar la norma o el texto legal que considera contraviene la norma constitucional y proceder a resolver el asunto de su competencia conforme a la propia interpretación y valoración que hace de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico que considera compatible con la norma suprema.

Esta actuación sin duda resultaría altamente compleja, porque cualquier funcionario administrativo con responsabilidad de tomar decisiones, por más calificado que sea, -aunque carezca de la debida formación jurídica-, se sentirá habilitado para hacer un juicio de valor sobre las normas y leyes que considera constitucionales y aquellas que no, en cuyo caso procedería a ignorarlas o abstenerse de aplicarlas en la resolución de los asuntos que tenga legalmente atribuidos.

En esencia, lo que sucedería es que la Administración Pública al proceder de la manera antes mencionada, estaría incurriendo en una suerte de desobediencia a la ley, en el entendido que de aplicarla le conduciría a desconocer la vigencia de la Constitución, pero que al ignorarla o abstenerse de aplicarla en el caso concreto con fundamento en la supuesta o aparente inconstitucionalidad, lo que estaría realizando es la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en auténtico desacato de la ley, aunque aparentemente amparado en el deber de garantizar la supremacía de la Constitución.

No obstante, esta aparente solución de que la Administración Pública justifique su actuación de ignorar o abstenerse de aplicar una ley o algunas normas para resolver un asunto concreto, en el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución por encima de cualquier texto infraconstitucional, conlleva a un problema adicional, pues ésta al no exponer las razones para ignorar o abstenerse de aplicar los textos legales en la resolución del caso particular, no incurriría en un ejercicio expreso de control de la constitucionalidad -aunque podría alegarse que es un ejercicio tácito, pues el efecto final sería el mismo-, pero en cambio, sin duda incurriría en la violación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, pues los destinatarios de tal decisión, desconocerían las razones por las que existiendo una ley o normas aplicables a su asunto, no fueron consideradas o tenidas en cuenta para solucionar el caso planteado.

⁴⁶ Este tema ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina científica GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009; MARIENOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: T. I, 1977, p. 455; BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: T. I., 1986, p. 102; SARMIENTO GARCÍA, Jorge. La jefatura administrativa del Presidente de la Nación. In: **Atribuciones del Presidente Argentino**. Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 1986, p. 233; COMADIRA, Julio Rodolfo. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. **Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 733-746.

Como se puede apreciar, este escenario no brinda una solución clara al problema planteado, pues no se puede garantizar la supremacía de la Constitución, amparándose en la aplicación de unas normas constitucionales cuya preservación conduce necesariamente al desconocimiento, violación o menoscabo de otras de idéntica jerarquía.

El segundo escenario, tiene su fundamento en la tesis de la garantía universal e indivisible de los Derechos Humanos establecida en el sistema constitucional, -en esencia del denominado nuevo constitucionalismo democrático-, que ha llevado a sostener que la Administración Pública con fundamento en los artículos 7, 19, 25 y 137 de la Constitución en concordancia con los artículos 1, 2, 5, 8 y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública pueden desaplicar en un caso concreto, de manera temporal, una norma que viole de manera ostensible los Derechos Humanos, sin que pueda argumentarse jerarquía alguna superior, presunción de legalidad o de legitimidad, frente a los derechos que pueden ser violados o menoscabados por la actuación administrativa, en virtud de ser éstos preeminentes⁴⁷.

No obstante se advierte, que a los fines de ser congruentes con el principio de división del Poder Público y del respeto a las competencias constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial, la Administración Pública al momento de desaplicar una disposición que puede violar o desconocer los Derechos Humanos, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución, debe plantear el incidente de inconstitucionalidad ante los tribunales con competencia constitucional y suspender el respectivo procedimiento administrativo, hasta que se produzca la sentencia sobre la validez o invalidez constitucional.

En razón de ello se sostiene, de no admitirse que la Administración Pública se encuentra facultada al igual que los otros órganos que ejercen el Poder Público, para garantizar la supremacía de la Constitución y la preeminencia de los Derechos Humanos, se tendría que concluir que el artificio de la presunción de legalidad y de legitimidad de los actos de los órganos que ejercen el Poder Público ha contribuido a evaporizar la garantía universal e indivisible de los Derechos Humanos establecida en el sistema constitucional, cuya protección y vigencia es una obligación y una facultad de la Administración Pública, que no exclusiva del Poder Judicial.⁴⁸

El tercer escenario, que resulta ser el más ortodoxo y en principio es el que disfruta de mayor tradición constitucional, implica que si la Administración Pública al momento de resolver un asunto aprecia una duda sobre la compatibilidad con la Constitución de un texto o de determinadas normas legales, puede dirigirse a la Procuraduría

⁴⁷ DUQUE CORREDOR, Román J. **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.** Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, pp. 169-170.

⁴⁸ DUQUE CORREDOR, Román J., Ob. cit., pp. 170-171.

General de la República⁴⁹, solicitarle que analice el asunto y de ser procedente, que ejerza la demanda de inconstitucionalidad que activaría el control concentrado que es competencia exclusiva del Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo fundamentar su actuación en el artículo 333 de la Constitución e incluso contando con la posibilidad de formular una pretensión de medidas cautelares⁵⁰, para lograr el mandamiento provisional de no aplicación de las normas presuntamente inconstitucionales⁵¹, mientras se resuelve la demanda de inconstitucionalidad.

En tal caso, la Administración Pública actuaría tanto en cumplimiento del deber de garantizar la supremacía de la Constitución, como de sujetar estrictamente su actuación al principio de legalidad administrativa.

5. LOS TIPOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Conforme a la evolución constitucional antes mencionada, se reconoce la existencia de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad: El primero conocido como control difuso y el segundo denominado control concentrado, es decir, en Venezuela coexisten el sistema de control de constitucionalidad difuso nacido en América⁵² y de preeminente aplicación en este continente; con el sistema de control de constitucionalidad concentrado, que aunque tiene su origen también en América y en particular en las normas de las constituciones venezolanas del siglo XIX antes citadas, posteriormente aparecerá en algunos países de Europa y será allí donde adquirirá gran reputación y desarrollo a partir de la segunda década del siglo XX⁵³, al extremo que se ha considerado que su origen es europeo.

Esto ha llevado a entender que en Venezuela se tiene un sistema mixto de control de la constitucionalidad, donde concurren por una parte el control concentrado, que también es calificado como abstracto, directo u objetivo; y por la otra el control difuso, que es considerado como concreto, indirecto y subjetivo⁵⁴⁻⁵⁵.

⁴⁹ Artículos 247 de la Constitución y 9.8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

⁵⁰ Artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵¹ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales: balance a un año de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. In: **I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica en Homenaje al Dr. Román Duque Corredor**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2011, p. 219-246.

⁵² Suprema Corte de Estados Unidos de América, caso Marbury vs. Madison, de 24 de febrero de 1803.

⁵³ Constitución Austriaca de 1° de octubre de 1920, que crea el Tribunal Constitucional.

⁵⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Justicia Constitucional, Las Instituciones Políticas y Constitucionales**. 3ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p. 81-86.

⁵⁵ BLANCO GUZMÁN, Armando L. El control de constitucionalidad y la Administración Pública. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos: homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, p. 49-69.

El control difuso de la constitucionalidad le otorga poderes constitucionales a todos los jueces para proceder, bien por su propia iniciativa o bien a instancia de cualquier persona involucrada en un proceso concreto, a evaluar la sujeción a la Constitución de una disposición o de un texto normativo en su integridad, que deba ser aplicado en ese asunto determinado y en caso de llegar a la conclusión de que es compatible, deberá aplicar la disposición o texto infraconstitucional para resolver el asunto específico; pero de apreciar que existe una disconformidad entre aquella y éstos, entonces debe proceder a la desaplicación de tal disposición o texto a los fines de resolver el caso concreto, debiendo darle aplicación directa y preeminente a la Constitución.

Es pertinente destacar que el control difuso de la constitucionalidad ha sido atribuido a cualquier juez de la República, sin importar su jerarquía y competencia dentro de la organización del Poder Judicial, se puede aplicar en procesos de toda naturaleza, la sentencia que resuelve el asunto tiene efectos únicamente entre las partes involucradas en el conflicto y en teoría otros tribunales podrían resolver asuntos similares que contuviesen el mismo planteamiento de naturaleza constitucional, de manera diferente.

El control concentrado de la constitucionalidad le atribuye poderes constitucionales expresos al Tribunal Supremo de Justicia, para actuar a instancia de cualquier persona en virtud de una acción popular y en principio, proceder a la constatación de que las leyes y demás actos jurídicos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por los órganos que ejercen el Poder Público, han sido expedidos en apego o conformidad a la Constitución. En caso de corroborar tal sujeción deberá declarar la constitucionalidad de aquellos; pero de verificar la incompatibilidad con la Constitución, deberá ejercer el control de la constitucionalidad declarando de manera permanente en el tiempo la nulidad de dichos actos y restableciendo la efectividad y vigencia plena de la Constitución.

Es importante tener en cuenta que el control concentrado no se limita a verificar la constitucionalidad de las leyes y de los actos jurídicos de similar jerarquía, sino también las omisiones legislativas y es competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que puede ejercerlo tanto en procesos constitucionales contra actos jurídicos de jerarquía legislativa o de equivalente naturaleza, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como en el caso de omisiones legislativas que aparentemente hayan materializado una ausencia o abstención absoluta o parcial del desarrollo de la Constitución. La sentencia que resuelva positivamente el asunto tiene efectos frente a todos, es decir, incluso ante quienes no participaron en el proceso y por mandato constitucional los demás tribunales deben asumir lo resuelto con carácter vinculante.

6. LOS MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina científica atendiendo a las recientes reformas legislativas ha clasificado los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad, teniendo en consideración las distintas demandas que el legislador reconoce se pueden formular ordinariamente ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y excepcionalmente ante otros tribunales de la República⁵⁶.

No obstante, a los fines del presente estudio, los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad pueden ser catalogados en dos grandes categorías: Unos son los procesos constitucionales que no requieren mayor tramitación, si se prefiere no contenciosos, pues se pretende un pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que constate el sometimiento pleno al bloque de la constitucionalidad de los actos legislativos, los actos de gobierno o los actos jurisdiccionales. En esta categoría se encuentran los siguientes:

1. *Los procesos de solicitudes de constatación de sujeción a la Constitución de textos legislativos.*
 - 1.1. *Solicitud de constatación previa de conformidad a la Constitución, del carácter orgánico de las leyes.*
 - 1.2. *Solicitud de declaración de constitucionalidad de una ley sancionada, antes de su promulgación.*
2. *Los procesos de solicitudes de sujeción a la Constitución de los actos de gobierno.*
 - 2.1. *Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República.*
 - 2.2. *Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los decretos que declaran estados de excepción.*
3. *Los procesos de revisión constitucional de sentencias.*
 - 3.1. *Revisión de sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales que desconozcan o ignoren la Constitución, los principios constitucionales o los precedentes de la Sala Constitucional.*

⁵⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010, p. 105-140; Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso Administrativo. A los 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos (1976-2011), **El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 35-57.

3.2. Revisión de sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia que desconozcan la Constitución, los tratados internacionales o los precedentes de la Sala Constitucional.

3.3. Revisión de sentencias definitivamente firmes en las que se haya producido pronunciamiento de control difuso de la constitucionalidad.

En los procesos antes mencionados, en principio, la resolución del asunto se encuentra prevista que se produzca sin mayor tramitación, sin contención, aunque la ley admite una posibilidad excepcional, en caso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo estime pertinente puede dictar un auto para mejor proveer o convocar una audiencia⁵⁷⁻⁵⁸.

Los otros son los procesos constitucionales que requieren tramitación, realmente contenciosos, que tienen como finalidad el control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los órganos que ejercen el Poder Público⁵⁹. En esta categoría se encuentran los procesos siguientes:

- 1. Los procesos comunes para distintas demandas sobre asuntos constitucionales.*
 - 1.1. El proceso de demandas contra los actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.*
 - 1.2. El proceso de demandas frente a las omisiones legislativas de ejecutar o cumplir la Constitución.*
 - 1.3. El proceso de demandas de interpretación constitucional.*
 - 1.4. El proceso de demandas de controversia constitucional.*
- 2. Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales colectivos.*

⁵⁷ Artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵⁸ Es importante tener presente, que en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al Código de Procedimiento Civil, en los procesos constitucionales no contenciosos se puede aplicar el artículo 11 del citado Código, que dispone en la parte pertinente lo siguiente: "En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzguen indispensables; todo sin necesidad de las formalidades de juicio".

⁵⁹ En la doctrina científica se sostiene que "En efecto, Latinoamérica tiene explicaciones distintas sobre el significado de "proceso constitucional", porque algunos lo reducen a los procedimientos destinados a concretar el control de constitucionalidad, y otros lo afincan en procesos especiales como el amparo, el hábeas data o el hábeas corpus.

No faltan quienes haciendo una lectura expansiva del concepto lo encolumnan con los procesos colectivos, y particularmente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores; la protección del ambiente; o la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales". GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en los procesos constitucionales. In: **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

- 2.1. *El proceso de demandas frente a servicios públicos*⁶⁰.
- 2.2. *El proceso de demandas cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional.*
- 2.3. *El proceso de demandas cuando se trate de asuntos que no son de trascendencia nacional.*
3. *Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales individuales.*
 - 3.1. *El proceso de amparo.*
 - 3.2. *El proceso de hábeas corpus.*
 - 3.3. *El proceso de hábeas data.*
4. *Los procesos contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución.*

Los procesos que se mencionan en esta segunda categoría son competencia de distintos órganos jurisdiccionales como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (demandas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, frente a las omisiones legislativas, de interpretación constitucional, de controversia constitucional, de derechos colectivos frente a asuntos que son de trascendencia nacional), los tribunales de primera instancia civil (derechos colectivos frente a asuntos que no son de trascendencia nacional), los juzgados municipales contencioso administrativos (hábeas data⁶¹ y derechos colectivos frente a servicios públicos), todos los tribunales de la República (amparo constitucional⁶²), los tribunales penales (hábeas corpus⁶³) y los tribunales contencioso administrativos (anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución) y todos tienen en común que durante la tramitación de la audiencia -salvo el proceso contencioso administrativo de anulación-, las partes además de exponer sus alegatos, pueden producir los medios probatorios que sean legales y pertinentes para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que el asunto controvertido está ajustado o no al bloque de la constitucionalidad.

⁶⁰ Resulta necesario aclarar que por la actividad material involucrada “los servicios públicos” y conforme al artículo 259 de la Constitución, este debería ser catalogado como un proceso administrativo, pero en el caso de encontrarse afectados “derechos constitucionales colectivos”, también podría ser ubicado entre los procesos constitucionales. Dado que el tema presenta un carácter complejo en la realidad venezolana se ha incluido en esta clasificación con fines meramente didácticos, sin con ello pretender dar por zanjado un debate en pleno desarrollo.

⁶¹ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas data. In: **La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 697-721.

⁶² KIRIAKIDIS L., Jorge C. **El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, 2012.

⁶³ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas corpus. In: **II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. La Justicia Constitucional en el Estado social de Derecho en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2012, p. 263-298.

No se puede soslayar que luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, fue declarada virtualmente inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia de 1 de febrero de 2000, oportunidad en la cual se estableció cómo se debía tramitar el proceso de amparo, mientras se adoptaba un nuevo texto jurídico acorde a los principios constitucionales.

Sin embargo, al expedirse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se regularon de manera transitoria los procesos constitucionales, mientras se dicta la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁶⁴, pero no se hizo referencia alguna al proceso de amparo y al proceso de hábeas corpus, aun cuando ambos deben estar regulados en un texto legal, por ser materia de expresa reserva legal, en virtud de lo establecido en los artículos 26, 27, 137, 156.32, 253, 257, 261 y 269 de la Constitución.

De allí que ante la presencia de una demanda de amparo o de hábeas corpus, que deben tramitarse cumpliendo con las referidas disposiciones constitucionales, el operador jurídico debía auxiliarse del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone expresamente que "... cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir se podrá aplicar el que las Salas juzguen más conveniente para la realización de la Justicia, siempre que tenga fundamento legal"⁶⁵, es decir, la norma no hace otra cosa que habilitar al órgano jurisdiccional para que en aplicación de la analogía, no cree, sino que elija uno de los procesos legalmente establecidos, por lo que en ausencia de una norma jurídica que regulase expresamente el proceso de amparo y de hábeas corpus, y hasta tanto se dictase la susodicha Ley de la Jurisdicción Constitucional, el órgano jurisdiccional competente podía utilizar alguno de aquellos establecidos en la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo quizás el más idóneo para tramitar y resolver tales asuntos, por su semejanza o similitud, el regulado para el proceso de hábeas data⁶⁶.

Sin embargo, luego de 15 años de vigencia de la Constitución, se ha expedido la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 2015, quedando regulado los procesos de amparo constitucional y hábeas corpus o amparo a la libertad personal en el texto recién entrado en vigencia y en consecuencia resueltas todas las discusiones sobre las leyes que se podían aplicar y los procesos que se debían seguir para tramitar el amparo constitucional⁶⁷.

⁶⁴ Artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶⁵ El antecedente de esta norma es el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 952, de 20 de agosto de 2010.

⁶⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

Finalmente cabe mencionar, que el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a Derecho, se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶⁸⁻⁶⁹.

7. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de la constitucionalidad ha experimentado una importante y positiva ampliación luego de las reformas constitucionales que se desarrollaron progresivamente a partir de 1990, en los distintos países del continente americano y sin duda que Venezuela no ha sido la excepción.

En lo que atiene al asunto que ocupa este estudio, cabe destacar que la reforma constitucional de 1999 comienza por proclamar la preeminencia de los Derechos Humanos como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público⁷⁰, ratifica la cláusula innominada de Derechos Humanos de dilatado arraigo en la tradición constitucional venezolana, mediante la que se reconoce que la enunciación de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos no deben ser interpretados o entendidos como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente reconocidos en ellos⁷¹.

Seguidamente, estableció la Constitución que los tratados, pactos y convenciones relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el Estado, quedan incorporados al derecho interno con "jerarquía constitucional" y prevalecen frente al derecho de origen nacional, en la medida que contemplen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos, más favorables a las establecidas en la propia Constitución o en las leyes, resultando en esos casos de aplicación inmediata y directa por todos los tribunales y los demás órganos que ejercen el Poder Público⁷².

Esto lleva a la concluyente afirmación que el *corpus iuris* de la convencionalidad⁷³ ha sido constitucionalizado y se ha integrado al resto de las normas de jerarquía constitucional, para pasar a constituir formalmente parte del bloque de la constitucionalidad.

⁶⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. In: **Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 9-151.

⁶⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela. **Revista de Administración Pública Nº 182**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 255-282.

⁷⁰ Artículo 2 de la Constitución.

⁷¹ Artículo 22 de la Constitución.

⁷² Artículo 23 de la Constitución.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999.

Sin embargo, luce pertinente aclarar que aunque se interrelacionan e incluso pueden llegar a yuxtaponerse, resulta perfectamente posible diferenciar el bloque de la convencionalidad del bloque de la constitucionalidad.

En efecto, el bloque de la convencionalidad puede ser identificado, por el origen internacional de todos los tratados, pactos, convenciones, protocolos o resoluciones, así como de los principios generales y la jurisprudencia; por el ámbito de regulación, fundamentalmente de garantía y protección de los Derechos Humanos en ellos reconocidos; y por el contenido de los instrumentos que lo integran, que al constituir un *numerus apertus*, quedan comprendidos tanto los existentes actualmente, como todos aquellos instrumentos que inspirados en el principio de progresividad puedan ser suscritos y ratificados futuramente por el Estado.

En tanto, tradicionalmente se ha identificado el bloque de la constitucionalidad, con aquel cuyo origen es nacional, comprendido por la Constitución, los principios constitucionales y las leyes constitucionales; que su ámbito de regulación abarca los valores y aspectos dogmáticos, los aspectos orgánicos y los medios internos o nacionales de garantía y protección de los Derechos Humanos; en tanto que su contenido siendo estable, goza de cierta flexibilidad, que permite su modificación, bien mediante la incorporación de nuevas disposiciones en leyes de jerarquía constitucional o a través de los mecanismos contemplados en la propia Constitución.

Según esto, se ha producido un doble fenómeno, el que se ha experimentado en clave internacional, ha sido la internacionalización del ordenamiento constitucional y legal; mientras que desde la perspectiva nacional, es de constitucionalización del ordenamiento de origen internacional en materia de Derechos Humanos, pasando a integrar el bloque de la constitucionalidad.

Es así como Venezuela se hizo miembro de la Organización de Estados Americanos a partir de 1951, suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos en 1977 y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1981.

Ahora bien, con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto de las convenciones y protocolos que integran el bloque de la convencionalidad, los órganos del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, desde que entraron en funcionamiento han venido velando por la protección de los Derechos Humanos y el cumplimiento de tales convenciones y protocolos.

Esto permite afirmar, en lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a partir de su primera decisión en función jurisdiccional, comenzó a realizar el denominado control concentrado de convencionalidad y con ello a construir los

criterios jurisprudenciales que desarrollan los estándares de protección de los Derechos Humanos que deben cumplir las autoridades nacionales en cada país⁷⁴.

No obstante ello, se ha puesto sobre el tapete el denominado control difuso de convencionalidad⁷⁵, que impone a los jueces nacionales en sus respectivos países, la obligación de aplicar y resolver conforme a las convenciones, pactos o protocolos, aquellos asuntos de su competencia en que se puedan haber lesionado o desconocido Derechos Humanos reconocidos, protegidos o garantizados por tales textos internacionales, a través de actos jurídicos u omisiones imputables a los órganos que ejercen el Poder Público en un determinado país. Dicho control tiene una doble finalidad, por una parte, restablecer la efectiva aplicación y vigencia de las disposiciones convencionales que han sido desconocidas por la actividad e inactividad de las autoridades nacionales; y por la otra, de resultar procedente, garantizar la protección y eventual reparación e indemnización de los daños causados a las víctimas.

Esta evolución del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos no reporta mayor novedad en el caso venezolano, pues tanto los tribunales de instancia⁷⁶ como la Corte Suprema de Justicia⁷⁷ venían cumpliendo esa tarea de control difuso de la convencionalidad, -aunque sin emplear ésta afortunada expresión- a partir del progresivo reconocimiento de la incorporación de los pactos, convenciones y tratados sobre Derechos Humanos al derecho interno a través de la leyes de aprobación, que fue realizando la jurisprudencia⁷⁸.

⁷⁴ STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario**, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014.

⁷⁵ Los antecedentes referenciales del control difuso de convencionalidad efectuados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran en las sentencias de 25 de noviembre de 2003, *Mack Chang vs Guatemala*; de 7 de septiembre de 2004, *caso Tibi vs Ecuador*. El precedente donde se asume plenamente fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006, *caso Almonacid Arellano vs Chile*.

⁷⁶ El Juzgado Superior en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, caso *La Rondalera*, sentencia de 10 de febrero de 1983 fue pionero en mencionar entre las "...leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales...", a los fines de admitir la protección a través del amparo constitucional, lo que lleva a considerar con absoluta propiedad, que esta sentencia "... puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad que permitió, con base en las disposiciones de la Convención Americana, que se generalizara la admisión de las acciones de amparo aún sin que se hubiese dictado la ley que la regulara...". BREWER-CARÍAS, Allan R. **Algunos antecedentes de la protección del derecho convencional en el ámbito interno**. Ponencia elaborada para el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, organizado por la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, Prof. Jesús González Pérez, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, días 22 al 25 de octubre de 2013.

⁷⁷ La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso *Andrés Velázquez*, sentencia de 20 de octubre de 1983, como máxima instancia del Poder Judicial abandona expresamente la tesis del carácter programático de los derechos constitucionales que no habían sido regulados por vía legal, "... desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo".

⁷⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los Derechos**

No corresponde analizar cada uno de estos casos por exceder los límites de este trabajo, pero lo que interesa destacar es que a través de ellos la Corte Suprema de Justicia de Venezuela efectuó tanto el control difuso de convencionalidad, como la equiparación de los tratados, convenciones y protocolos sobre Derechos Humanos a las disposiciones constitucionales, para que en ausencia de reconocimiento expreso por éstas, se les pudiesen brindar plena protección a determinados derechos expresamente reconocidos en el *corpus iuris* o bloque de la convencionalidad.

En tales casos, la Corte Suprema de Justicia procedió a contrastar si a través de la actividad o inactividad imputable a los órganos que ejercen el Poder Público, se habían desconocido o lesionado Derechos Humanos no expresamente reconocidos o protegidos por el ordenamiento jurídico nacional y al advertir dicha situación, procedió a ordenar su restablecimiento inmediato, mediante la aplicación del bloque de la constitucionalidad (convencionalidad más constitucionalidad).

Ello permite apreciar que la Corte Suprema de Justicia fue pionero en efectuar lo que en el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos se conoce como control difuso de convencionalidad y que a nivel nacional no es otra cosa que una expresión de control del bloque de la constitucionalidad—concentrado o difuso—, lo que en la actualidad resulta perfectamente posible, en la medida que la propia Constitución le otorga de manera expresa, aplicación directa y preferente a las convenciones, pactos, tratados y protocolos internacionales sobre Derechos Humanos⁷⁹, que conforme al principio de progresividad deberán ser aplicados en tanto reconozcan mayor garantía y protección a dichos derechos, que los brindados por la misma Constitución o el resto del ordenamiento jurídico nacional; pero si el ordenamiento jurídico nacional brinda igual o mayor garantía y protección a los Derechos Humanos, el asunto se resolverá aplicando éste, sin necesidad de acudir a las normas convencionales, tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia⁸⁰.

8. EL NOVEDOSO CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS FALLOS QUE INTERPRETAN Y APLICAN LA CONVENCIONALIDAD

En el Derecho Constitucional venezolano, el control *ex ante* de constitucionalidad de los tratados internacionales es posible dentro del denominado control preventivo, es decir, que éstos pueden y deben ser objeto de control de constitucionalidad

Humanos. Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días 27-28 de septiembre de 2012.

⁷⁹ Artículo 23 de la Constitución.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 16 de marzo de 1993.

antes de su ratificación⁸¹, a los fines de evitar que una vez que se produzca ésta, se pueda ver comprometida en el futuro la responsabilidad internacional de la República.

Por otro lado, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada en 1969 y vigente desde 1980, que recoge la aplicación del principio *pacta sunt servada*, todos los tratados en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe y con efecto útil, sin que sea posible invocar normas de derecho interno como justificación para el incumplimiento de los mismos⁸².

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció dos disposiciones que no requieren de ninguna interpretación, respecto a su aplicación. Es así como el artículo 2 dispone:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Otra norma, es el artículo 68, que obliga a las partes a ejecutar las sentencias adoptadas en aplicación de la Convención. Esta cláusula señala:

- 1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*
- 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Conforme a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al precisar la manera como debe operar el control difuso de la convencionalidad por los tribunales nacionales, ha sostenido que:

...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

⁸¹ Artículo 336.5 de la Constitución.

⁸² Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁸³

En esta línea argumentativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos luego estima que:

*... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.*⁸⁴

Posteriormente, la misma Corte ha ratificado aunque refiriéndose a todas las autoridades internas u órganos del Estado signatario de la Convención, que:

*... es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.*⁸⁵

No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia en manifiesto desconocimiento de las disposiciones de la Convención Americana que tienen jerarquía constitucional y de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, así como de la parte final del artículo 31 de la Constitución, que obliga al Estado conforme a los procedimientos constitucionales y legales, a adoptar “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales*” sobre protección de Derechos Humanos, ha venido construyendo una teoría que termina invocando normas de derecho interno –mal interpretadas y peor aplicadas–, para concluir desconociendo las obligaciones del Estado, contraídas conforme al Derecho Internacional y en especial de las normas de *ius cogens*, que le imponen cumplir de buena fe y con efecto útil, tanto con

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de junio de 2006, caso Almonacid Arellano vs Chile.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2006, caso Aguado Alfaro y otros vs Perú.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2010, caso Cabrera García y Montiel Flores vs México; y sentencia de 24 de febrero de 2011, caso Gelman vs Uruguay.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos como con la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, en su condición de último y auténtico intérprete de dicho instrumento internacional⁸⁶.

Es así como paulatinamente el Tribunal Supremo de Justicia ha ido construyendo jurisprudencialmente la tesis del control *ex post* de constitucionalidad de la Convención y de los fallos de la Corte Interamericana que interpretan y aplican la convencionalidad⁸⁷, basada en su particular explicación de la supremacía de la Constitución⁸⁸ y en una interpretación y aplicación decimonónica de los principios de soberanía nacional y de no intervención, llegando al extremo de declararlos inejecutables por el Estado venezolano y de exhortar la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁹.

El Tribunal Supremo de Justicia de manera desafortunada ha creado un control posterior de constitucionalidad de la Convención y ha promovido el desacato de las sentencias de la Corte Interamericana, en evidente desconocimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en la propia Convención⁹⁰.

Ello ha comprometido tanto la responsabilidad internacional de la República⁹¹⁻⁹², como la responsabilidad personal de cada uno de los jueces que conforman las salas del Tribunal Supremo de Justicia que han emitido estos fallos y de los jueces de

⁸⁶ AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 19.

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 1013, de 12 de junio de 2001; 1942 de 15 de julio de 2003; 1265, de 5 de agosto de 2008; 1939, de 18 de diciembre de 2008; 1542, de 17 de octubre de 2011 y de la Sala Político Administrativa, sentencia 165, de 6 de marzo de 2012.

⁸⁸ La doctrina científica se ha pronunciado en España sobre el carácter relativo de la soberanía nacional, tal como lo sostiene CARRILLO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 2001, p. 107-111; en América se ha señalado que el "control de la convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v. gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano". JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, p. 262, así como pp. 272-273.

⁸⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1939, de 18 de diciembre de 2008, declaró la inejecución de la sentencia de la Corte Interamericana y se exhortó la denuncia de la Convención; y, sentencia 1542, de 17 de octubre de 2011, se volvió a declarar la inejecución de otra sentencia.

⁹⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los tribunales nacionales: los casos del Perú, Venezuela y de República Dominicana**. Texto de la conferencia dictada en el Quinto Coloquio Iberoamericano: Estado Constitucional y Sociedad, organizado por la Universidad Veracruzana y Poder Judicial del Estado de Veracruz, Xalapa, el 6 de noviembre de 2014.

⁹¹ AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 164.

⁹² BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y Responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

instancia que asuman como válida esta teoría contraria al Derecho Internacional general, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la propia Constitución, o si se prefiere, contraria al Derecho de los Derechos Humanos.

Sin duda, el Tribunal Supremo de Justicia en un ejercicio de regresividad en materia de Derechos Humanos nunca visto en el país y contrario a la tendencia continental que ha supuesto incluso las reformas constitucionales necesarias para eliminar los obstáculos jurídicos que impedían tanto cumplir la Convención como aceptar y ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha involucionado la protección de los mencionados derechos en al menos tres décadas.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque pareciera que la lamentable situación en que el Tribunal Supremo de Justicia había colocado al Estado venezolano ante el Sistema interamericano de protección sobre Derechos Humanos, podía ser reflexionada y corregida mediante una revisión y enmienda de los inconventionales criterios establecidos en los fallos nacionales, se ha producido una situación sobrevenida y adicional que contribuye a abonar la precariedad en que se encuentran los venezolanos para solicitar protección ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuando éstos una vez violados por el Estado, no son protegidos y reparados a través de los mecanismos internos.

El gobierno nacional asumió la exhortación del Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, cumpliendo las instrucciones de la Presidencia de la República, mediante comunicación de 6 de septiembre de 2012, dirigida al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, procedió a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹³, con la pretendida aspiración de que cesaren sus efectos y sustraerse de la jurisdicción de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana.

Esta declaración desconoce varias disposiciones de la Constitución cuya supremacía el gobierno nacional sostiene defender, pues mediante un mecanismo distinto de los que ella misma contempla⁹⁴, tanto el Presidente de la República⁹⁵ como el Ministro de Relaciones Exteriores cumpliendo órdenes de aquél –sin que ello le sirva de excusa⁹⁶– han pretendido derogar parcialmente los artículos 2 (preeminencia de los Derechos Humanos como valor superior del ordenamiento jurídico), 19 (principio

⁹³ Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁴ Artículo 333 de la Constitución.

⁹⁵ Artículo 236.4 de la Constitución.

⁹⁶ El artículo 25 de la Constitución señala que "Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores".

de progresividad), 23 (jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y 339 (obligación de cumplimiento de las exigencias, principios y garantías establecidos en la Convención, en caso de que se decretase un estado de excepción), así como también derogar totalmente el artículo 31 (derecho de acceso y solicitud de protección y amparo de los Derechos Humanos ante los órganos internacionales), todos de la Constitución.

Según esto, desde la perspectiva del Derecho constitucional venezolano, sin una reforma constitucional no podía darse una modificación y separación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ello en todo caso no podía constituir una regresión de los mecanismos de protección de Derechos Humanos, por lo que debían reforzarse en el orden interno. Es más, una reforma constitucional que suprimiese Derechos Humanos o pretendiese desconocerlos sería tanto inconstitucional como inconvencional por violación del principio de progresividad reconocido en el bloque la constitucionalidad (Constitución y *corpus iuris* de la convencionalidad).

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho internacional, la Organización de Estados Americanos entiende que luego de transcurrido el año de formulada la denuncia por el gobierno, Venezuela ha quedado formalmente separada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, quedando únicamente bajo su jurisdicción los asuntos ocurridos con anterioridad a esa fecha y por tanto siendo igualmente responsable el Estado, se encuentra obligado a cumplir las decisiones o recomendaciones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, que versen sobre violaciones ocurridas con anterioridad al retiro, aunque unas y otras se produzcan con posterioridad al mismo.

Por supuesto, también desde la perspectiva internacional el Estado sigue obligado a respetar y garantizar los derechos humanos y los mecanismos de protección y reparación contenidos en los Pactos, Protocolos y Convenciones sobre Derechos Humanos que tiene válidamente suscritos y ratificados como miembro de la Organización de Naciones Unidas.

La precedente exposición ha puesto de manifiesto como la República de Venezuela luego de haber sido un país pionero en control de la constitucionalidad concentrado y difuso, así como de control de convencionalidad, se ha colocado a la zaga de todos los países democráticos de América⁹⁷ y al nivel de los países más atrasados del mundo, gracias al gobierno nacional y a los jueces de las salas del Tribunal Supremo de

⁹⁷ Es preciso señalar que aunque la Organización de Estados Americanos cuenta en la actualidad con 34 Estados miembros, únicamente 24 Estados son signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero asombrosamente solo la Cancillería de los Estados Unidos Mexicanos, elaboró un comunicado el día 13 de septiembre de 2012, en que manifestó su preocupación por la denuncia efectuada por Venezuela, lo que además ha puesto en evidencia el auténtico compromiso de la gran mayoría de los Estados con la Carta Democrática Interamericana.

Justicia cuyas sentencias han sido referidas, en lo que respecta tanto al control de la constitucionalidad como del control de la convencionalidad.

Aunque la sociedad civil representada por organizaciones no gubernamentales y abogados que defienden los derechos humanos, profesores universitarios, universidades y colegios de abogados a través de sus centros de derechos humanos, así como representantes de la Iglesia Católica ha demandado la nulidad por inconstitucionalidad del acto jurídico que materializa la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el día 27 de septiembre de 2012, -igual que ha sucedido con todas las demandas intentadas contra las violaciones de la Constitución en que han incurrido los órganos que actualmente ejercen el Poder Público en Venezuela-, este caso no ha sido tramitado, ni menos aun resuelto y lo tienen "engavetado"⁹⁸ a la espera de que transcurra el tiempo para declarar su inadmisibilidad por pérdida de interés o la perención, inactividad jurisdiccional que dista notablemente de la agilidad con la que se resuelven las demandas que se formulan a favor del gobierno nacional, las cuales sin tramitación del respectivo proceso constitucional son decididas incluso en escasas horas, concediendo todo lo solicitado *in limine litis*⁹⁹.

Solo resta esperar que muy pronto se restituya la democracia en Venezuela y un nuevo y legítimo gobierno asuma una posición más responsable de cara al Derecho Internacional, retire la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y proceda a cumplir tanto la propia Convención, como las sentencias de la Corte Interamericana, en demostración de auténtico compromiso con los Derechos Humanos, aunque claro está, el real compromiso será que el Estado no viole o desconozca tales derechos de los venezolanos y en que aquellos casos en que excepcionalmente ello ocurra, funcionen los mecanismos internos de protección, identificación y sanción de

⁹⁸ Esta expresión es utilizada por el personal de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, para referirse a los casos que colocan en los estantes de los archivos de la secretaría o de los despachos de los jueces, a la espera de que transcurra el tiempo y luego proceder a declarar la pérdida de interés de los demandantes o la perención por inactividad de los interesados, según el momento que haya alcanzado la tramitación. Aunque hay que reconocer que la tendencia decisoria actual ni siquiera se molesta en darle trámite a estos expedientes, sino que declara inadmisibles *in limine litis* las demandas.

⁹⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 937 de 25 de julio de 2014, concedió en apenas 6 horas un insólito amparo a la libertad personal, a favor de un supuesto funcionario diplomático venezolano detenido por la policía de un gobierno extranjero fuera de Venezuela; la misma Sala Constitucional, sentencia 1759 de 15 de diciembre de 2014, resuelve sin que haya mediado demanda alguna, de oficio, -en virtud del reclamo efectuado por el Presidente de la República el día 12 de diciembre de 2014, en un programa de televisión-, menos de 36 horas después, la "suspensión cautelar" de la sentencia 1609 de 3 de noviembre de 2014, de la Sala de Casación Social, que anuló un acto administrativo del Instituto Nacional de Tierras; y más reciente, la Sala Constitucional, sentencia 1865 de 26 de diciembre de 2014, sin proceso judicial previo y en contravención de los artículos 25.7 y 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, luego de declarar el asunto de mero derecho, se pronunció declarando una supuesta omisión en que habría incurrido del Poder Legislativo Nacional, de designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, gracias a una demanda contra el mencionado órgano legislativo intentada por el presidente del mismo, el día 22 de diciembre de 2014.

los responsables, así como la indemnización integral de las víctimas, para evitar verse sometido tanto a demandas en el orden internacional, como a las respectivas condenas y reparaciones.

10. REFERENCIAS

ABACHE ABASCAL, Serviliano. **La atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

ANDUEZA, José Guillermo. **El control jurisdiccional en el derecho venezolano**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1954.

ARAUJO-JUÁREZ, José. **Derecho Administrativo General, Acto y Contrato Administrativo**. Caracas: Ediciones Paredes, 2011.

AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDA), 2004.

BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: T. I., 1986.

BLANCO GUZMÁN, Armando L. El control de constitucionalidad y la Administración Pública. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos: homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 1**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1976.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de Derecho Administrativo: Derecho Público en Iberoamérica. Tomo III**. Madrid: Fundación Editorial Jurídica Venezolana y Civitas-Thomson Reuters, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Algunos antecedentes de la protección del derecho convencional en el ámbito interno**. Ponencia elaborada para el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, organizado por la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, Prof. Jesús González Pérez, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, días 22 al 25 de octubre de 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los tribunales nacionales: los casos del Perú, Venezuela y de República Dominicana.** Texto de la conferencia dictada en el Quinto Coloquio Iberoamericano: Estado Constitucional y Sociedad, organizado por la Universidad Veracruzana y Poder Judicial del Estado de Veracruz, Xalapa, el 6 de noviembre de 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los Derechos Humanos.** Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días 27-28 de septiembre de 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El golpe de Estado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público.** Disponible en <http://www.allanbrewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/1.2.108.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. In: **Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Justicia Constitucional, Las Instituciones Políticas y Constitucionales.** 3ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **La acción de inconstitucionalidad en Venezuela.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Constituciones de Venezuela.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.** Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y Responsabilidad del Estado.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CARRILLO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo.** Madrid: Tecnos, 2001.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. **Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

DUQUE CORREDOR, Román J. **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en los procesos constitucionales. In: **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12 ed. Paris: Sirey, 1933.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. ¿Es posible hablar de leyes constitucionales en el ordenamiento jurídico venezolano? **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 7**. Caracas: Fundación Procuraduría General de la República, 1993.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela. **Revista de Administración Pública N° 182**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 255-282.

JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

KIRIAKIDIS L., Jorge C. **El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, 2012.

La Roche, Humberto J., **Instituciones Constitucionales del Estado venezolano**. Maracaibo: Editorial Metas, 1984.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970.

MARIENOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: T. I, 1977.

MÁRQUEZ CABRERA, Juan Carlos. Controversias en torno al tipo normativo de la ley constitucional en el sistema de fuentes de la Constitución de 1999, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani**. Caracas: Fundación Bancaribe, 2013.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales: balance a un año de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. In: **I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica en Homenaje al Dr. Román Duque Corredor**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2011.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas corpus. In: **II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. La Justicia Constitucional en el Estado social de Derecho en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2012.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas data. In: **La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

RUÁN SANTOS, Gabriel. La presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. La jefatura administrativa del Presidente de la Nación. In: **Atribuciones del Presidente Argentino**. Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 1986.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario**, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014.

WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986.