

# CONSTITUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL DEL PODER EN VENEZUELA\*

## Breves reflexiones sobre el olvido de Locke

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela  
y la Universidad Católica Andrés Bello  
Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila*

*“Usted parece (...) considerar a los jueces como los últimos árbitros de toda  
cuestión constitucional; una doctrina muy peligrosa, de hecho, que puede  
colocarnos bajo el despotismo de una oligarquía.  
Nuestros jueces son tan honestos como cualquier hombre,  
pero no más. Ellos tienen, como todos, las mismas pasiones  
por la política, el poder y el privilegio”.*

*Thomas Jefferson*

*“Dentro de estos límites el poder conferido a los Tribunales de  
Justicia de América de declarar a la Ley como inconstitucional,  
forma parte de una de las más poderosas barreras que han existido  
nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”.*

*Alexis de Tocqueville*

**Resumen:** *La independencia venezolana estuvo basada en el concepto de Constitución y control de poder, mostrando una gran influencia del Derecho Británico. El control judicial de los poderes públicos es, por lo anterior, una herramienta para prevenir la tiranía. Actualmente, sin embargo, el control judicial del Poder ha degenerado en el control judicial del ciudadano frente al poder.*

**Abstract:** *Control judicial del poder, justicia constitucional, justicia administrativa, bases republicanas del Derecho Público.*

**Palabras Clave:** *Venezuelan Independency was based in the concept of Constitution and control of the government, showing a great influence of the British Law. Judicial control of the Government is a mechanism that aims to prevent tyranny. Currently, however, judicial control of the Government has degenerated in the judicial control of the citizen before the State.*

**Key words:** *Judicial control of the Government, judicial review, constitutional and administrative justice, republican fundaments of the Public Law.*

---

\* Texto de la conferencia leída en la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* el 22 de abril de 2015, en el foro *La Reconstrucción del Poder Judicial en Venezuela*.

## I

El proceso de emancipación venezolano que desde 1810 comenzó a expresar formalmente sus primeras decisiones jurídicas, tuvo como pieza central el concepto de Constitución, mostrando de esa manera un influjo importante de la Revolución de Independencia de Norteamérica y, por ello, del Derecho Británico.

De esa manera, ya en el acta levantada el 19 de abril de 1810 para justificar las razones que llevaron a constituir a la *Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII*, se anuncia que el “*plan de administración y gobierno*” que habría de crearse, debía ser conforme a la “*voluntad general del pueblo*”, todo ello en función del “*derecho natural*” que permite “*ejercer los derechos de la soberanía*”. He aquí, en el lenguaje de Juan Germán Rocío, las palabras claves del nuevo Derecho que entonces comenzó a formarse.

En ese nuevo lenguaje, aparece muy pronto la palabra “Constitución”. Así, en el *Manifiesto sobre la forma de Gobierno*, de 24 de abril de 1810, se reitera la relevancia de la “*voluntad general*” que consolida “*el voto universal*”, necesario para la sanción de una nueva Constitución “*aprobada por la representación nacional legítimamente constituida*”. Fue por ello que, jurídicamente, la *Junta Suprema* se encargó de organizar la elección del *Congreso* llamado a discutir y aprobar la Constitución. Para ese fin fue confeccionado el *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810*, otra expresión de la obra de Juan Germán Roscio. En la *alocución* previa de ese Reglamento, Rocío resumió los fundamentos del nuevo Derecho Público centrado en la defensa de la libertad y la proscripción de toda tiranía, arbitrariedad o despotismo. Uno de esos fundamentos fue la separación de poderes:

“Habitantes de Venezuela: buscad en los anales del género humano las causas de las miserias que han minado interiormente la felicidad de los pueblos y siempre la hallareis en la reunión de todos los poderes”.

Estos principios marcarían el desempeño del *Congreso General de Venezuela* y de la Constitución como pieza jurídica central de todo ese proceso. Esto se tradujo en diversas Constituciones Provinciales (destacamos las Constituciones de Mérida, 31 de julio de 1811 y de Trujillo, de 2 de septiembre de 1811) y principalmente en la Constitución de 21 diciembre de 1811. Más que una gesta militar orientada a la independencia, lo que entonces se intentó fue la independencia como paso necesario para la promulgación de la Constitución. Como dijo Peñalver, en los debates que antecedieron a la decisión de independencia, de 5 de julio de 1811:

“Es innegable que tenemos derecho para ser libres e independientes y que sobre estos principios vamos a formar una Constitución republicana. Los señores Miranda y Yanes han demostrado bien que ésta es incompatible con los reyes”.

La independencia como medio, no como fin. Una idea contraria a la que se proyecta desde la *historia patria y oficial*, que ve en la independencia un fin, preferiblemente, alcanzado por medios militares. Pero en realidad, para los venezolanos de entonces, la independencia implicó un paso previo y necesario para instaurar la República Liberal, basada en la Constitución y por ende, en el control del poder.

## II

Esta idea de Constitución fue tomada directamente de la Revolución Norteamericana. Aun cuando pueda parecer una frase simple, se ha sostenido que la Constitución -como acto escrito- es el gran invento de esa Revolución. Una creación, en todo caso, que solo puede entenderse desde la Antigua Constitución Británica y su notable influencia en las Colonias Americanas. Rastrear los trazos generales de esos orígenes históricos parece necesario para encuadrar, mejor, el estudio del concepto de Constitución y control de poder en Venezuela.

Montesquieu llamó la atención sobre lo que él denominó el *gobierno mixto* británico. En efecto, la Monarquía británica, para el siglo XVII, aparece dominada por la idea de soberanía del parlamento, luego de una evolución cuyos grandes trazos arrancan con la *Carta Magna* de 1215; el *Petition of Rights* de 1628, y el *Bill of Rights*, de 1689, derivado de la *Revolución Gloriosa* del año anterior. John Locke resumió entonces los grandes principios de la Constitución británica, caracterizadas por la idea central del control del poder como medio para proteger los derechos naturales constitutivos de la sociedad: vida, libertad y propiedad.

Ya entonces la idea de Constitución estaba formada, y con ella, el principio de control de poder. Pues la llamada Antigua Constitución Británica puede así ser definida: un conjunto de reglas llamadas a proteger la vida, la libertad y la propiedad mediante el control del poder. Esto supuso la conformación del *gobierno mixto*, en el cual incluso se dieron interesantes antecedentes de control judicial de los actos del Parlamento, cuando éstos resultaran contrarios a los principios fundamentales del *common law*. Tal fue la esencia de la célebre decisión del caso *Dr. Bonham*, de la Corte para Peticiones Comunes, de 1610, bajo la ponencia de su presidente, Sir Edward Coke.

La Revolución Gloriosa atenuaría el impacto de este principio, al quedar fortalecida la soberanía del Parlamento y con ello, reducido el control judicial sobre sus actos. Sin embargo, las consecuencias prácticas de esos conceptos se verían algún tiempo después, en las lejanas Colonias Americanas.

### III

Para tratar de reponer el tesoro británico, extenuado luego de la llamada *Guerra de los Siete Años*, el Parlamento decidió imponer un impuesto especial en las Colonias: el *Stamp Act*, de 1765. El principio de soberanía del Parlamento, asentado desde 1688, se puso a prueba. Los habitantes de las Colonias no habían votado para elegir a los representantes de ese Parlamento. Luego, era contrario a la Antigua Constitución Británica limitar la propiedad por un órgano que no derivaba su poder de la representación.

Tal fue, en esencia, el argumento legal expuesto entonces, y reiterado en la escalada de actos adoptados desde el Parlamento sobre las Colonias, hasta el episodio conocido como la destrucción del té en Boston, en 1773. La lectura de los escritos y discursos de esa época permite evidenciar cómo, en el fondo, los colonos americanos estaban defendiendo la Constitución británica frente a lo que consideraron eran actos despóticos del poder. Unos principios, insistimos en ello, que estaban muy arraigados: cuando Otis atacó judicialmente una Ley que regulaba a los *Writs of Assistance*, en 1761, invocó el principio conforme al cual el *common law* permite el control de las Leyes, que pueden devenir en nulas. Adams, presente en la audiencia judicial, tomó nota de aquel argumento, que implicaba el reconocimiento del control del poder basado en la idea de la supremacía constitucional.

Esta diferencia constitucional convergió en diversos documentos jurídicos que forjaron el constitucionalismo americano, y por ello, al constitucionalismo como tal. El *Bill of Rights* de Virginia, de 1776, redactado por George Mason, destacaría la esencia de los *derechos naturales* resumidos por Locke, cuya protección justifica el control del poder. Muy poco después fue aprobada la *Declaración de Independencia*, confeccionada por Jefferson, en la cual Locke está igualmente presente. Es suma, se estaba invocando la esencia de la Constitución Británica: todo acto del Poder Público debe quedar limitado conforme al principio de representación y separación de poderes.

Incluso habiendo alcanzado la independencia del Reino Unido, la construcción jurídica de ese modelo republicano estaba incompleto. La forma de Gobierno derivada de los *Artícu-*

*los de la Confederación y de la Unión Perpetua* (1777) resultaba extremadamente débil e impráctica. Era necesario crear un Gobierno Federal, para lo cual Washington y Madison, principalmente, insistieron en la necesidad de sancionar una Constitución federal. El concepto británico de Constitución, presente en toda la Revolución Americana, había decantado en una variación formal: era necesario reunir tales principios básicos en un documento escrito, sancionado por un órgano especial bajo un procedimiento igualmente especial, que permitiese otorgar a tal documento una protección reforzada. Tal fue el sistema ideado para promulgar, en 1780, la Constitución de Massachusetts, siguiendo la propuesta de Adams.

Partiendo de esas ideas se dictó, en 1787, la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica. Pero el debate no estaba cerrado. Junto a los defensores de la Constitución (los federalistas) otro grupo no menos importante veía con resquemor a esa Constitución (los anti-federalistas), al crear un Gobierno federal con suficiente poder para representar una amenaza a la libertad. El arreglo entre ambas posiciones llevó a enmendar la Constitución con un catálogo de derechos fundamentales, conocidos como *Bill of Rights*, discutidos entre 1789 y 1791. Con ello, se reiteró que el control del poder se basa en el reconocimiento y protección de los derechos inalienables resumidos por Locke.

#### IV

La esencia de la Constitución americana puede así resumirse: un pacto de libertad basado en el control del poder. Constitución y control de poder son, así, las bases fundamentales del constitucionalismo americano. Un control basado en la separación de poderes y la existencia de pesos y contra pesos que parten del principio según la cual la Constitución es la *Ley suprema*.

Esta concepción de la Constitución como norma superior llevó a Madison a concluir, en el número 78 de *El Federalista*, que la defensa de la Constitución debía recaer sobre el Poder Judicial. Quienes pensaron y redactaron los actos jurídicos fundamentales del constitucionalismo americano conocían bien, como vimos, la idea británica de una norma superior susceptible de control judicial. De allí que el control del poder, como componente básico de la Constitución americana, se afirmó sobre la base del control judicial sobre el Congreso y el Poder Ejecutivo, y por ende, sobre la idea del control judicial como garantía de la Constitución.

Esto permitió a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos controlar judicialmente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. En cuanto al primero, se cita el caso *Little v. Barreme*, de 1801. Más conocido es el segundo tipo de control, con la decisión de 1803, en el caso *Marbury v. Madison*, bajo la ponencia del Presidente de la Corte, John Marshall. En esa decisión Marshall aplicó los principios básicos del constitucionalismo británico. Se ha interpretado, sin embargo, que esa decisión respondió al recelo que Marshall tenía respecto del entonces Presidente Jefferson, quien era su primo. Quizás por ello Jefferson criticaría el principio derivado de esa decisión, al advertir que ella podría degenerar en la concentración de poder en los Tribunales.

#### V

Estos principios fueron tomados en cuenta al redactar la Constitución de 1811. La interpretación de ese Texto ha quedado en cierta forma relegada, en parte, por el juicio crítico que a su contenido hiciera Bolívar. Una Constitución -se dijo- “tan contraria a sus intereses, como favorable a los de sus contrarios”.

En realidad, la Constitución de 1811 recoge todas las tensiones que los venezolanos de entonces tuvieron que superar, para instaurar las bases jurídicas de una República en medio de una sociedad colonial y por ende, desigual. De allí se ha señalado que el liberalismo fue en cierta forma amoldado, entre nosotros, en una especie de liberalismo criollo.

En cualquier caso, la Constitución estableció las bases de la separación y control del Poder que perviven, en la forma, hasta nuestros días. El ejercicio del poder público -se lee en su preámbulo- “no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones”. Por ello, como explicó Francisco Javier Yanes, la Constitución estableció un sistema representativo y federal. El primer atributo se basa en el principio de separación de poderes a nivel nacional; el segundo atributo se fundamenta en la separación de poderes a nivel vertical. Esta separación -horizontal y vertical- de poderes fue ideada con un propósito: prevenir el abuso de poder. Para el constituyente de 1811, el poder siempre debía generar desconfianza.

Sin embargo, la Constitución de 1811 no estableció, expresamente el control judicial de los Poderes Públicos. Sí se establecieron, en todo caso, diversos controles. Así, se reconoció el control del Senado sobre los funcionarios públicos, incluso, por actos dictados al margen de la Constitución (artículo 52). También el Congreso podía controlar las Leyes de las Provincias contrarias a la Constitución (artículo 71.18). Respecto del Poder Ejecutivo, se estableció su subordinación a la Ley (artículos 100 y 105) así como su sometimiento al control del Congreso (artículo 102).

Para comprender este sistema de controles, debemos recordar -citando a Roscio- que la fundamentación liberal de la Constitución de 1811 se basó en la defensa de la libertad, concebida en todo caso dentro de las virtudes republicanas (Sanz). Por ello, la Ley no podía ocupar el centro del ordenamiento jurídico, pues la Ley podía ser también un acto despótico, cuando no fuese una Ley de libertad, como se infiere del artículo 149 de la Constitución. Hay aquí una especie de inflexión respecto del legiscentrismo propio de la Revolución Francesa. En efecto, el concepto de Ley en la Constitución de 1811 aparece inspirado en la Revolución Francesa y su concepto de “Reino de la Ley”, es decir, la Ley de libertad. Pero la Ley no era el centro del sistema, en tanto ese lugar lo ocupaba la Constitución. Necesariamente, por ello, la obediencia a la Ley no podía ser una obediencia ciega, en tanto tal obediencia ciega pronto conduciría a la peor tiranía: aquella que se escuda en la Ley.

De allí que, con toda la tradición de la Constitución Británica, la Constitución de 1811 trazó dos controles especiales:

.- El *primer* control es el reconocimiento del derecho de rebelión, que fue -como en Estados Unidos- el fundamento jurídico primero de nuestro modelo republicano. El artículo 191 reconoció el derecho ciudadano a abolir al Gobierno despótico, pero siempre dentro de las formalidades reconocidas en la Constitución.

.- El *segundo* control, precisamente, deriva de esas formalidades, esbozadas en el artículo 227, que siguió los principios básicos del artículo sexto de la Constitución americana. Allí se reconoce el carácter normativo de la Constitución; se enuncia el principio de la “Ley suprema” y se advierte que las Leyes que se expidan contra el tenor de la Constitución “no tendrán ningún valor”. Esta norma debe valorarse junto al artículo 199, que declaró la nulidad de toda Ley contraria a la declaración de derechos de la Constitución.

Tales artículos han sido interpretados por la doctrina venezolana como la base de la justicia constitucional, incluso, con referencia al reconocimiento del control difuso. Una solución que no es descabellada, si tomamos en cuenta la influencia de la Constitución americana y la opinión, ya citada, de Madison, quien reconoció la figura del control judicial como derivación de los principios de la Constitución Británica y por ende, del control del poder.

## VI

Estos principios han informado a la evolución constitucional del Estado venezolano. No es ésta la ocasión para resumir tal evolución, tratada en detalle por la doctrina. Basta con señalar que la Constitución de 1999 reconoce, formalmente, estos principios, al establecer como base el principio de supremacía de la Constitución; de separación de poderes en su doble sentido vertical y horizontal, y el principio de legalidad y de control de los Poderes, en distintos ámbitos, incluyendo el control judicial. En este sentido, la Constitución optó por mantener la estructura tradicional de un Máximo Tribunal en la cúspide del Poder Judicial, confiando el control judicial de los poderes públicos a diversos Tribunales, básicamente, con tres competencias: la electoral, la constitucional y la contencioso-administrativa.

Se trata de un sistema que amplía, notablemente, los cauces de control judicial del Poder Público. De tal manera, el Poder Público se somete al control judicial (i) en cuanto a su actuación a través de la Administración Pública y la Administración Pública, en un control de legalidad y de constitucionalidad, y (ii) en cuanto a su conformidad con la Constitución, en un sistema que partiendo del *grado formal* de las actuaciones del Poder Público, combina el control difuso con el control concentrado ejercido en exclusiva por la Sala Constitucional.

De esas tres competencias, es la competencia constitucional, llamada justicia constitucional, la que ha planteado mayores distorsiones en la práctica. El origen de esas distorsiones, en parte, lo encontramos en un problema de indebida interpretación del diseño institucional. La ilegítima exposición de motivos de esa Constitución, respaldada por la opinión de algún sector de la doctrina, quiso ver en la Sala Constitucional una suerte de Tribunal Constitucional con competencia exclusiva para “garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales”.

Otro sector de la doctrina, acertadamente, criticó tempranamente esa interpretación, señalando que de acuerdo con el artículo 335 constitucional, es al Tribunal Supremo de Justicia -y no a la Sala Constitucional- a quien le correspondía esa función de garante e intérprete último de la Constitución, siendo que el control judicial de la Constitución no puede entenderse como un monopolio de la Sala Constitucional. Una advertencia que fue ignorada, desarrollándose en la práctica un sistema de control judicial que, en la realidad, es la negación de nuestra fundamentación república.

## VII

La estructura de control del poder cumple una especial función en relación con la Administración Pública. Es el Poder Ejecutivo la rama del Poder Público que entraba relaciones más estrechas con los ciudadanos, y que supone, por lo anterior, un grado mayor de riesgo. Por ello, para prevenir la arbitrariedad del Poder Ejecutivo es necesario establecer un sistema efectivo de controles, incluyendo el control judicial.

La Revolución Francesa moldeó un tipo especial de control, que se ha difundido en Europa y en general, en Latinoamérica: el control por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa. La particular interpretación que esa Revolución dio a la separación de poderes -en lo que acertadamente se ha denominado la “disidencia revolucionaria”- llevó a la creación de un control dentro de la propia sede del Poder Ejecutivo. El Consejo de Estado francés, sin embargo, logró evolucionar no solo hasta adquirir la autonomía institucional necesaria para asegurar la efectividad del control, sino además, para salvaguardar el derecho humano a la tutela judicial efectiva.

Este mecanismo, puesto en práctica por el Derecho administrativo francés, aparece inspirado en el principio británico del control judicial sobre los Poderes Públicos, incluyendo el

control judicial sobre la Administración Pública. Un control necesario, como se dijo, para prevenir el abuso de poder y la arbitrariedad. También, necesario para propender a la existencia de una buena administración.

En efecto, una Administración sujeta a un estricto control judicial es una Administración que debe propender más hacia una *buena Administración*. Es decir, una Administración que además de cumplir la Ley dicta decisiones de calidad, conforme a la gobernanza democrática. Por ello, el control judicial es un instrumento que coadyuva a prevenir la *mala administración*, de acuerdo al concepto del artículo 3 Declaración de Virginia, que fue incorporado al artículo 191 de la Constitución de 1811.

### VIII

Hoy día se aprecia la deformación del control judicial del Poder Público en Venezuela. Ello es consecuencia de cuatro causas que convendría resumir.

.- En *primer* lugar, encontramos la deformación de la Sala Constitucional, que encuentra su primera manifestación en la exposición de motivos, ilegítima por demás, de la Constitución de 1999. Esa desviada interpretación se asumió desde la primera sentencia de la Sala Constitucional, de 20 de enero de 2000. Desde esa fecha, y parafraseando a Luis Castro Leiva, hemos aprendido a cultivar el olvido. Es decir, se ha olvidado -o se ha querido olvidar- a la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público. En pocas palabras: el olvido de Locke.

Pues la Sala Constitucional, sobre la falaz premisa según la cual es el último y máximo intérprete de la Constitución, se ha erigido, de facto, en un Poder que concentra diversas funciones y se ubica no solo por encima del propio Tribunal, sino incluso, por encima de todos los Poderes Públicos. La doctrina especializada ha analizado con detenimiento estas desviaciones, especialmente, al estudiar la llamada jurisdicción normativa de la Sala. Así, la Sala Constitucional, ignorando la Constitución y las Leyes que han regido su actuación, ha usurpado competencias para revisar sentencias del Tribunal Supremo de Justicia; se ha avocado, incluso de oficio, a cualquier causa judicial, incluyendo de las Salas del propio Tribunal; ha interpretado la Constitución, para reescribirla y ha dictado sentencias normativas que pretenden tener carácter de Ley. En una de sus últimas decisiones, ha usurpado el carácter del Ministerio Público, concentrando el carácter de acusador y juez, para condenar, sin juicio y sin delito, a alcaldes, acordando además su destitución.

.- La *segunda* causa es la desfiguración del rol del Juez frente al Poder Público. Aquí también se ha cultivado el olvido de Locke. En nuestra fundamentación republicana, el Juez controla el Poder para prevenir su abuso, es decir, la arbitrariedad, muy especialmente, de la Administración Pública. Pero en la práctica, el Juez no controla a la Administración Pública. Las estadísticas de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y electoral demuestran un claro sesgo a favor de la Administración en sus sentencias. Además, la Sala Político-Administrativa ha asumido la tesis conforme a la cual, al declarar sin lugar la demanda de nulidad, puede ordenar a la Administración a modificar el acto administrativo impugnado pero para agravar la situación del ciudadano accionante. El Juez, aquí, protege al Poder frente al ciudadano.

.- La *tercera* causa es la ausencia de garantías institucionales que garanticen la independencia y autonomía del Poder Judicial. La transitoriedad de ese Poder ha derivado en la práctica ausencia de Jueces de carrera, y por ello, en Jueces sin estabilidad. Y como es sabido, sin esas garantías, todo Poder Judicial termina siendo herramienta del Gobierno.

.- La *cuarta* causa de la deformación del control judicial radica en el origen de esa deformación. No se trata solo de criterios errados que, con un inadecuado marco institucional, han propendido a reducir ese control. Esa reducción es, además, una consecuencia deseada y procurada, en la construcción del llamado Estado Comunal, que es la negación del Estado constitucional. Ese Estado Comunal abdica del sistema republicano y del principio de representación, pues sobre la base de una supuesta democracia directa deriva en realidad en la concentración de poderes y en la aniquilación de la libertad general del ciudadano, al reducir los controles sobre el Gobierno. El Poder Judicial, en este contexto, garantiza y protege al Estado Comunal, que es la negación de la libertad.

Tal es el olvido de Locke. El control judicial del Poder en Venezuela ha degenerado en el control judicial del ciudadano frente al Poder.

#### IX

Los principios de la Constitución Británica encontraron una nueva expresión a resultas de la globalización y la llamada mundialización de los derechos humanos. Después de su reconocimiento expreso en la Constitución, con el antecedente norteamericano, la defensa de esos derechos llevó, luego de la Segunda Guerra Mundial, a insistir en su necesaria tutela judicial. En tanto los derechos humanos constituyen la esencia del Estado, de acuerdo con Locke, es necesario crear un control judicial externo al propio Estado. De allí la idea de crear no solo un sistema universal de derechos humanos, sino tanto más importante, la idea de crear Tribunales Internacionales de defensa de los derechos humanos.

Esta tendencia, recientemente, ha tenido otra manifestación en el arbitraje internacional de inversiones. Inicialmente tal arbitraje fue interpretado de acuerdo con los cánones del comercio internacional, como una especie de sistema arbitral privado. Hoy día diversos autores, acertadamente, han señalado que el arbitraje internacional de inversiones forma parte del sistema de controles externos sobre el Estado y especialmente sobre su Administración Pública. Con lo cual, el arbitraje internacional de inversiones promueve y protege el Estado de Derecho y la gobernanza democrática.

Por lo anterior, la justicia internacional, como consecuencia de la globalización, ha derivado en la creación de nuevos controles sobre los Poderes Públicos. No es de extrañar entonces que la Sala Constitucional -siguiendo en todo caso un criterio defendido en otros sistemas- haya optado por reivindicar el dogma de la soberanía nacional, negando todo control internacional en asuntos internos. Con base en los criterios así establecidos, el Gobierno denunció el Convenio CIADI y, en contra de la propia Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La negación de la justicia internacional es, también, otra muestra del olvido de Locke. La negación de esa justicia coloca al ciudadano sin otros medios de defensa que los que ofrece el sistema interno, cuya efectividad, como hemos visto ya, es prácticamente nula.

#### X

Para superar la actual coyuntura, no solo son necesarias reformas institucionales. Algo más importante que ello: es necesario un cambio en el pensamiento jurídico, reivindicando los principios republicanos de nuestro Derecho Público. Citando de nuevo a Luis Castro Leiva, los venezolanos debemos pensar "*lo que es llegar a ser una república y en el proceso construir en ella una democracia*". En esa tarea, la reconstrucción conceptual del Poder Judicial es una tarea más que necesaria.

Esa reconstrucción pasa por reivindicar la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, que parte de la desconfianza hacia el Poder y en especial frente al Gobierno. Esta desconfianza lleva a configurar al Gobierno como un poder controlado y por ende, limitado, en especial, por el control del Poder Judicial. Solo un riguroso control cumple con el propósito de prevenir el despotismo, pues como señaló Madison, los ángeles no dirigen al Gobierno.

Estos principios deben llevar a insistir en que es necesario el control judicial sobre los Poderes Públicos para asegurar efectivamente la libertad, todo lo cual pasa por reconocer controles internos pero también controles internacionales. Controles que deben partir, con Locke, de la centralidad del ciudadano y de sus derechos humanos. Todo lo contrario de nuestro Derecho, que aparece centrado en el Poder y no en el ciudadano, no solo en el Derecho Constitucional y Administrativo, sino incluso en el Derecho Penal, como lo evidencia la recepción de figuras cónsonas con la tesis del “Derecho Penal del enemigo”.

No es ocasión de adentrarnos en las reformas institucionales necesarias para que este cambio de pensamiento sea efectivo. Tan solo quiero referirme en aspectos generales a dos reformas, por considerarlas quizás las más relevantes.

.- La *primera* propuesta es superar el brumoso estado de transitoriedad en el cual se encuentra el Poder Judicial, en tanto ello no garantiza el acceso por concurso judicial ni la estabilidad del Juez, y conduce, indefectiblemente, a la politización del Poder Judicial. Sin perjuicio de detalles que puedan ser valorados, aquí la causa del problema no es la Constitución, sino el olvido -deliberado- de los principios que postulan la autonomía e independencia del Poder Judicial, con una indebida extensión de la “transitoriedad” de ese Poder, originada desde el irregular proceso constituyente que culminó con el Texto de 1999.

.- El *segundo* aspecto tiene que ver, ahora sí, con el diseño institucional de la justicia constitucional. Estamos conscientes de que la desnaturalización de esa justicia ha sido consecuencia de la usurpación de funciones por la Sala Constitucional, y no tanto del sistema de justicia constitucional diseñado en el Texto de 1999. Pero debemos también reconocer que la causa primera de esa desviación fue la creación de un órgano judicial con competencia exclusiva para el control concentrado de la constitucionalidad.

La existencia de un control concentrado de la constitucionalidad implica una inflexión, en nuestra opinión, al principio de separación de poderes, pues en parte -ya lo señaló Kelsen- el Tribunal encargado de ese control ejerce, o participa, en la función legislativa. Se trata de un poder concentrado que es, por definición, un riesgo a la libertad. Pues en suma, no serán ángeles quienes ejercerán ese control. Y mientras más concentrado sea ese poder, más riesgos existirán para la libertad.

Frente a ello, el control difuso tiene una ventaja: fragmenta el control judicial de la constitucionalidad en diversos tribunales. Incluso aquí podría objetarse, como hizo Jefferson, que los Tribunales asumirían el control último de la Constitución, lo cual es ciertamente un riesgo. Pero se trata de un riesgo necesario, pues la supremacía de la Constitución de nada serviría si no existiese un control judicial, como observó muy bien Tocqueville, al contrastar, para el caso de Estados Unidos, el control difuso frente a un eventual sistema concentrado.

Con lo cual, y como reflexión final, cabe indagar, conforme a nuestra realidad, cuál sistema de justicia constitucional resulta más idóneo. No hay duda de que, en el plano teórico, el sistema actual de control difuso y concentrado protege efectivamente la Constitución y la defensa de derechos humanos, pero con un costo importante: crear un control concentrado que otorga un poder que, en sí mismo, es una tentación para su ejercicio despótico.

Un riesgo que hace casi dos siglos observó Francisco Javier Yáñez: “el espíritu del hombre es tan naturalmente sospechoso que apenas un ciudadano se eleva sobre sus compatriotas, cuando se le supone el deseo de hacerse absoluto”.

Referencias bibliográficas básicas.

1.- Sobre los fundamentos constitucionales de la emancipación venezolana, puede verse a Brewer-Carías, Allan, *Los inicios del proceso constituyente hispano y americano*. Caracas 1811-Cádiz 1812, Bid & Co. Editor, Caracas, 2011, pp. 78 y ss., así como a Garrido Rovira, Juan, *El Congreso Constituyente de Venezuela*, Universidad Monteávila, Caracas, 2010, pp. 56 y ss.

Con anterioridad he analizado algunos aspectos de los fundamentos republicanos de nuestro constitucionalismo en Hernández G., José Ignacio, “El 19 de abril de 1810 y la creación de un nuevo derecho público para la libertad”, en *La crisis del mundo hispánico y sus implicaciones*, Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, Caracas, 2011, pp. 97 y ss., y “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 67 y ss.

2.- Sobre los fundamentos del constitucionalismo británico, puede verse a Schwartz, Bernard, *The roots of freedom. A constitutional history of England*, Hill & Wang, New York, 1967, pp. 1 y ss. En cuanto a los fundamentos del control judicial de acuerdo con la Constitución Británica, vid. Plucknett, Theodore F. T., “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, Vol. 40, N° 1, 1926, pp. 30 y ss.

En relación con el pensamiento constitucional de Locke, vid. Schwoerer, Lois G., “Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 51, N° 4, 1990, pp. 531 y ss.

3.- La visión de acuerdo con la cual la independencia de Estados Unidos comenzó con una diferencia constitucional, puede ser vista, recientemente, en Greene, Jack, *The constitutional origins of the American Revolution*, Cambridge, New York, 2011, pp. 67 y ss. Para el estudio de los debates durante esa independencia, vid. Bailyn, Bernard, *The ideological origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 1992, pp. 94 y ss.

Respecto del proceso de creación de la Constitución norteamericana, vid. Berkin, Carol, *A brilliant solution. Inventing the American Constitution*, Mariner Books, Boston, 2003, pp. 11 y ss.

4.- En cuanto a los fundamentos del control judicial de los Poderes Públicos en Estados Unidos de Norteamérica, vid. Hamilton, Alexander, et al, *The federalist*, The modern library, New York, 2011, pp. 495 y ss.

Sobre los fundamentos, antecedentes y consecuencias del caso *Marbury v. Madison*, vid. Engdahl, David E., “John Marshall’s “Jeffersonian” concept of Judicial Review”, *Duke Law Journal* N° 49, 1992, pp. 272 y ss.

5.- Tomás Polanco analizó los mecanismos de control del poder en la Constitución de 1811, en *Las formas jurídicas en la Independencia*, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, pp. 63 y ss. Puede verse también a Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, pp. 83 y ss.

En este sentido, Carlos Ayala Corao ha concluido que la Constitución de 1811 reconoció el control judicial de las Leyes inconstitucionales. *Cfr.*: “La justicia constitucional en Venezuela”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* N° 1, Madrid, 1997, pp. 379 y ss.

6.- Para la evolución del control judicial de los Poderes Públicos en Venezuela, entre otros, véase a Pérez Guevara, Martín, “Bases normativas del control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 15 y ss.

En cuanto al modelo de justicia constitucional en el Texto de 1999, y a favor de la existencia de una suerte de “Tribunal Constitucional”, *vid.* Haro, José Vicente, “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en *El nuevo Derecho constitucional venezolano*, UCAB, Caracas, 2002, pp. 501 y ss. Frente a esa posición, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 7 y ss. Puede verse también a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 79 y ss.

7.- Sobre los fundamentos constitucionales de la justicia administrativa, *vid.* García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss. Con mayor detalle, *vid.* *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 y ss.

En Venezuela, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Thomson-Civitas, Madrid, 2013, pp. 833 y ss., así como Urosa Maggi, Daniela, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 114 y ss.

8.- Un detenido estudio de la deformación de la justicia constitucional puede ser vista en Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 515 y ss.

En especial, sobre la patológica “jurisdicción normativa”, puede verse la obra colectiva coordinada por Brewer-Carías *Constitutional Courts as positive legislators. A comparative law study*, Cambridge, 2011. El libro recoge las ponencias del Congreso Internacional de Derecho Comparado. En especial, puede verse el estudio introductorio de Brewer-Carías (pp. 1 y ss.), así como la ponencia de Venezuela, a cargo de Daniela Urosa (“*Constitutional Courts as Positive Legislators: the Venezuelan Experience*”, pp. 843 y ss.). Una versión más amplia puede verse en *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 100 y ss.

Para un estudio sobre las estadísticas y desempeño del Poder Judicial en Venezuela, *vid.* Canova González, Antonio, *et al.*, *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Muy en especial, véanse los trabajos de Chavero, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011, pp. 103 y ss. y Louza, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, Funeda, Caracas, 2011, pp. 28 y ss.

9.- Sobre la justicia internacional en materia de derechos humanos, vid. Ayala Corao, Carlos, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 93 y ss. Del autor, puede verse también *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 199 y ss. Allí se analiza la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención (pp. 252).

Sobre el arbitraje internacional de inversiones, vid. Thomas W. Wälde, “The Specific Nature of Investment Arbitration”, en *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y ss. Antes hemos defendido que tal arbitraje debe valorarse en el marco del Derecho administrativo global. Vid. Hernández G., José Ignacio, “El arbitraje internacional de inversiones, la intervención administrativa en la economía y el Derecho administrativo global”, *XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho administrativo y proceso*, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Caracas, 2014, pp. 497 y ss.

10.- Kelsen estudió comparativamente el control concentrado y el control difuso en “Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics Vol. 4*, N° 2, 1942, pp. 183-200.

Las dudas de Jefferson pueden ser vistas en *The writings of Thomas Jefferson, Volume VII, Book 2*, Derby & Jackson, New York, 1859, p. 178. El comentario de Tocqueville se toma de *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 106 y ss.

Es fundamental, para todo lo anterior, la referencia a García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 39 y ss. Puede verse también a Duque Corredor, Román, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legis, Caracas, 2008, pp. 123 y ss., así como a Tarre Briceño, Gustavo, *Solo el poder detiene al poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 340 y ss.

Las referencias a Roscio y a Yanes se toman, respectivamente, de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996 y *Manual Político del Venezolano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959. Un estudio del pensamiento de estos autores puede verse en Hernández G., José Ignacio, “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en Brewer-Carías, Allan, *Documentos constitucionales de la Independencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 1 y ss.

Las citas a Castro Leiva se toman de su discurso del 23 de enero de 1998, que puede ser visto en *Para leer a Luis Castro Leiva*, UCAB, 2006, pp. 111 y ss.