

VIOLACION A DERECHOS CONSTITUCIONALES. EXCEPCION A LA PRESUNCION DE LEGITIMIDAD Y AL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA TEORIA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Humberto Briceño León

Profesor de Derecho de la U.C.V.

El artículo 46 de la Constitución declara nulos los actos que violen garantías constitucionales y esa propia disposición ordena no acatar los actos que violenten derechos y garantías constitucionales. En nuestro criterio es posible sostener que las autoridades públicas están autorizados por la Constitución a no acatar actos que estimen transgreden derechos constitucionales que corresponden a los ciudadanos. La doctrina española ha desarrollado la idea de la desaplicación de algunos actos al atribuirle esa potestad a otros funcionarios y no sólo a los jueces. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ al referirse al reglamento sostienen que debe dejar de cumplirse por los particulares o desaplicarse por la Administración cuando sea violatorio de una disposición legal. Afirman textualmente los citados tratadistas:

"El ordenamiento ha de reaccionar necesariamente con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él supone el Reglamento ilegal. La calificación técnica de esa reacción ya la hemos visto, la de la nulidad de pleno derecho del Reglamento publicado con infracción de los límites que le afectan, la de su ineficacia automática total y perpetua, no sanable o convalidable por circunstancia alguna.

Ello obliga a que antes de la aplicación de un Reglamento deba contrastarse con toda atención su conformidad a las Leyes. De éstas habíamos dicho que por su sola publicación formal se imponen a los ciudadanos, a las autoridades y a los Tribunales, irresistiblemente -salvo la posibilidad de su declaración de inconstitucionalidad, reservada al Tribunal Constitucional, como ya sabemos-. *Con los Reglamentos viene a ocurrir en cierto modo lo contrario: la mera publicación de un Reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta ha de cuestionarse, por todos los destinatarios, y sustancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica la inaplicación de una Ley -de la Ley que eventualmente el Reglamento ha podido violar-. El reglamento es así una norma necesariamente puesta en cuestión, afectada por la necesidad de un enjuiciamiento previo (Prüfungsrecht, en la doctrina alemana, que es a la vez un derecho y una obligación) sobre su validez antes de pasar a su aplicación. Si de ese enjuiciamiento previo resultase que el Reglamento contradice a las Leyes, habrá que rechazar la aplicación del Reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la Ley por él violada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el Reglamento ilegal o, en términos positivos, habrá que inaplicarlo.(...)*

Pero aunque se trate de obligaciones especialmente enérgicas para el Juez, "como depositario del tesoro de la Justicia", según los términos de COLMEIRO que hemos transcrito, en realidad las dos funciones de enjuiciamiento previo de validez y de rehusa-

miento de la aplicación del Reglamento ilegal corresponden a todos los destinatarios de las normas y no sólo a los jueces."¹ (Subrayado nuestro)

Como punto preliminar debemos precisar en qué consiste el principio conocido como "presunción de legitimidad de los actos administrativos", ampliamente tratado por la doctrina tanto nacional como extranjera. De acuerdo con este principio los actos administrativos se presumen legítimos y producen sus efectos mientras una jurisdicción competente no declare lo contrario. Los actos administrativos son de obligatorio cumplimiento tanto para la propia Administración como para los particulares, lo que conduce a que sus efectos se cumplan de inmediato. *Ahora bien, esta presunción no es absoluta cuando nos encontramos con que el mismo ordenamiento jurídico declara como nulos determinados actos y ordena su no cumplimiento.* Al respecto, el artículo 46 de la Constitución declara nulos y ordena el no acatamiento de los actos del Poder Público que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución. El citado artículo dispone:

Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución *es nulo*, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

La disposición constitucional antes transcrita constituye uno de los casos en que la misma norma declara de pleno derecho la nulidad absoluta del acto en cuestión y ordena su no cumplimiento; en consecuencia, un acto que viole o menoscabe los derechos garantizados en la Constitución, es nulo de pleno derecho no pudiendo producir de esta forma efecto jurídico alguno.

El acto nulo de pleno derecho se considera nulo desde un principio, pues el mismo ordenamiento jurídico así lo expresa. De allí que este tipo de actos no necesitan de la declaración judicial para que se produzca la nulidad del acto. En efecto, si bien la declaración judicial es importante a los fines de procurar seguridad jurídica, la decisión jurisdiccional tiene efectos solamente declarativos más no constitutivos. En este sentido se pronuncia JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS al señalar que la declaración judicial no tiene efectos constitutivos:

"La declaración de invalidez de un acto nulo de pleno derecho es, en efecto, una simple declaración. Como ya se ha dicho, el reconocimiento de la nulidad de pleno derecho de un acto no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos, pues el acto ya nació inválido desde un principio. Ello significa, por un lado, que *los administrados podrían, desde un punto de vista teórico, desconocer los actos nulos de pleno derecho; sin embargo, en la práctica, una posición férrea en tal sentido puede resultar arriesgada, pues en muchas ocasiones la nulidad del acto sólo se descubre pasado un tiempo, es decir, cuando una sentencia o un acto administrativo anulatorio así lo reconozca.* Otra cosa es que ningún perjuicio deba irrogarse al administrado que ha incumplido un acto que después se declara nulo de pleno derecho."² (Subrayado nuestro).

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO/FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I. Editorial Civitas, Cuarta Edición, pág. 210 y 211.

² JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS. *Los Actos Administrativos*. Editorial Civitas, S.A. Segunda Edición.-1991. Página 411.

De acuerdo con lo expuesto, no se requiere la declaración de nulidad del órgano jurisdiccional a los fines de que se repute la nulidad absoluta. La Constitución vigente es clara al declarar la nulidad absoluta de pleno derecho y al ordenar el no cumplimiento de los actos que violenten las garantías constitucionales.

Es importante resaltar que en las constituciones anteriores a la vigente, la nulidad del acto violatorio de la Constitución a los efectos señalados debía ser declarada por la Corte Suprema de Justicia, al haber excluido el Constituyente de 1961 tal exigencia es claro que impuso el no acatamiento de tales actos sin necesidad de la declaratoria respectiva por parte de la Corte Suprema de Justicia. A continuación se citan algunas de estas disposiciones:

Constitución de 1947

Artículo 26: Ninguna ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento podrá menoscabar los derechos garantizados por esta Constitución a venezolanos y a extranjeros. Las disposiciones contrarias a este principio serán nulas, y así lo declarará la Corte Suprema de Justicia.

Constitución de 1945

Artículo 35: Ninguna Ley Federal, ni las Constituciones o leyes de los Estados, ni las Ordenanzas Municipales, ni Reglamento alguno, podrán menoscabar ni dañar los derechos garantizados a los ciudadanos. Las que esto hicieren serán nulas, y así lo declarará la Corte Federal y de Casación.

Se evidencia claramente que la intención del constituyente en la Constitución de 1961 fue la de no requerir una declaratoria judicial sino por el contrario imponer que la nulidad operase de pleno derecho. Más aún, si analizamos la forma actual del artículo en comento nos percatamos de la prohibición impuesta a los funcionarios o empleados públicos de ordenar o ejecutar actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución "sin que les sirva de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes", supuesto al que volveremos más adelante.

Ahora bien, cuando la Administración Pública emite un acto de esta naturaleza, es decir, que violenta una disposición constitucional no puede hacer valer el principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos porque simplemente son inejecutables por propia disposición constitucional. De esta forma, la Administración Pública no puede ordenar la ejecución de estos actos transgresores de la Constitución pues la misma Constitución lo prohíbe, por lo tanto, no puede invocarse el principio de legitimidad de los actos administrativos ni el de su ejecutoriedad como fundamento de una conducta que violenta garantías constitucionales.

En efecto, el acto nulo de pleno derecho no goza de la presunción de legitimidad pues el mismo ordenamiento jurídico constitucional así lo entiende. La Administración Pública al ejecutar dicho acto estaría desobedeciendo una disposición constitucional que ordena claramente no acatar los actos que violenten garantías constitucionales.

En efecto, FERNANDO GARRIDO FALLA, señala que ante los actos viciados de nulidad absoluta debe ceder el principio de la legitimidad de los actos administrativos:

"Los efectos de la anulación de los actos anulables son ex nunc, es decir se producen a partir del momento en que el Organismo competente la dicta. En cambio, la nulidad ab-

soluta produce sus efectos ex tunc; es decir, retrotraídos al momento en que se dictó el acto. La explicación de este fenómeno de retroacción de efectos se encuentra en que, en estos casos, el vicio es tan considerable que cede ante él el famoso principio de la "presunción de legalidad del acto administrativo, de acuerdo con el cual todo acto administrativo se presume legítimo y produce efectos de tal, mientras una jurisdicción competente declare lo contrario por vía de recurso."³ (Subrayado nuestro).

Al respecto, el destacado jurista HANS KELSEN expuso:

"La nulidad significa que el acto que pretende ser un acto jurídico, y en esencial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es un acto irregular, es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. *Al acto nulo le falta de antemano el carácter jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su calidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico.* Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad. La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas, bien que la anulación contiene diversos grados, en cuanto a su alcance así como en cuanto a su efecto en el tiempo."⁴

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la presunción de legitimidad de los actos administrativos no es absoluta, pues los actos nulos de pleno derecho que violan garantías constitucionales no producen efectos y en consecuencia, mal podría existir en algún momento la presunción de legitimidad de este acto, por el contrario, la Constitución ordena directamente su no acatamiento.

El citado artículo 46 de la Constitución de la República no se agota con establecer supuestos de actos viciados de nulidad absoluta sino que expresamente señala que los funcionarios y empleados públicos que ordenen o ejecuten dichos actos incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes. De dicha disposición se desprende la prohibición impuesta al funcionario público de acatar órdenes de esta naturaleza, con el riesgo, si otra fuese su conducta, de incurrir en la responsabilidad antes mencionada.

Ahora bien, a fin de comprender el alcance del artículo 46 de la Constitución es necesario referirnos a la figura de la obediencia debida desarrollada fundamentalmente por la doctrina penalista, que se basa en el ordinal 2° del artículo 65 del Código Penal, norma atributiva de una causa de inculpabilidad (calificada en este sentido por la doctrina mayoritaria). Señala la disposición referida:

Artículo 65 ordinal 2°: No es punible: "El que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal".

³ FERNANDO GARRIDO FALLA. *"Régimen de impugnación de los actos administrativos.* Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956. Página 207.

⁴ KELSEN, HANS. "La garantie juridictionnelle de la constitution" (La justice Constitutionnelle), en *Revue du Droit Public*, XXXV année, Paris, 1928, págs. 197 y ss.; en concreto, pág. 212-221. La traducción de ROLANDO TAMAYO y SALMORÁN, revisada por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, puede verse en *Ius et Veritas (Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, año V, n° 9, págs. 17 y ss. Consultado en *Perspectivas Constitucionales. Nqs. 20 anos da Constituicao de 1976. Separata Do Volume II.* Coimbra Editora. 1997. Págs. 979, 980

De acuerdo con la disposición antes citada no es punible el que obra en virtud de obediencia legítima. Sin embargo, de acuerdo a la doctrina esta eximente sólo es aplicable cuando se llenen los siguientes requisitos: a) Relación jerárquica pública, b) Que la orden se enmarque dentro de la esfera de competencia de quien ordena y dentro del ámbito habitual de obligaciones de quien obedece, y por último, c) Que *la orden no sea manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes*. Se evidencia entonces, que cuando la orden sea manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes no cabe la posibilidad de invocar por parte del funcionario público la eximente referida a la obediencia debida y así lo señala expresamente la Constitución en su tantas veces mencionado artículo 46.

En este sentido se pronuncia ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ al señalar:

"...para que la orden del superior jerárquico exima se requieren determinados extremos y, concretamente, tratándose de la obediencia debida, que la orden se enmarque dentro de la esfera de competencia de quien ordena y dentro del ámbito de obligaciones de quien obedece y que la misma se encuentre revestida de las formalidades legales exigidas. Pero, además, y ello es fundamental, se requiere que lo ordenado no sea manifiestamente contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. Precisamente, *nuestra Constitución, en el artículo 46, establece que no sirve de excusa las "órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes"*. Y en esto consiste fundamentalmente la razón de la eximente. Quien obedece a la orden de un superior jerárquico puede quedar exento en la medida en que haya actuado con la convicción de que su conducta no es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico. Se trata así de un error de prohibición, en el cual el subordinado no responde por haber actuado en la creencia de que su hecho no es delictivo."⁵ (Subrayado nuestro).

Por otra parte, resulta importante lo dispuesto en sentencia de fecha 20 de noviembre de 1996 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que cita y acoge el criterio doctrinal del Dr. ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG según el cual ningún Juez comisionado está obligado a cumplir una comisión que sea violatoria de los derechos garantizados por la Constitución:

"Asimismo, la comisión puede dejarse de cumplir por el comisionado cuando la ley expresamente lo autorice, como ocurre, v.gr., por inhibición del comisionado, en los casos contemplados en el artículo 85 C.P.C. en concordancia con el artículo 93 *eiusdem*; en el caso de oposición del tercero al embargo practicado por comisión (art. 546 CPC); o cuando la comisión sea violatoria de los derechos garantizados por la Constitución (art. 46 CN).

La doctrina venezolana sostiene en general, que ningún Juez comisionado está obligado a cumplir una comisión que sea violatoria de esas garantías, haciéndose el comisionado culpable y merecedor de las penas legales, pero siempre en el entendido de que del exhorto o despacho enviado al comisionado, aparezca claro el ataque a las garantías del ciudadano; mas no así, cuando el exhorto o despacho revistiese todas las apariencias de legalidad, y sus términos no revelasen de algún modo un proceder atentatorio."

De lo expuesto podemos concluir que en nuestro sistema jurídico no es admisible como eximente de la responsabilidad la teoría de la obediencia debida, por que simplemente la obediencia no es exigible frente a órdenes violatorias de derechos

⁵ ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. "Derecho Penal Venezolano". Serie Jurídica. Octava Edición. 1997. Página 204.

Humberto Briceño León

constitucionales. Tampoco es exigible el acatamiento de actos administrativos transgresores de los derechos señalados, por el contrario resulta claro el deber de no cumplirlos ni ejecutarlos.