

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO VENEZOLANO

Giancarlo Henríquez Maionica

Sumario: INTRODUCCION. I. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SUS DIVERSAS MODALIDADES: 1. *Dos modalidades del control de la constitucionalidad.* 2. *El sistema venezolano: ¿Articulación o absorción del control difuso por aquel otro concentrado?.* II. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. *Consideración preliminar: ¿En el derecho internacional privado, el control de la constitucionalidad es un aspecto sustantivo o adjetivo?.* 2. *Dos supuestos concretos del control de la constitucionalidad en el derecho internacional privado.* CONCLUSIONES GENERALES.

RESUMEN

Como bien se sabe, el control de la constitucionalidad es un control normativo que se aplica en principio al derecho del Juez que está decidiendo el caso en cuestión. No obstante esto, en el ámbito del derecho internacional privado la observación íntegra del derecho extranjero que se aplicable al caso hace que sea posible que el Juez controle la constitucionalidad de ese derecho que le es extranjero, pero en base de la Constitución también extranjera. Por tal razón, ese control podrá darse si en el caso concreto existe una disposición que colida con la Constitución –extranjera y no la del Estado del Juez– y siempre que el derecho extranjero aplicado contemple propiamente el control difuso de la constitucionalidad, debido a que si no lo prevé o, de ser el caso, contempla un control concentrado de la constitucionalidad, el Juez nacional –por ejemplo, venezolano– carecerá de competencia para controlar ese derecho, bien porque éste no dice nada al respecto, o bien que aún contemplando el control concentrado, la utilización de este último escapa, incluso aplicando íntegramente el derecho extranjero, de la competencia del Juez nacional, ya que ésta corresponde a un exclusivo órgano.

INTRODUCCION

En todo caso jurídicamente considerado, y en el cual se requiera aplicar el derecho propiamente dicho, es necesario que se observe previamente la estructura jerárquica del derecho en sí. Tal estructura, que está supeditada existencialmente a la validez de las normas jerárquicamente establecidas, gravita en torno al hombre y a sus derechos fundamentales, los cuales a su vez, al estar parcialmente reflejados en la Constitución, hacen que dicha norma se jerarquice sobre las demás.

Pues bien, en vista de tal jerarquía, las normas deben acoplarse a la Constitución, reflejo de la voluntad de los hombres y mejor garantía de derecho que éstos tienen. En este sentido, ese acoplamiento entre la realidad y las normas, lo hacen los Jueces en ejercicio del control de la constitucionalidad. Y es que, la “constitucionalidad” es eso, es la conformidad del orden jurídico en sí a la Constitución.

A tal efecto, este control presenta varias modalidades, en concreto, dos: Por un lado, está el control difuso que significa que todo Juez puede desaplicar tal o cual norma, si ésta colide con la Constitución de su Estado. Por otro lado, encontramos el control concentrado, según el cual un Juez especializado (en nuestro caso, la Sala Constitucional) anula –ya no desaplica– esa norma contraria a la Constitución. Aquí podría pensarse que el ejercicio del mencionado control corresponde sólo a los Jueces nacionales en aplicación del derecho venezolano, pensamiento éste que derivaría de consideraciones territorialistas e inherentes a la concepción tradicional de soberanía.

No obstante, esta consideración no es aplicable en el sistema de derecho internacional privado, ya que los Jueces en este sistema pueden controlar la constitucionalidad de ese derecho foráneo, al igual que los Jueces extranjeros (sí tienen un sistema normativo que así lo permita) pueden controlar el derecho nacional.

Esta posibilidad de control de la constitucionalidad del derecho extranjero, deriva –siempre en el marco del derecho internacional privado– de la aplicación íntegra del derecho extranjero que se aplicable al caso, por supuesto, distinto del derecho del foro. Por consiguiente, ese control podrá darse si en el caso concreto existe una disposición que colida con la Constitución (extranjera, y no la del Estado del Juez) y, al menos en principio, siempre que el derecho extranjero aplicado contemple propiamente el control difuso de la constitucionalidad. Esto último revela que es necesario, en el estado actual de las cosas, que el derecho aplicable prevea el control difuso, ya que si no lo prevé o, de ser el caso, contempla un control concentrado de la constitucionalidad, el Juez venezolano carecerá de competencia para controlar ese derecho, bien porque éste no dice nada al respecto, o bien que aún contemplando el control concentrado, la utilización de este último escapa, incluso aplicando íntegramente el derecho extranjero, de la competencia del Juez nacional, ya que ésta corresponde a un exclusivo órgano.

Por su parte, también podría existir la posibilidad de que un Juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho venezolano en base a nuestra Constitución, control éste que existe en Venezuela, de forma concentrada desde 1893, y de forma difusa desde 1897. Ahora bien, el control de nuestro derecho dependerá en líneas generales de que en el derecho del foro de ese Juez extranjero exista la posibilidad de control difuso, expresa o análogamente, ya que de no ser así, podría el Juez recurrir a negar la aplicación del derecho venezolano, por ejemplo por cuestiones de orden público o de institución desconocida.

A pesar de lo anterior, hay que tener en cuenta que podría surgir un problema relativo a la ejecución en el derecho interno de la decisión que ha tenido como base un derecho –y una Constitución– totalmente extranjeros. Si se formó una decisión con base a un derecho extranjero en la cual se controló la constitucionalidad de ese derecho a tenor de la Constitución foránea. Si además esta Constitución dispone que no todas las personas son iguales, y que por tal razón, unas no tienen derechos. Y si en la decisión se dispuso que determinada norma que predicaba la igualdad entre ciudadanos del país extranjero, el Juez controló la constitucionalidad de esa Ley en el entendido de que las personas no son iguales. En caso de que tal sentencia pretenda aplicarse en Venezuela, esa aplicación –resultado de la decisión– sería “manifiestamente incompatible” con un principio esencial del orden público de Venezuela, razón por la que podría excluirse esta aplicación a tenor del artículo 8

de la Ley de Derecho Internacional Privado. Pero esta exclusión no puede hacerse apriorísticamente¹.

Y así las cosas, este problema trasciende del control de la constitucionalidad del derecho extranjero, debido a que ese control se hace teniendo en cuenta sólo el derecho extranjero que se aplica en su totalidad, siendo que el resultado de la decisión ya es una cuestión distinta y posterior a la aplicación del derecho extranjero y el posible control de su constitucionalidad. Sin embargo, dejamos aquí este planteamiento sin abordarlo en el ensayo por trascender de su objetivo inmediato. También hay que hacer aquí otra precisión preliminar: En enero de 2005 se celebró en la American University Washington College of Law y con la participación los *Justices* Antonin Scalia y Stephen Breyer un coloquio sobre el uso del derecho extranjero en la interpretación constitucional que hace la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Este coloquio puede considerarse como un efecto colateral de sendas decisiones de la esa Corte Suprema del 20 de junio de 2002, caso: *Atkins vs. Virginia*, y del 26 de junio de 2003, caso: *Lawrence vs. Texas* donde se utilizaron disposiciones de derecho foráneo en los *holdings*, concretamente de la Unión Europea y de Inglaterra. Como quiera que sea, el enfoque actual del debate radica en el uso o no del derecho extranjero para motivar una decisión en la que se interprete la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de que ese derecho no resulte ser el derecho aplicable, teniéndose además en cuenta que tal uso tiene lugar –al menos en principio– a raíz de la globalización, la cual por cierto ha sido considerada como un fenómeno anacional de interconexión². Y además de esto, también hay que tener en cuenta que ya se sostiene con cierta vehemencia que la globalización pone en peligro al “Estado constitucional democrático y social”³.

Visto lo anterior, se sabe entonces que la referencia previa que aquí sólo se plantea sin ánimo de discusión, tiene lugar en el entendido de constatar que de una u otra forma la aplicación del derecho extranjero en casos constitucionales, así como su consecuente control de la constitucionalidad, pueden considerarse como posibilidades que en el ámbito del derecho internacional privado tienen cabida, a pesar de las renuencias que al respecto existen.

Al margen de tales consideraciones y planteado entonces que un Juez venezolano puede controlar la constitucionalidad de un derecho foráneo, y a su vez, que un Juez foráneo puede controlar la constitucionalidad del derecho venezolano, siempre en orden a la Constitución extranjera al Juez del caso, consideramos necesario, al menos para una comprensión –que no aceptación– de tal enfoque, por un lado, precisar el control de la constitucionalidad y sus diversas modalidades (Primera Parte) para, por otro lado, plantear los dos supuestos que concretamente, a nuestro entender, pueden darse en el sistema de derecho internacional privado (Segunda Parte).

¹ RODRÍGUEZ, LUIS ERNESTO, “La filiación y el sistema de Derecho Internacional Privado venezolano” en *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

² RODNER, JAMES OTIS, *La Globalización: Un proceso dinámico*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001.

³ RUIPÉREZ, JAVIER, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 136.

I. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SUS DIVERSAS MODALIDADES

Como bien se sabe, todo orden jurídico observa “una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación –y por consecuencia la validez– de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto”⁴. La validez de las normas depende de su adaptación al reflejo normativo de la realidad, a saber: La Constitución.

Tal adaptación, que vendría a ser el control de la constitucionalidad, puede desdoblarse de la siguiente manera: Por un lado, existe el *control difuso* de la constitucionalidad que corresponde a todo Juez, independientemente de la jerarquía de éstos, para controlar que tal o cual norma esté en concordancia con la Constitución. Por otro lado, existe el *control abstracto* de la constitucionalidad que está vertido en un Juez especializado materialmente a la Constitución: El Tribunal, la Corte o la Sala Constitucional. Es necesario también que se tenga en cuenta que, en caso de coexistencia, este último control priva generalmente sobre el primero. Sin embargo, ambas modalidades las estudiaremos separadamente de seguidas.

1. Dos modalidades del control de la constitucionalidad

A. El control difuso

Ya en 1788, Hamilton decía que “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”⁵.

A tal efecto, para 1803, y siempre en los Estados Unidos de Norteamérica, William Marbury solicitó a la Corte Suprema que le otorgara un *writ of mandamus*, a tenor de la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789. La Corte, en ese mismo año, dictó el fallo *Marbury vs. Madison*⁶, en el cual dispuso que:

⁴ KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Universitaria, Buenos Aires, 1981, p. 147. Traducción de la obra *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, Baconniere, Neuchâtel, 1953, por Moisés Nilve.

⁵ HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 334. Traducción de la obra *The Federalist, a commentary on the Constitution of the United States*, 1788, por GUSTAVO VELASCO.

⁶ 1 Cranch 137 (1803). Para un breve recuento del caso, véase: PELTASON, JACK WALTER, *Understanding the Constitution*, Saunders College, Orlando, 1988, pp. 24-26. En este sentido, un excelente análisis de la evolución histórica del control acá comentado, puede verse BIANCHI, ALBERTO, *Control de constitucionalidad*, Universidad Austral - Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 23 y ss. De esta obra hay una segunda edición de 2002.

“La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución, sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso”.

Con esta decisión de John Marshall, se reconoció judicialmente la posibilidad que tenían los Jueces de interpretar la Constitución, y de rechazar la aplicación de toda Ley contraria a ésta, a través del *judicial review*. Sin embargo, esta decisión también tuvo repercusiones políticas, tanto así, que es necesario recordar que, por un lado, el caso concreto era consecuencia de una falta de notificación de nombramiento a Marbury como Juez del Distrito Federal de Columbia, por parte del reciente gobierno, y por otro lado, que “La decisión de Marshall, políticamente muy hábil, optó por sacrificar el derecho de Marbury, quien en principio debía ser su allegado político, en pos de sentar un precedente que ayudaría mucho más, sin duda, a los intereses de los federalistas y la vigorización del poder federal sobre los poderes de los estados en la Unión”⁷. Al margen de estas precisiones hay que tener en cuenta que se ha considerado que la decisión de junio de 1802 de la Corte General de Maryland, caso: *Whittington vs. Polk* influyó de manera notable la indicada decisión de John Marshall⁸.

Como quiera que sea, y a pesar de tan claros antecedentes jurisprudenciales – cuya enseñanza universitaria ha sido tan defendida como cuestionada⁹ – la génesis normativa del control difuso en Venezuela, se sitúa en 1897, cuando el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil de ese año, disponía que: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia”¹⁰. Sin embargo, hay quienes consideran que los orígenes del control difuso en Venezuela, pueden remontarse a 1811¹¹, en el entendido de que el artículo 227 de la Constitución de ese año, disponía que “La

⁷ CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, “Rasgos generales de los modelos de Justicia Constitucional en Derecho Comparado: 1) Estados Unidos de América” en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Tomo I*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 385.

⁸ HANDELSMAN SHUGERMAN, JED, “Marbury and judicial deference: The shadow of *Whittington v. Polk* and the Maryland judicial battle” en *Journal of Constitutional Law*, volume 5, number 1, University of Pennsylvania, Philadelphia, 2002, pp. 58-108.

⁹ LEVINSON, SANFORD, “Why I do not teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and why you shouldn’t either” en *Wake Forest Law Review*, volume 38, number 2, North Carolina, 2003, pp. 553-574. Y también consúltese: SEGALL, ERIC J. “Why I still teach Marbury (and so should you): A response to Professor LEVINSON”; LEVINSON, SANFORD, “Reply: Why I still won’t teach Marbury (Except in a Seminar)”; ambos en *Journal of Constitutional Law*, volume 6, number 3, University of Pennsylvania, Philadelphia, 2004, pp. 573-604.

¹⁰ Para consultar el texto de este artículo así como del Código de Procedimiento Civil de 1897 entero, véase: *Leyes y Decretos de Venezuela. 1897*, Tomo 20, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1992, p. 99.

¹¹ CASAL, JESÚS MARÍA, “El control difuso de la constitucionalidad y sus perspectivas en el derecho venezolano” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Andrés Bello” en su 50 aniversario*, Tomo II, Caracas, 2004, p. 311.

presente Constitución, las leyes que en su consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias, estarán obligados á obedecerlas, y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa, y legitima revisión, y sanción”.

La aplicación preferente de la Constitución sobre la Ley a la que se refiere el citado artículo 10 –20 en el Código vigente– es el control difuso de la constitucionalidad. Más concretamente, éste significa que “la facultad de control no se concentra en un solo órgano judicial, sino, por el contrario, corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país, que poseen el poder-deber de desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento”¹².

Esta modalidad de control –denominada también “excepción de inconstitucionalidad”¹³– faculta a los Jueces a desaplicar toda disposición contraria a la Constitución, y en su lugar, aplicar ésta. Tal desaplicación sólo opera en el caso concreto y no tiene efectos *erga omnes*, como normalmente sí lo tiene el control concentrado. Y en este sentido, hay que tener en cuenta que en México se ha considerado que es posible controlar la constitucionalidad de actos estatales que hayan sido dictados en base a normas declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte. Así se evidencia del criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 29 de agosto de 2002¹⁴.

Entonces, y como quiera que sea, resulta así que el control difuso de la constitucionalidad es la obligación que tienen todos los Jueces de desaplicar –no anular– una disposición, cualquiera sea ésta, que contrarie lo dispuesto en la Constitución, obligación ésta que deriva de la necesidad de mantener la integridad del orden jurídico, la cual a su vez, depende de que se mantenga la jerarquía interna que se observa dentro de él. Además de todo esto, aquí hay que tener en cuenta que la “disposición” que se desaplica sólo puede ser una Ley o una norma jurídica, a tenor del artículo 334 de la Constitución. A tal efecto, la Sala Constitucional ha hecho variadísimas precisiones: Por ejemplo, en decisión del 29 de noviembre de 2004, caso: *Tribunal Único de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón*, ha considerado que el control de la constitucionalidad no puede versar sobre actos ju-

¹² BREWER-CARIAS, ALLAN, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 24. Sobre el control difuso véase en general: BREWER-CARIAS, ALLAN, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, “El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela” en *Revista Tachirensis de Derecho* número 5-6, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1994, FARIAS RODRIGUEZ, MARÍA GABRIELA, “Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes” en *Revista de Derecho Administrativo* número 16, Sherwood, Caracas, 2003, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGrawHill, Madrid, 1998.

¹³ LA ROCHE, HUMBERTO J. *Derecho Constitucional, Tomo I. Parte General*, Vadell Hermanos, Valencia, 1991, pp. 256-259.

¹⁴ Para algunos comentarios sobre esa decisión véase: SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en tomo a la tesis P/J. 38/2002” en *Cuestiones Constitucionales* número 11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 199-229.

diciales. También ha pensado que, por un lado, la norma jurídica puede ser legal o sublegal, y por otro lado, que todos los Jueces que integran el sistema de justicia pueden controlar difusamente la constitucionalidad, incluyéndose aquellos de la “justicia alternativa” o de los medios alternativos de resolución de conflictos. Así se entiende de fallo del 25 de mayo de 2001, caso: *Policía del Municipio Chacao*.

En este orden de ideas, también hay que tener presente que el control constitucional difuso de *todos* los Jueces es siempre incidental con respecto de los casos sometidos a su estudio, ya que la pretensión en éstos no es la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma, que sí es el caso del control concentrado, tal como lo veremos de seguidas.

B. El control concentrado

Y es que, por su parte, también existe la posibilidad de controlar concentradamente la constitucionalidad del orden jurídico. Pues bien, esta posibilidad, si bien tuvo asidero en s. XIX en América Latina, como por ejemplo con la Constitución venezolana de 1893¹⁵, se dice que él fue creado por el modelo kelseniano, palpable en la Constitución de Austria de 1920¹⁶.

Tal modalidad de control también denominada “sindicato jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de las leyes”¹⁷, considerada a veces como mucho más confiable que aquella del control difuso¹⁸, en el entendido de “seguridad subjetiva” pues corresponde a un Juez y no a todos, consiste en la posibilidad que tiene un órgano específico de velar por la integridad de la Constitución, lo cual a *prima facie* lo distingue de ese control difuso. En tal entendido, hay que tener en cuenta que sobre esto ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia —antes denominado Corte Suprema de Justicia e incluso con mayor anterioridad, Corte Federal y de Casación— al menos desde inicios de las décadas de 1930’s y 1960’s. Es el caso por ejemplo, de las decisiones del 05 de mayo de 1937, caso: *North Venezuelan Petroleum*, del 15 de marzo de 1962, caso: *Municipalidad del Distrito Federal*, del 29 de abril de 1965, caso: *Tratado de extradición* y del 12 de junio de 1968, caso: *Luis Augusto Dubuc*¹⁹.

¹⁵ Para consultar el texto de esta Constitución, véase: *Leyes y Decretos de Venezuela. 1893-1894*, Tomo 17, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1990, pp. 7-24.

¹⁶ Para una aproximación al modelo kelseniano, véase: CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, “Rasgos generales de los modelos de Justicia Constitucional en Derecho Comparado: 2) Kelsen” en *Revista de Derecho Constitucional* número 6, Sherwood, Caracas, 2002, pp. 65-88, KELSEN, HANS, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981. Traducción de Carmelo Geraci.

¹⁷ SEQUERA, CARLOS, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de las leyes*, Americana, Caracas, 1939, p. 11.

¹⁸ CAPELETTI, MAURO, *Judicial Review in Contemporary World*, Indianápolis, 1971.

¹⁹ Para interesantes comentarios sobre estas decisiones, véase: PÉREZ LUCIANI, GONZALO, “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes no normativas, aprobatorias de contratos” en *Revista de la Facultad de Derecho* número 2, Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas, 1966, pp. 207-230; “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales” en *Revista de la Facultad de Derecho* número 4, Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas, 1967, pp. 293-335; “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de organización interna de las Cámaras Legislativas” en

Lo que interesa entonces es la vigilancia objetiva –en el sentido constitucional– del derecho. En otras palabras, existe una velación de la integridad normativa, siendo el encargado de ello un órgano especializado, que si bien debe ser un Tribunal, Corte o Sala “Constitucional” aún cuando pueda hacerlo el propio Tribunal Supremo como sucedía en Venezuela antes de 1999, el está además facultado ya no para desaplicar, como es el caso del control difuso, sino para anular con efectos *erga omnes* la disposición contraria a la Constitución, nulidad ésta que comúnmente se logra con el recurso de inconstitucionalidad²⁰. En este punto resulta interesante señalar que en Argentina ya se ha considerado que:

“a los fines de lograr el enriquecimiento del debate constitucional, quizás debiera preverse –como lo hacen otros ordenamientos locales– la citación por edictos a todos los interesados, como forma de convocatoria al proceso de todos aquellos que en definitiva podrán verse afectados por el pronunciamiento judicial, sin dejar de reconocer, que la idoneidad de tal medio de anoticiamiento para arribar a todos los eventuales interesados, impide una vez más, afirmar con certeza, que ello pueda conciliar efectivamente, y más allá de la formalidad, el principio de convocatoria, con los alcances del pronunciamiento judicial”.

En tal sentido se desprende del voto de Federico Gigena Basombrío en fallo del Tribunal Superior de Justicia de Nequén, del 02 de febrero de 2004, caso: *Fiscalía de Estado*. Pues bien, esta decisión también ha sido compartida por la doctrina, concretamente en el aspecto de la vinculación que se genera entre la participación ciudadana y el control de la constitucionalidad²¹. Y es que al menos a nuestro juicio, siendo la participación ciudadana un derecho fundamental sobre la formación, ejecución y control de la gestión pública a tenor del artículo 62 de la Constitución, ésta es vinculable al control concreto de la constitucionalidad tal como arriba se expuso. La cuestión en el escenario venezolano dependerá de la infraestructura administrativa, por lo que en el estado actual de las cosas –a pesar de cualquier lamento– empíricamente no podría darse.

Pero como quiera que sea, y visto lo anterior, se sabe que el control concentrado de la constitucionalidad corresponde a un órgano especial (en nuestro caso, la Sala Constitucional), ya que la pretensión que se esboza en este control es directa y principal, a diferencia del carácter indirecto e incidental del control difuso, teniendo además ese órgano, una competencia única y la facultad de anular la disposición que se alega como inconstitucional. Por su parte, en Venezuela este control, al igual que aquel otro difuso, coexisten con particulares características, tal como se verá de seguidas, ya que la coexistencia no es propiamente tal.

Revista de la Facultad de Derecho número 8, Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas, 1969, pp. 141-196.

²⁰ Véase al respecto: BRICEÑO LEÓN, HUMBERTO, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

²¹ BARRESE, MARÍA JULIA, *La participación ciudadana en el control de la constitucionalidad*. Este ensayo puede consultarse en versión digital en: www.diariojudicial.com/notaasp?IDNoticia=21781#.

2. *El sistema venezolano: ¿Articulación o absorción del control difuso por aquel otro concentrado?*

A. *Consideraciones generales. Especial énfasis en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*

Como antes se dijo, es posible que cada modalidad de control de la constitucionalidad exista por sí sola o que, de ser el caso, coexistan. Así, pues, en el primer supuesto, podemos estar en presencia de un sistema abierto si el que se da es el control difuso, o de un sistema cerrado, si el control que se aplica es aquel concentrado. En el segundo caso, por su parte, se puede hablar de un sistema mixto, cuya mixtura se debe a la presencia simultánea de ambos controles.

A tal efecto, pareciera entonces que en Venezuela se configura “un sistema híbrido y de una amplitud no comparable con otros sistemas de los fundamentales que muestra el derecho comparado, excepción hecha del sistema de Portugal”²², país éste en el que existe la *apreciação da inconstitucionalidade* como competencia tanto de los Juzgados generales como del Tribunal Constitucional, a tenor de los artículos 204, 223 y 277 de la Constitución de ese país. Además de esto, la amplitud de nuestro sistema, puede decirse, está en vigencia desde 1897, cuando el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, aunado al artículo 110.8 de la Constitución de 1893 que disponía el control concentrado, establecía la posibilidad de control difuso. Así incluso lo ha reconocido la jurisprudencia, al menos desde el 19 de junio de 1953, según fallo de la Corte Federal. En la actualidad esta amplitud se inserta —entre otros— en los artículos 20 del Código de Procedimiento Civil, 19 del Código Orgánico Procesal Penal, 96 de la Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital y 334, 335 y 336 de la Constitución, estableciendo los citados artículos 20 y 334 lo siguiente:

“Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia

Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente”.

Sin embargo, en nuestro criterio, no puede hablarse propiamente de la amplitud del control de la constitucionalidad, ya que tal amplitud, no implica una existencia simultánea, sino la absorción de un control (difuso) por el otro (concentrado), creándose así una unicidad del Juez natural cuando se desaplica una norma por contrariar la Constitución, a saber: El Tribunal, la Corte o la Sala Constitucional.

Por consiguiente, en Venezuela, el control difuso de la constitucionalidad está desapareciendo, está siendo absorbido por el control concentrado. Y es que, si bien los Jueces de la República, y aquellos de países extranjeros en casos de derecho

²² BREWER-CARIAS, ALLAN, *Justicia Constitucional, Tomo VI de Instituciones Políticas y Constitucionales*, Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal, 1996, p. 83. Por ejemplo, en Brasil existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad. Véase al respecto: LEWANDOWSKI, ENRIQUE RICARDO. “Notas o sobre o controle da constitucionalidade no Brasil” en *Justicia Constitucional Comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pp. 61-65.

internacional privado, pueden, o si se quiere, *deben*, controlar la constitucionalidad del derecho aplicable, *ex* artículos 20 del Código de Procedimiento Civil y 334 de la Constitución, tal posibilidad de control difuso se desvanece ante el control concentrado que *ejerce* la Sala Constitucional.

Este ejercicio pretoriano, por su parte, ha encontrado asidero normativo en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone que:

“todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional ... de oficio o a instancia de parte ... se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme ...

cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia haga uso del control difuso de la constitucionalidad, únicamente para un caso concreto, deberá informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra Sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada”

Aquí debemos hacer una precisión: El control concentrado de la constitucionalidad común en la Europa continental, no implica cuando está previsto simultáneamente con aquel difuso, la presencia por parte del órgano encargado de ejercerlo, de una arbitrariedad derivada precisamente de esa exclusividad subjetiva de competencia. En lo absoluto.

El que corresponda a un órgano especializado, no necesariamente significa que éste puede imponer²³ a diestra y siniestra sus criterios, y sostener aún más, criterios excluyentes. Por ejemplo, en Italia este control (*sindacato di legittimità delle leggi*) consiste en una verificación “de que la Ley o un acto equiparable a ésta, esté conforme a las normas de la Constitución”²⁴, que sólo puede hacer un “único órgano”: La Corte Constitucional²⁵. En Venezuela, con respecto del control concentrado, sucede lo mismo que en Italia y más, pero no tanto por la coexistencia del control concentrado con aquel difuso, sino por la absorción arbitraria y el consecuente crecimiento de ese control “concentrado”.

En efecto, el artículo 335 de la Constitución dispone que “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. Es decir, quien controla la constitucionalidad es una Sala acoplada –no separada– del

²³ El uso de este verbo –*imponer*– es deliberado, ya que según fallo de la Sala Constitucional del 26 de diciembre de 2000, caso *Pedro Réquíz*, ésta tiene la potestad “para imponer su doctrina sobre todos los tribunales de la República, así como para revisar, tanto las decisiones que se dicten en contravención de la Norma Fundamental, como en oposición a las interpretaciones que de la constitución propugne esta Sala”. En este sentido hay que tener en cuenta que el término imponer significa “Poner carga, obligación u otra cosa”, por lo que éste descarta cualquier armonía coordinada y evoca una subordinación absorbente. Véase al respecto: Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, Madrid, 1992, p. 1146. Voz: *Imponer*.

²⁴ MIGNOSI, FRANCESCA, *Diritto Costituzionale*, Simone, Napoli, 2003, pp. 310-312.

²⁵ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La Corte Constitucional italiana*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.

Tribunal Supremo de Justicia²⁶, pero que a pesar de esto, considera tener una superioridad jerárquica con respecto de tal Tribunal. Tanto así que para diciembre de 2004 ya se ha pensado en la posibilidad de que dicha Sala revise decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, caso este similar al que ocurre en Colombia.

En tal entendido, en fallo del 06 de febrero de 2001, caso: *Corporación de Turismo de Venezuela*, la Sala Constitucional consideró que “no existe duda alguna de que esta Sala posee la máxima potestad de interpretación de la Constitución y que sus decisiones son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. Así las cosas, las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales. El hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales de la República cometan errores graves y grotescos en cuanto a la interpretación de la Constitución o acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica, además de una violación e irrespeto a la Constitución, una distorsión de la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho. Por ello, la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución establece un control concentrado de la constitucionalidad por parte de esta Sala en lo que respecta a la unificación de criterio relativa a la interpretación de la Constitución”.

La existencia simultánea de un control concentrado y de un control difuso, y por ende del sistema mixto en sí, está desdibujada en Venezuela, ya que la Sala Constitucional ha ejercido sus facultades en cuanto a control concentrado se refiere, de manera excluyente y absorbente. Tal absorción implicaría que sustancialmente los Jueces no puedan controlar (por control difuso) la constitucionalidad, y conceptualmente —si la metáfora es válida— que la Sala Constitucional podría denominarse *Juez esponja*, ya que el control difuso sería, muy figuradamente, “difuso”, pues puede ser temporalmente ejercido, hasta tanto la Sala Constitucional no se pronuncie al respecto, en el entendido de hacer el “examen abstracto” del antes mencionado artículo 5, y absorber tal cual esponja, todo lo que puedan decir los Jueces de instancia al respecto de la constitucionalidad.

Pues bien, aún cuando sea posible la coexistencia del control difuso y el control concentrado, sin que aquél sea absorbido por éste, la articulación²⁷ entre ambos hace que lo que decida un Juez en aplicación de la Constitución, se vierta al conocimiento de la Sala Constitucional. Por ejemplo, a través de las interpretaciones vinculantes de ésta y del mecanismo extraordinario de revisión de sentencias de control difuso, también a cargo de ésta, de conformidad con

²⁶ CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA, *La jurisdicción constitucional en Venezuela: Pasado, presente y futuro*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Arte, Caracas, 2000.

²⁷ Véase al respecto: HARO, JOSÉ VICENTE, “La articulación del control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad en el sistema venezolano de justicia constitucional” en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 211-222. También puede consultarse: BRICEÑO LEÓN, HUMBERTO, “Coexistencia y adecuación entre el control difuso y objetivo de la Constitución” en *200 años del Colegio de Abogados*, Tomo I, Ávila Arte, Caracas, 1989, pp. 437-456.

los artículos 335 y 336.10 de la Constitución. Esta reconducción de que todo lo que decida un Juez –nacional, en principio– en relación con la Constitución, se hace con la finalidad de tener uniformidad jurisprudencial.

A pesar de estas consideraciones, que se hacen para revelar algo que empíricamente ya es evidente, importa aquí la posibilidad de que un Juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho nacional, o viceversa. Esta posibilidad se materializa, en nuestra opinión, en dos supuestos concretos que se insertan en el sistema de derecho internacional privado, tal como delinearemos inmediatamente después de precisar un aspecto que en Venezuela se acepta pacíficamente en cuanto control de la constitucionalidad, pero que en realidad, no es tal: El amparo como control de la constitucionalidad.

B. *El amparo constitucional: Control directo de los derechos fundamentales, no de la constitucionalidad*

En efecto, la jurisprudencia venezolana insiste en que el amparo constitucional²⁸ exige para su procedencia una violación objetiva, vale decir, de la norma que contiene el derecho y no del derecho en sí. Y más ácidamente, se exige, con tradicional costumbre, la violación de una norma de la Constitución, confundiéndose al amparo con un control de la constitucionalidad²⁹.

Veamos algunos ejemplos separados entre ellos por más de una década pero que evidencian la permanencia de tal criterio objetivo en la sede pretoriana: La Sala Político-Administrativa en fallo del 10 de julio de 1991, caso: *Tarjetas Ban-venez*, estableció que “el accionante en amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, directa e inmediata, lo cual no significa –se precisa ahora– que el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha efectivamente consumado”.

²⁸ En general sobre este tema, véase por todos: AGUDO FREYTES, ESTEBAN, *Estado Actual de la Acción de Amparo en Venezuela*, Poseidón, Caracas, 1979, ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, BREWER-CARIAS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V. *Derecho y Acción de Amparo*, Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal, 1998, BREWER-CARIAS, ALLAN y AYALA CORAO, CARLOS, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, BRICE, ÁNGEL FRANCISCO, “El juicio de amparo y el anteproyecto de Constitución” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* números 1-4, Caracas, 1946, CHAVERO GAZDIK, RAFAEL, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas, 2001, RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Amparo Constitucional*, Arte, Caracas, 1988.

²⁹ Existe un enorme sector doctrinal que piensa que el amparo es un control difuso de la constitucionalidad. Véase por todos: ÁNGEL ARBELÁEZ, DIANA ET ALT, “Protección de los derechos humanos en Colombia mediante la acción de tutela” en *Temas de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, BREWER-CARIAS, ALLAN, “El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela” en *Revista Tachirensis de Derecho* número 5-6, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1994, GARCÍA BECERRA, JOSÉ ANTONIO, *Los medios de control constitucional en México*, Supremo Tribunal de Justicia de Sinaloa, México, 2001.

Por su parte, la Sala Constitucional, en fallo del 31 de mayo de 2000, caso: *Inversiones Kingtaurus*, ratificado por decisión del 25 de julio de 2000, caso: *Instituto de Radiología Clínica Guarenas*, sostuvo que “la acción de amparo constitucional está concebida como una protección de derechos y garantías constitucionales *strictu sensu*; de allí que lo realmente determinante para resolver acerca de la pretendida violación, es que exista una violación de rango constitucional y no legal, ya que si así fuere el amparo perdería todo sentido y alcance y se convertiría en un mecanismo ordinario de control de la legalidad”. Además de esto, la Sala en fallo del 17 de mayo de 2004, caso: *Francisco Ameliach*, declaró inadmisibile ex artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo, un amparo constitucional pues “no hay violación directa de la Constitución... ya que los hechos que se denuncian como violatorios, en todo caso, constituirían infracción del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional”.

En este mismo orden de ideas, ha dicho la Sala Constitucional que para que el amparo proceda “es necesario que exista una infracción por acción u omisión a una norma constitucional”. Los errores en este caso que generan la posibilidad de un amparo constitucional son aquellos que “hagan nugatoria la Constitución, que la infrinjan de una manera concreta y diáfana”. Al respecto, véase sentencia del 27 de julio de 2000, caso: *Seguros Corporativos*.

No obstante lo anterior, esta misma decisión preceptuó que lo necesario es “que el derecho o garantía constitucional, en la forma preceptuada en la Constitución, quede desconocido”. Es decir, el fallo *Seguros Corporativos* por un lado esboza que el hecho lesivo debe ser una violación normativa, mientras que por otro lado, sostiene que éste se constituye por una violación subjetiva. Tal pluralidad de criterios hacen que la decisión en cuestión yuxtaponga criterios excluyentes. O prevalece un criterio, o prevalece el otro, pues la permanencia coetánea de ambos es difícilmente sustentable. Y es que, la Sala Constitucional algunas veces adopta un criterio, otras veces adopta el otro. Por ejemplo, en fallo del 16 de marzo de 2004, caso: *Domingo Fersaca Cabello* preceptuó que “la acción de amparo constitucional está concebida para la protección de derechos y garantías constitucionales, de allí que lo realmente determinante para resolver acerca de la pretendida violación, es que exista una violación de rango constitucional y no legal, ya que si así fuere el amparo perdería todo sentido y alcance y se convertiría en un mecanismo ordinario de control de la legalidad”.

Para nosotros, toda violación de derechos fundamentales implica la violación de la norma que lo contiene expresa o implícitamente, más no toda violación es tutelable por el amparo constitucional. En realidad interesa poco si el derecho está expresamente en la Constitución, ya que la finalidad del amparo es la tutela de derechos fundamentales, estén perfectamente nominados o no en la Constitución. El amparo, si bien tiene el epíteto “constitucional” no por ello se limita a un simple control de la Constitución, o de los derechos en ella contenidos. Su espectro tuitivo se ha expandido en cuanto derechos protegibles, pero las situaciones en las cuales procede ha permanecido incólume, salvo las precisiones aplicables al hecho lesivo.

En efecto, la violación del derecho que activa el amparo es siempre subjetiva, sin importar que ella quebrante directamente (o no) alguna norma. No puede pedirse que la violación sea sólo de la norma (objetiva), vale decir, que única y exclusivamente implique un quebrantamiento normativo del orden constitucional. De ser así, el amparo sería un control de la constitucionalidad y no una garantía cuyo espectro trasciende de la consagración expresa de los derechos que tutela. El amparo

es un garantía que controla las violaciones de derechos fundamentales. Él es un control de los derechos fundamentales, debido a que lo que inmediatamente le interesa son los derechos del agraviado, y luego inmediatamente las normas legales y constitucionales que, de ser el caso, se refieran a éstos³⁰.

El amparo no requiere una violación objetiva o —lo que es lo mismo— de determinada norma, pues en tal caso se supeditaría la existencia del derecho a la existencia de la norma. Y el derecho o derechos fundamentales, no obstante, derivan no de la naturaleza ni del Estado, sino del hombre, de su condición de ser él mismo. Entonces, la violación de algún derecho fundamental, requisito único de procedencia del amparo constitucional, es subjetiva en cuanto siempre recaerá en derechos del agraviado, indistintamente del asidero constitucional de éstos. A pesar del raigambre de los derechos fundamentales y del amparo en sí, se persiste en supeditarlos a la Constitución, considerándose ésta como el poder de los derechos. A tal efecto, se considera que la Constitución “no sólo es la norma constituyente, la norma fundante del Estado, la norma reguladora de la validez normativa de todo el sistema jurídico, especialmente se traduce en el poder del derecho, “el poder de los poderes”, y por lo mismo debe prevalecer sobre los intereses individuales y de grupo, o sea sobre todos los poderes que evolucionan en la sociedad y que pretenden dominar sobre los principios constitucionales”³¹.

Esta preeminencia del poder constitucional sobre el poder social, y concretamente sobre el poder que implica los derechos fundamentales de los individuos, es considerablemente absurda. Y es que, si la Constitución, cuya validez deriva de que reconoce ciertos derechos y de que ha sido sancionada por una Asamblea Constituyente, no puede bajo ningún pretexto prevalecer sobre aquello que le otorga su validez y por ende la validez del sistema jurídico entero, a saber: Los derechos fundamentales.

Aunado a esto, siendo el aspecto material del amparo los derechos fundamentales, puede decirse que éste es un control inmediato de los derechos que implicará en todo momento un control mediato de la norma. La violación subjetiva comportará así siempre una violación objetiva, incluso de orden constitucional. Si el derecho es un derecho básico y ya tradicional en la cultura del país (por ejemplo, derecho al trabajo) encuentra expresa consagración normativa (artículo 87 de la Constitución); y si es un derecho si se quiere novedoso (por ejemplo derecho a disfrutar de las ventajas de la globalización) éste también encuentra reconocimiento constitucional, *ex* artículo 22 de la Constitución, el cual dispone:

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Esta norma, sustituta del artículo 50 de la Constitución de 1961 y derivada de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, posibilita la inserción de los derechos humanos en cuanto forma (delimitación terminológica) y en cuanto sustancia (delimitación del contenido del derecho). Esta posibilidad no

³⁰ HENRÍQUEZ MAIONICA, GIANCARLO, *El amparo constitucional: Control de los derechos fundamentales*, Sherwood, Caracas, 2004, pp. 61-90.

³¹ SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE, “Constitución y poder” en *El significado actual de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 536.

debe entenderse como una abertura absoluta de derechos que desemboque en un libertinaje, sino que implica la ineptitud de la norma de contener todos los derechos fundamentales, al igual que el continuo nacimiento de éstos que –precítese– deben observar cierta sintonía de goce con todos sus titulares. Es decir, los derechos nacen continuamente no porque así lo disponga la norma, sino porque así se deriva del desarrollo de la humanidad, estando ellos limitados por el goce –de esos mismos derechos– por los demás sujetos.

En este orden de ideas, la violación subjetiva (única importante a los efectos del amparo) repercutirá directamente en el derecho e indirectamente en el orden normativo regulador de tal derecho. El amparo asegura los derechos, independientemente de la legalidad o la constitucionalidad de los actos lesivos de aquellos. Él es un *control de los derechos fundamentales*, que implica el efectivo goce, uso y disfrute de ellos cuando su procedencia sea pertinente. Y es que, mientras los derechos pueden ir generándose con el trascurso del tiempo, o los derechos ya generados pueden alimentar o mutar su contenido, la norma permanece inmóvil, salvo que se reforme continuamente, que es una cuestión de hecho imposible.

Es necesario aceptar que existe una autonomía entre derechos fundamentales y normas; y que esta autonomía no implica un desprendimiento absoluto entre tales nociones. Ellas por el contrario, se alimentan recíprocamente. Aquí debe recordarse que la primera tarea de las Constituciones modernas está en la capital distinción entre ley, como regla puesta por el legislador, y derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas (*pretese soggetive assolute*), válidas por sí, independientemente de la ley³².

Esta nutrición recíproca es la que permite la existencia de una violación subjetiva inmediata y de una violación objetiva mediata. El control de los derechos absorbe toda violación objetiva en cuanto la norma se refiera a tales derechos, ya que la existencia de éstos es empíricamente anterior en el entendido de que la realidad social traspasa la estanqueidad de la norma.

La coyuntura humana no puede ser contenida –aún cuando se desee así– por el ordenamiento jurídico. Este último se acopla a aquella, ya que impedir ese desarrollo humano evocaría un sedentarismo estatal, contrario a toda progresividad del Estado, y por ende del hombre mismo.

En tal sentido, consideramos inadecuado que se afirme que el amparo protege “derechos constitucionales, incluso aquellos inherentes a la persona humana”. Esto último, es innecesario ya que todos los derechos fundamentales son “constitucionales” –más no todos éstos son fundamentales– bien por estar expresamente consagrados (por ejemplo, el derecho de propiedad insertado en el artículo 115 de la Constitución) o bien, en caso de ausencia de norma expresa, en virtud del artículo 22 de la Constitución. Finalmente, es necesario que se tenga en cuenta la existencia de algunas decisiones muy acertadas, como por ejemplo aquella de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de mayo de 1995, caso: *Parque Los Guayabitos*, según la cual “la cuestión sustancial en la decisión de una acción de amparo constitucional es el determinar si existe o no una violación a un derecho o garantía constitucional”, por lo que “no tiene fundamento la afirmación de que para lograr determinar su procedencia se verifica la anterior situación, el Juez debe únicamente analizar la normativa constitucional y no pueda analizar la normativa le-

³² ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 57.

Giancarlo Henríquez Maionica

gal; puesto que, en definitiva, lo que importa al jurisprudente sentenciador no es si se ha violado tal o cual norma de la Constitución o de una Ley, sino —se insiste— si se ha violado un derecho o garantía constitucional; si bien, como es obvio, si se viola un derecho o garantía constitucional, consecuencialmente, se violaría la norma que consagra ese derecho, que es necesariamente de rango constitucional”.

En definitiva, y por todo lo antes expuesto, al menos en Venezuela, en el amparo constitucional interesan primeramente los derechos fundamentales y luego, por vía de consecuencia, la norma que los contenga, incluso aún cuando ésta sea la propia Constitución.

II. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO³³

Visto lo anterior, toca ahora analizar propiamente la posibilidad de que en casos con elementos de extranjería relevantes, se controle la constitucionalidad del derecho extranjero que resulte aplicable al supuesto en cuestión. Pues bien, para poder explicar la viabilidad de tal afirmación, haremos en un primer momento una consideración sobre la naturaleza del derecho aplicable, en cuanto a si éste es adjetivo o sustantivo, para así desechar la aplicabilidad, en este caso, del artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Pero como quiera que así sea, hay que hacer antes una breve precisión: A nuestro juicio el control de la constitucional sí es posible, tanto en el caso de que el derecho distinto del foro sea el venezolano, como en el caso de que el foro sea venezolano y el derecho sea cualquier otro, siempre y cuando se admita en éste la posibilidad competencial de un control difuso en los términos arriba expuestos. Lo que sucede es que existe, en el segundo supuesto, una particularidad que excede los límites de este ensayo: ¿Puede la Sala Constitucional revisar las decisiones en la que Jueces extranjeros controlen la constitucionalidad de nuestro derecho, cuando éste resulte aplicable?. Y de ser así, ¿tal conclusión se desprendería del propio artículo 336.10 de la Constitución?.

La verdad es que responder a estas preguntas es considerablemente ambicioso. Pero no obstante esto, teniendo en cuenta que a nuestro juicio existe una especie de absorción del control difuso por aquel otro concentrado en el derecho venezolano, podría sostenerse la cabida empírica de una respuesta afirmativa, al menos a la primera interrogante, pero que por tal razón no es necesariamente la correcta en términos jurídicos estrictos. Sin embargo, insistimos en sortear aquí esta problemática dado que, este ensayo plantea un piso doctrinal si se quiere, para afirmar la posibilidad del control de la constitucionalidad, tanto de nuestro derecho, como del derecho foráneo que así lo permita. Si esta tesis se arraiga, o si se discute para formularse una mejor, luego se podrán formular y debatir con la propiedad debida, las respuestas de las preguntas formuladas.

³³ *Agradecimiento.* En esta Segunda Parte he contado con la revisión técnica de LUIS ERNESTO RODRÍGUEZ, Profesor de Derecho Internacional Privado en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, quién además de ser una excelente persona que se destaca —al propio tiempo— en una generación de brillantes *iusprivatistas*, cuenta totalmente con mi aprecio y mi admiración. Y es en este orden de ideas que hay que tener en cuenta que cualquier error que se encuentre en este ensayo es solo atribuible a quien suscribe.

1. *Consideración preliminar: ¿En el derecho internacional privado, el control de la constitucionalidad es un aspecto sustantivo o adjetivo?*

Como se mencionó, antes de analizar las posibilidades que tendría un Juez venezolano de controlar la constitucionalidad de un derecho extranjero cuando en efecto lo aplicare, es necesario saber si ese control es un aspecto sustantivo del procedimiento, o si por el contrario, es un aspecto adjetivo de éste.

Si es adjetivo no existiría duda alguna sobre el control del derecho extranjero, pues tal control se solucionaría siempre por el derecho del Juez o *lex fori*, según la fórmula *lex fori regit processum*³⁴, mientras que, si es un aspecto sustantivo, la problemática cobra vigencia y sí sería posible, tal como nosotros creemos. Para esto, se hace menester —en principio— una exégesis del artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

A. *Análisis exegético del artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado*

El artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que “La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve”. A su vez, esta norma encuentra su génesis —entre otros— en los artículos 314 del Código Bustamante, 10 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 6 de la Convención Interamericana sobre Eficacia de Sentencias y Laudos y 55 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia.

Pues bien, ambas expresiones utilizadas en el artículo 56, “competencia” y “forma del procedimiento”, remiten a cuestiones adjetivas, por lo que, a primera vista, pareciera que toda cuestión adjetiva es resuelta por el derecho del Juez que dirimirá el conflicto concreto, o lo que es lo mismo, tales cuestiones serán resueltas por el derecho del foro. En tal entendido, es necesario saber si la aplicación del derecho, una vez designado el Juez competente, es una cuestión que podría subsumirse en las mencionadas expresiones del artículo 56, ya que de ser así, la aplicación del derecho extranjero y por tanto, el posible control de su constitucionalidad, serían problemas adjetivos solucionables por el derecho del Juez que resolverá el caso, sin que por eso se plantee la posibilidad de controlar ese derecho foráneo. Caso contrario a éste, sí podría hablarse del control de la constitucionalidad del derecho extranjero en aplicación de este último. Veamos entonces qué significado tienen, a nuestro juicio, las expresiones “competencia” y “forma del procedimiento” en el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado, para a su vez, determinar la posibilidad del control de la constitucionalidad del derecho extranjero.

³⁴ Para un enfoque novedoso de este tema, véase: MARTÍNEZ CAMPO, JOSÉ TADEO, “Conflictos de leyes en materia procesal” en *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. De Maekelt*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 119-180.

a. *La competencia*

Como bien se sabe, la competencia, al menos en líneas generales, “es el poder que posee una jurisdicción para conocer determinado litigio”³⁵. En otras palabras, la competencia así entendida significa la “medida de la jurisdicción que ejerce en concreto el juez en razón de la materia, el valor de la demanda y el territorio” siendo a su vez esa jurisdicción una “función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual”³⁶. En este sentido, se habla así de *competencia interna*.

Por su parte, también existe –muy débilmente en cuanto nomenclatura– la denominada *competencia procesal internacional*, en cuyo caso “el problema se reduce a determinar cuál de los Estados con los cuales tiene conexión una determinada relación jurídica material controvertida es competente para solucionar jurisdiccionalmente la controversia, y no para determinar cuál es la ley aplicable al fondo de la controversia”³⁷. Por tanto, esta última competencia a diferencia de aquella interna, “no se refiere a la competencia respectiva de los diversos Tribunales de un país ... sino a la competencia conjunta de un país”³⁸, asimilándose así a la jurisdicción propiamente dicha³⁹, la cual, según fallo de la Sala Civil, Mercantil y del Trabajo del 06 de agosto de 1969, “es la facultad de administrar justicia en las cuestiones que suscitan las partes. Ella es una manifestación de la Soberanía Nacional que la

³⁵ SOLUS, HENRY y PERROT, ROGER, *Droit judiciaire privé*, Tome II. *La compétence*, Sirey, Paris, 1973, p. 5.

³⁶ RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Volumen I*, Arte, Caracas, 1997, pp. 105 y 298.

³⁷ RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES, “La competencia procesal internacional en el derecho venezolano” en *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 68.

³⁸ SÁNCHEZ-COVISA, JOAQUÍN, “Apuntaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta” en *Studia Iuridica* número 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957, p. 434. También véase al respecto: B. de MAEKELT, TATIANA, “las disposiciones de Derecho Procesal Internacional en el Código de Procedimiento Civil venezolano vigente” en *Libro Homenaje a Werner Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 151-189, HERNÁNDEZ-BRETÓN, EUGENIO, “Modificación de la competencia procesal indirecta por razón de conexión (especial referencia a los litisconsorcios pasivos)” en *Revista de la Facultad de Derecho* número 43, Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas, 1991, pp. 211-250, “La autonomía de las partes en el sistema de la competencia procesal internacional directa” en *Libro Homenaje a Werner Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 121-150, *Problemas contemporáneos del derecho procesal civil venezolano*, Sherwood, Caracas, 2004, PARRA ARANGUREN, GONZALO, “Normas de derecho procesal civil internacional” en *Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1986, pp. 143-170, *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1986.

³⁹ Esta es una diferencia básica entre las competencias interna e internacional, ya que ésta es más amplia que aquella. En efecto, “Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción, pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez”. Véase: COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 29.

Constitución atribuye a una de las ramas del Poder Público nacional —el Poder Judicial— integrada por los jueces⁴⁰.

Así las cosas, el vocablo “competencia” contenido en el citado artículo 56, al menos en nuestra opinión, se refiere a la competencia interna, ya que la competencia procesal internacional es homóloga de jurisdicción, y si bien ésta es previa a la competencia propiamente dicha, no puede incurrirse en el equívoco de pensarse que la expresión competencia es equivalente a la jurisdicción. Además de esto, expresamente menciona la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado que “El término “competencia procesal internacional” se sustituye por el de “jurisdicción”, por cuanto se evita así la confusión con la competencia interna”.

Al propio tiempo, es necesario que se tenga en cuenta que esa competencia a la que alude el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es una cuestión adjetiva, en el entendido de que con ella se designa al Juez que conocerá de la controversia, pero no cómo éste resolverá dicho caso. Tal designación es naturalmente incidental al mérito de la controversia, y es además una etapa previa a aquella de la aplicación del derecho para la solución del conflicto.

En este mismo sentido, puede observarse que la competencia, en cualesquiera de los significados expuestos e independientemente de las críticas que se formulen, no es una noción dentro de la cual se ubica la aplicación del derecho foráneo, y menos aún, el control de su constitucionalidad, por lo que la adjetivización de esto último puede sortearse por los momentos. Y es que, de nuevo, la aplicación del derecho es una etapa posterior a aquella de designación del foro o Juez para conocer, por lo que, no es posible que aquélla se entienda absorbida por ésta, y que por tanto, pueda considerarse igualmente adjetiva. Visto esto, la cuestión ahora se referirá a saber si el control de la constitucionalidad del derecho extranjero que se aplique es una “forma del procedimiento”.

b. *La forma del procedimiento*

El proceso puede entenderse como la sucesión de actos que tienen lugar por ante la Administración de Justicia para solucionar determinada controversia. Ahora bien, los vocablos “proceso” y “procedimiento” son tradicionalmente diferenciados, por lo que puede decirse que a través del procedimiento se regula “el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva⁴¹”.

En tal entendido, la “forma” de ese “procedimiento” vendría a ser la forma cómo se regula el proceso, o lo que es lo mismo, la forma en la que se “juega el proceso”, o puede jugarse. Más concretamente, por “forma del procedimiento” puede entenderse a los “requisitos⁴² de éste, o lo que es lo mismo, a las condiciones que

⁴⁰ Gaceta Forense, Tomo 65, Segunda Etapa, p. 386. También en: BUSTAMANTE MIRANDA, MARUJA, *15 Años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 1959-1973*, Caracas, 1974, p. 421.

⁴¹ RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Volumen I*, Arte, Caracas, 1997, p. 174.

⁴² CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Hispano Americana, Buenos Aires, 1944, p. 115. Traducción de la obra *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1936, por NICETO ALCALÁ-ZAMORA y SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Sobre los criterios de

permiten que el mismo se configure. Tales condiciones se reducen a la legitimación, a la competencia, al régimen probatorio, a la cosa juzgada, entre otras, sin contener esa reducción a la aplicación propia del derecho. Esto quiere decir que cuando el Juez va a decidir determinado asunto, ese proceso de decisión en el cual no necesariamente con ánimo silogístico, se va a precisar cuál es la norma con la que se decidirá el asunto, es un proceso concomitante con el mérito de la controversia, y no con la “forma” del procedimiento a través del cual se ventilará.

La aplicación del derecho es una cuestión sustantiva en el sentido de que la interpretación y consecuente aplicación de la Ley, determinará el destino de la justicia material en el caso concreto. Y esa determinación no regula propiamente el procedimiento, sino que éste está dirigido a ella. He aquí el dédalo del asunto.

La aplicación del derecho integra el elemento teleológico de todo procedimiento, por cuanto para resolver todo asunto es menester saber qué norma se aplicará, y cómo se hará esto. Ahora bien, también es necesario que se tenga en cuenta que sin la “interpretación no podrían los jueces aplicar la ley conforme a su altísimo y fundamental cometido de administrar justicia”, por lo que, en un primer momento el operador jurídico (aquí el Juez) tiene que interpretar el derecho, realizando “una investigación profunda y exhaustiva para extraer de la norma, además de su contenido explícito, toda la riqueza oculta que encierra en sus entrañas, y entonces proceder, en un segundo tiempo, a aplicarla a hechos que muchas veces no tuvieron en cuenta los legisladores o cuya existencia no les fue posible siquiera imaginar”⁴³.

En otras palabras, independientemente que el “objetivo inmediato y esencial” del procedimiento sea la tutela de los derechos subjetivos de las partes o “el desenvolvimiento del supremo interés público en cuanto a la composición de conflictos y, con ello, a la realización del derecho objetivo”⁴⁴, la aplicación del derecho se da en un escenario procesal, pero tiene naturaleza material, y si tal aplicación sólo se refiere a cuestiones de forma del procedimiento ella tendrá, por el contrario, naturaleza adjetiva, salvo que en ese momento se controle la constitucionalidad de la norma aplicable, ya que tal control es una facultad material. Aquí incluso vale destacar que, al menos en el País Vasco, ya se sostiene que el proceso “es una garantía que modela sustantividad”, impidiéndole ésta demás que ese proceso sea “adjetivo, acritico o mecanicista. O, en fin, ser vicario de la norma que actúa”⁴⁵. Tal naturaleza sustantiva radicaría en la existencia del derecho a la “tutela judicial efectiva”, y que tal efectividad supone la existencia, siempre sustantiva, de un complejo de garantías derivado a su vez, de “un compromiso constitucional”, en

traducción generalmente utilizados, es interesante que se consulte: ALCALÁ-ZAMORA, NICETO, *Cuestiones de terminología procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.

⁴³ DE SOLA RENÉ, *Interpretación progresiva de la Ley. Estudios Jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 231.

⁴⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Hispano Americana, Buenos Aires, 1944, p. 115. Traducción de la obra *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1936, por NICETO ALCALÁ-ZAMORA y SANTIAGO SENTIS MELENDO.

⁴⁵ LORCA NAVARRETE, ANTONIO, “El derecho procesal como sistema de garantías” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* número 107, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 5 y 9 de la versión digital en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art4.htm.

ese caso, del artículo 24.1 de la Constitución de España y, 26 de nuestra Constitución.

A pesar de esto, a veces se ha pensado que es procesal aquello que se “funda sobre la existencia del proceso y de éste deriva”⁴⁶, pero no obstante, a nuestro juicio, un acto puede ser procesal si, se da en un proceso o procedimiento, conservando además su autonomía existencial con respecto de éste, y por tanto, también su autonomía natural en cuanto ese acto puede ser sustantivo y aún así, tener lugar procesalmente hablando.

Pues bien, la aplicación del derecho, así como el posible control de su constitucionalidad no puede considerarse, en nuestro criterio, como una “forma del procedimiento”, sino que por el contrario, en los escenarios del derecho internacional privado, el procedimiento *está formado* para solucionar casos concretos, en aplicación íntegra del derecho, en concomitancia con una justicia material.

B. *Hacia el reconocimiento de la naturaleza sustantiva del control de la constitucionalidad del derecho extranjero*

En efecto, la aplicación del derecho extranjero, en nuestra opinión, es una cuestión mayormente sustantiva que, si bien tiene cabida en un procedimiento –cuestión *per se* adjetiva– no es absorbida por éste. Y es que, puede entenderse que el acto de aplicación es procesal, en el sentido de que es un acto que tiene lugar dentro del procedimiento sin que esto signifique un carácter propiamente adjetivo. Es decir, en un caso de derecho internacional privado, la aplicación del derecho extranjero tiene lugar dentro del procedimiento, pero tiene que considerarse que no todo lo que se da dentro de éste es adjetivo.

Por ejemplo, la controversia concreta se resuelve dentro del procedimiento, y no por esto ella es adjetiva, todo por el contrario, ella es el fondo o mérito del asunto. De forma similar, el cómo se resuelve esa controversia es también, en nuestra opinión, una cuestión de fondo o sustantiva que, de ninguna manera, puede considerarse como contenida en el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado, remitiéndose a su vez ese “cómo” a la aplicación del derecho extranjero en su integridad, aún cuando exista alguna renuencia normativa al respecto, tal como lo configura el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, según el cual “se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. A tal efecto, al asumir el criterio de este artículo 17, sería más sencillo sostener el carácter sustantivo del control de la constitucionalidad del derecho extranjero ya que –apartando las críticas– toda norma de conflicto⁴⁷ de contenido adjetivo, está excluida de la aplicación del derecho en sí.

No obstante esto, consideramos que la aplicación del derecho es íntegra, sin que por tanto exista la posibilidad de fraccionar o escoger alguna “parcela” jurídica que se aplique por sobre las demás, ya que todas deben aplicarse si así es posible. Ahora bien, esa aplicación es sustantiva ya que ella determinará el destino de la

⁴⁶ CHIOVENDA, GIUSEPPE, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", *Volumen I, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, p. 77. Traducción de la obra *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1935, por E. GÓMEZ ORBANEJA.

⁴⁷ Véase al respecto: GARCÍA MORENO, VÍCTOR, *Derecho Conflictual*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

controversia sometida al procedimiento, y a su vez, todo lo que sea inherente a la aplicación tendrá, al menos en principio, un carácter sustantivo. Aquí surge sin lugar a dudas el control de la constitucionalidad del derecho extranjero, pero en base a su propia Constitución, y no a la del Juez que aplicará el derecho. Y es que de nuevo, este control es sustantivo ya que, por un lado, no puede decirse que esté insertado en el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado, tal como se apuntó, y que por ende, está exento de “carácter adjetivo”. Y por otro lado, siendo la aplicación del derecho una actividad sustantiva que se desarrolla en el procedimiento, pero no para éste, sino que por el contrario, éste está para aquélla, el control de la constitucionalidad como aspecto inherente y –si así lo permite el derecho aplicado– obligatorio de la aplicación, es tan sustantivo como esta última, pudiendo por tanto controlarse la constitucionalidad de un derecho extranjero, en base a su Constitución, o lo que es igual, a la Constitución de ese derecho foráneo⁴⁸.

2. Dos supuestos concretos del control de la constitucionalidad en el derecho internacional privado

A. El Juez venezolano en aplicación del derecho extranjero

a. El control de la constitucionalidad y la aplicación íntegra del derecho extranjero

Como bien se sabe, los Jueces son personas comunes y corrientes a las que se les exige, al menos en los casos con algún elemento de extranjería relevante, insertados éstos a su vez dentro del sistema de derecho internacional privado, una *omnisapientia normativa*. En estos casos, el Juez debe conocer *todo* el derecho, concentrándose en el vocablo “derecho” el ordenamiento jurídico tanto nacional, como internacional que resulte aplicable –así sea potencialmente– al caso en cuestión. Y a pesar de que en el estado actual de las cosas se sostiene que más que “conocer” el Juez debe “investigar” el derecho extranjero aplicable, a nuestro juicio, el Juez debe hacer ambas cosas: Él debe conocer ese derecho y si no lo conoce, o si tiene dudas sobre su contenido, podrá –si se quiere por vía diplomática– investigarlo, contando para ello con la ayuda –que no carga– que las partes del caso concreto le puedan proporcionar.

Así las cosas, el Juez *ex* artículos 2 y 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado *está obligado* a aplicar de oficio el derecho extranjero, sin que tal obligación pueda considerarse como estrictamente procesal, ya que tal naturaleza es otorgada cuando se regula directamente la relación de las partes, incluyendo el propio Poder Judicial y el Ministerio Público. Al respecto véanse los artículos 408 al 411 del Código Bustamante, 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, y 15 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia⁴⁹.

⁴⁸ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El control de constitucionalidad de la norma importada” en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1093-1097.

⁴⁹ LEGGE n. 218 del 31 de mayo de 1995. El texto original puede consultarse en: FIORI, MASSIMO. *Il nuovo Codice Civile e le leggi complementari*, CxT, Roma, 1997, pp. 127-137. También existe una versión en castellano que puede verse en: B. DE MAEKELT, TATIANA, BARRIOS, HAYDÉE, ROMERO, FABIOLA y GUERRA, VÍCTOR HUGO. *Material de Clase para*

El Juez debe aplicar el derecho extranjero *ex officio*, y debe aplicarlo tal como lo haría un Juez homólogo del país del derecho a aplicar. Por ejemplo, si el derecho aplicable es el de la de Italia, el Juez (aquí, de Venezuela) está obligado a aplicar aquel derecho de la misma forma que lo haga un *Giudice* de Italia. Tal obligación “representa la única posibilidad para los jueces de diferentes Estados, cuando aplican una determinada legislación extranjera, de obtener la misma conclusión y, por tanto, de garantizar la armonía internacional de las soluciones”⁵⁰. A tal efecto, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en decisión del 31 de octubre de 1961 dispuso que “para interpretar un Tribunal de determinado país una disposición legal de otro, nada mejor que inspirarse en la doctrina de los autores de aquel país y, sobre todo, en la jurisprudencia sentada por el más Alto Tribunal del mismo, así como en otros actos del Poder Público que corroboren esa interpretación”⁵¹.

En este sentido, y siempre con relación a la aplicación del derecho, se ha esbozado la *teoría del derecho propio*, y dentro de ésta la *teoría de la incorporación*, según la cual los jueces usando “las facultades que le confiere el derecho extranjero, pueden pronunciar la inconstitucionalidad o sostener interpretaciones personales de la norma incorporada sin afectar por ello al Estado extranjero, dado que tales pronunciamientos e interpretaciones inciden sobre la norma incorporada, vale decir, sobre una norma propia”⁵².

Esta aproximación de la teoría de la incorporación a la posibilidad del Juez de controlar la constitucionalidad del derecho extranjero, es *redundante* en el entendido de que el Juez tendría tal facultad porque (y sólo por esto) el derecho extranjero se incorpora en el nacional y se le considera como propia. Es decir, el Juez controlaría siempre una norma nacional, nunca una foránea, consideración ésta que, en nuestro criterio, es consecuencia de un territorialismo en exceso.

Pues bien, a pesar de la futilidad de la teoría de la incorporación, consecuencia a su vez de su redundancia, existe dentro del sistema de derecho internacional privado venezolano la posibilidad de controlar la constitucionalidad de un derecho extranjero. Esta posibilidad surge a través de la *aplicación íntegra* de este último derecho.

Derecho Internacional Privado, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 420-437.

⁵⁰ PARRA ARANGUREN, GONZALO, *Curso General de Derecho Internacional Privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 102. A tal efecto, en Francia, MOTULSKY sostiene que “l’application d’office de la loi étrangère est bel et bien obligatoire dans les hypothèses mêmes où la règle de conflit est supplétivement dès lors du moins que la compétence de la loi en question n’a pas été vablement écartée par un accord formel des parties”. Véase: MOTULSKY, HENRI. “L’évolution récente de la condition de la loi étrangère en France” en *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 689. También sobre la aplicación *ex officio* del derecho extranjero, tal cual lo haría un Juez de ese país, véase: GUERRA ÍÑIGUEZ, RAFAEL, *Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1985, p. 142, WOLFF, MARTÍN, *Derecho Internacional Privado*, Labor, Barcelona, 1936, p. 138. Traducción de JOSÉ ROVIRA y ERMENGOL.

⁵¹ Gaceta Forense, Tomo 34, Volumen II, Segunda Etapa, p. 73.

⁵² ALFONSÍN, QUINTÍN, *Teoría de Derecho Privado Internacional*, Idea, Montevideo, 1982, p. 514. También publicado en: *Derecho Internacional Privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 182.

La aplicación del derecho foráneo, “como la del propio, será irrenunciable y procederán todos los recursos procesales establecidos contra los errores de derecho. Además, el juez estará obligado a encontrar el contenido y el alcance del derecho extranjero, saber interpretarlo como lo hubiera hecho el juez del respectivo ordenamiento jurídico o, en caso de encontrarse en la situación de no poder aplicar el derecho extranjero indicado por su norma de conflicto, decidir qué ordenamiento jurídico resolverá el caso en cuestión”⁵³.

a.1 *El principio iura novit curia y su necesaria ampliación*

Como se sabe, es un principio general el que el Juez conozca el derecho, más no los hechos pues éstos serán aquellos planteados por las partes de la controversia. A su vez, este principio de conocimiento normativo o *iura novit curia* no está justificado –tal como sostiene LIEBMAN– solamente “por la notoriedad pública de las leyes; el mismo es más bien esencial al concepto propio de la jurisdicción: el juez no puede evidentemente sufrir limitaciones en la investigación y en el conocimiento de la norma jurídica, cuya actuación es el específico cometido de su función. Cumplido este cometido significa, en primer lugar, encontrar en el ordenamiento jurídico la regla abstracta con la cual el hecho concreto debe ser juzgado, para hacer después congrua y exacta aplicación de aquél. El señorío del juez en la búsqueda de aquella regla es su específica libertad, a la que le corresponde un preciso deber suyo inherente al oficio de que está investido”⁵⁴.

Visto esto, hay que tener en cuenta que la Sala Político-Administrativa, en decisión del 07 de marzo de 2001, caso: *Fletes Acme*, dispuso que puede que en determinado supuesto “el derecho aplicable sea el extranjero y no la *lex fori*, en cuyo caso, tal como lo pauta la Ley de Derecho Internacional Privado en su artículo 60, aun de oficio, el juez patrio deberá aplicar el derecho extranjero; pero, como se apuntó, ello no encausa su falta de jurisdicción para conocer de la controversia”. De forma similar, la Sala de Casación Civil, en fallo del 10 de diciembre de 2001, caso: *Navierra Rassi* sostuvo que:

“el derecho extranjero debe aplicarse de oficio y cabe, por tanto, bajo el principio “*Iura Novit Curia*”; luego se trata de una cuestión de derecho que es perfectamente controlable por el tribunal de casación.

⁵³ B. DE MAEKELT, TATIANA, *La Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 69. Véase también sobre la aplicación íntegra del derecho foráneo: BONNEMAISON, JOSÉ LUIS, “La aplicación del derecho extranjero” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* número 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 67-73, HERRERA MENDOZA, LORENZO, *La misión del Juez en la aplicación del derecho extranjero. Estudios sobre derecho Internacional Privado y temas conexos*, El Cojo, Caracas, 1960, MUCI ABRAHAM, JOSÉ, “La prueba de la ley extranjera en el derecho venezolano. Medios probatorios y oportunidad” en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* número 1, Caracas, 1952, SANSÓ, BENITO, “La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable” en *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 703-751.

⁵⁴ LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, pp. 283-284. Traducción de la obra *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1973, 1974 y 1976, por Santiago Sentís Melendo.

Si en un litigio el Juez le niega aplicación a una norma extranjera y la decisión se recurre en casación, el formalizante deberá delatar la infracción, por falta de aplicación, tanto de la norma de derecho positivo venezolano que ordena la aplicación de la norma extranjera, como de la misma norma del derecho extranjero que resultaba pertinente para resolver la litis”.

Dentro del principio del *iura novit curia* se encuentra así contenido el derecho extranjero, lo cual incluso, ya era reconocido por la jurisprudencia en 1960, 1966 y 1985. En efecto, por un lado, la aplicación del derecho extranjero por un Juez nacional era ya aceptada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Mercantil del Distrito Federal, en sentencias del 27 de junio de 1960 y del 29 de septiembre de 1966, mientras que por otro lado, ya perfeccionando tal aceptación, la Sala de Casación Civil, en fallo del 16 de enero de 1985, caso: *Transportes Aéreos Portugueses*, dispuso que en Venezuela “el juez de mérito tiene el deber de investigar y aplicar de oficio la ley extranjera, siempre y cuando, tal ley extranjera no viole principios de orden público venezolano”⁵⁵. De una u otra manera, también el 14 de diciembre de 2004, caso: *Enrique Álvarez Centeno*, la Sala de Casación Social aplicó el derecho extranjero –en ese caso los derechos argentinos y guatemaltecos– teniéndolo en cuenta sin necesidad de argumentaciones o prueba alguna de las partes al respecto.

No obstante el asidero expreso de la aplicación *ex officio* en la Ley y en la doctrina judicial, existen renuencias jurisprudenciales y doctrinales al respecto. Por un lado, la Sala Constitucional, en decisión del 03 de octubre de 2002, caso: *Tomás Molina*, consideró que el derecho extranjero debe “excepcionalmente” ser objeto de prueba. En igual sentido, la Sala de Casación Social, en fallo –en concreto, en el voto concurrente de Alfonso Valbuena– del 18 de septiembre de 2003, caso: *Mercedes Benguigui*, ha establecido que “los textos de los convenios colectivos de trabajo no siempre son del conocimiento público, y en consecuencia, es necesario que las partes coadyuven en la demostración de su existencia y términos, como sucede en el caso de invocarse la aplicación del derecho extranjero o de leyes estatales y ordenanzas de restringida publicación en lo territorial”.

Y finalmente –en España– el Tribunal Constitucional en sentencia del 17 de enero de 2000, caso: *Gaiane Charlouian*, dispuso que “es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el Derecho extranjero es un “hecho” que debe ser probado por quién lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 12.6 del Código Civil”. Por otro lado, Couture sostiene que “la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida”, convirtiéndose en una excepción “al principio de que el derecho no es objeto de prueba”⁵⁶. Tal pensamiento ha llevado a otros a señalar que “el juez no es persona obligada a conocer el derecho extranjero, el cual debe ser demostrado en el proceso por las partes”⁵⁷.

⁵⁵ De igual forma, véase: RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Volumen III*, Arte, Caracas, 1997, p. 270.

⁵⁶ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 222.

⁵⁷ BELLO TABARES, HUMBERTO, *Tratado de Derecho probatorio, Tomo 1. De la prueba en general*, Livrosca, Caracas, 2002, p. 46.

a.2 *El control de la constitucionalidad del derecho extranjero es con base a la Constitución extranjera*

Hasta ahora se ha precisado que se puede controlar la constitucionalidad del derecho extranjero y que –con igual vehemencia– el Juez extranjero puede controlar la constitucionalidad del derecho nacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el control se hace en base a la Constitución del derecho aplicado, no del derecho del foro.

Esto quiere decir que si un Juez foráneo controla la constitucionalidad del derecho venezolano, debe hacerlo a tenor de la Constitución de este país. Y viceversa, si el Juez venezolano controla la constitucionalidad de un derecho foráneo –por ejemplo, de Portugal– él deberá hacerlo en el entendido de la Constitución lusa⁵⁸.

Hecha esta precisión surge una duda con respecto de la aplicación no ya del derecho foráneo por un Juez venezolano, sino del derecho venezolano por un Juez foráneo: ¿En los sistemas mixtos –tal cual el de Venezuela– la decisión del Juez extranjero en la que se controle la constitucionalidad del derecho nacional, puede ser revisada por la Corte o Sala Constitucional?. Vista la absorción que existe en el sistema venezolano, pareciera que la sentencia foránea que controle la constitucionalidad del derecho nacional, puede ser revisada por la Sala Constitucional. Esto además de tener en cuenta que la aplicación íntegra del derecho extranjero, también llevaría a un resultado similar. A nuestro juicio, esta sería una solución válida –aun cuando en el estado actual de las cosas muy reconducida– salvo que la propia jurisprudencia constitucional excluya tal posibilidad.

b. *El control de la constitucionalidad del derecho extranjero por un Juez venezolano*

A tenor del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, “El Derecho que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. Pues bien, conociendo de un caso la jurisdicción venezolana, y siendo aplicable a él un derecho extranjero, el Juez podrá –si es necesario– controlar la constitucionalidad de ese derecho, siempre que los principios que rijan en tal país extranjero así lo permitan, y de forma que no se contraríen los objetivos de las normas de conflictos nacionales. Estos “objetivos” no se refieren a la norma conflictual concreta, sino a la teleología básica de todas ellas, a saber: La obtención de la justicia material del caso en cuestión.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los principios de todo país extranjero (y también el propio) están supeditados casi siempre a cuestiones culturales, siendo por ende, algo casuístico. Veamos un escenario al respecto: Un Juez venezolano conoce de un caso en el que resulta aplicable el derecho de los Estados

⁵⁸ En la actualidad se siguen pronunciando favorablemente al control de la constitucionalidad en base a la propia Constitución extranjera, diversos autores, como por ejemplo: B. DE MAEKELT, TATIANA, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 261 y 277, quien sigue a su vez las ideas de PAUL NEUHAUS expresadas en *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.

Unidos de Norteamérica, concretamente el derecho del Estado de Florida. En la aplicación de ese derecho, el Juez podrá considerar inaplicable tal o cual norma del Estado, por contrariar ésta la Constitución de ese país, siempre observando a tal efecto los precedentes (*precedents*)⁵⁹.

El Juez venezolano podría desaplicar la norma, incluso no observar un precedente que sea contrario a la Constitución en su sentido actual, aplicado el derecho con equidad al caso concreto. Él tendría esa facultad, posiblemente considerada como imperativo, para aplicar íntegramente el derecho, no automáticamente. Tanto es así la tenencia de tal facultad que, como vimos, ésta se inserta dentro del principio del *iura novit curia*.

Aunado al artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el artículo 60 establece que “El Derecho extranjero será aplicado de oficio”, aplicación ésta que está contenida también en el artículo 16 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza.

En consecuencia, si ese derecho extranjero establece la posibilidad al Juez de ese país homólogo de aquel que está conociendo el caso, para controlar la constitucionalidad del derecho, éste deberá (más que podrá) hacerlo, ya que tal control deriva del principio *iura novit curia*, y por ende de su aplicación *ex officio*, independiente de que las partes en conflicto así lo pidan, o incluso, contribuyan a ello.

B. *El Juez extranjero en aplicación del derecho venezolano y la observancia con nuestra Constitución*

Visto que es casi imposible analizar el control de la constitucionalidad que todo Juez extranjero –y por ende todo los sistemas mundiales de derecho distintos del venezolano– pueda hacer del derecho venezolano, precisaremos brevemente si ese control del derecho nacional es en efecto posible por un Juez que no sea venezolano.

A nuestro juicio, todo tribunal en aplicación del derecho venezolano, si observar “contraste entre la Constitución y una norma de cualquier rango que fuere, se inaplicará la norma en cuestión, en beneficio de la aplicación de la disposición constitucional. Esta potestad de inaplicación de la norma puede ser realizada por cualquier tribunal, aún de oficio, en cualquier tipo de causas”⁶⁰. O sea, un Juez foráneo, por ejemplo, un Juez Federal del Estado de Florida, podría –si resultare aplicable el derecho venezolano en un supuesto de derecho internacional privado– controlar la constitucionalidad de éste *ex* artículos 20 del Código de Procedimiento Civil y 334 de la Constitución.

Ahora bien, en contra de esto, Batiffol y Lagarde indican que el control de la constitucionalidad es, al menos en Francia, una actividad política *lato sensu* (*initiative politique au sens large du terme*), por lo que un Juez francés no puede pre-

⁵⁹ Véase al respecto: FARNSWORTH, ALLAN, *An introduction to the legal system of the United States*, Oceana, New York, 1975, pp. 48-58, DAWSON, JOHN, “Las funciones del Juez” en *Diversos aspectos del derecho de los Estados Unidos*, Letras, México, 1965, pp. 26-28, PARRA ARANGUREN, GONZALO, *Obra citada*, p. 105.

⁶⁰ RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Arte, Caracas, 2000, p. 273.

sumir tenerla, ya que en su país, él carece de tal competencia⁶¹. Veamos el siguiente escenario a tal efecto: Un Juez francés que conoce de una controversia entre dos venezolanos, domiciliados ambos Venezuela, que han decidido someterse a la jurisdicción de tal país, pero aplicando el derecho de su domicilio, *i.e.* el derecho venezolano.

En tal escenario, Batiffol y Lagarde negarían la obligación que tiene el Juez francés, que en ese caso actuaría como Juez venezolano en aplicación del derecho también venezolano, ya que en Francia, al Juez no se le permite controlar la constitucionalidad. En efecto, si bien en Francia, el control de la constitucionalidad corresponde sólo al Consejo Constitucional, podría pensarse que tal falta de competencia, al menos de los Jueces franceses de instancia, no puede considerarse en un escenario concreto en el que se haya designado como aplicable un derecho distinto del francés y donde sea posible además el control de la constitucionalidad por el Juez foráneo que está aplicando este último derecho. Y es que, siguiendo tal consideración hipotética, no se trataría de aplicar el derecho del Juez, sino que el Juez, indistintamente de su derecho nacional, salvo por supuesto lo relativo al orden público, aplique un derecho distinto de aquel donde ejerce la jurisdicción, pudiendo en consecuencia, y en aplicación del derecho extranjero, controlar su constitucionalidad, si éste así lo permite.

Lo que sucede, a nuestro entender, es que un Juez extranjero podría controlar la constitucionalidad del derecho venezolano, si en su país, tal posibilidad existiera, ya que de no ser así, él negaría la aplicación del derecho venezolano, por un lado, bien por cuestiones de orden público, en el entendido de que ese control en el caso concreto, y que en principio le está vedado en el foro al Juez, atentaría si se quiere contra la estructura natural del Poder Judicial en tal país, y por otro lado, bien por institución desconocida, donde el Juez podría negarse a aplicar nuestro derecho ya que en el suyo no existe tal control, o que ni siquiera existe una forma de control paralela. Por tanto, la propuesta de Batiffol y Lagarde no es tan desacertada.

Por supuesto que, la negación del derecho extranjero, que debe ser considerada como excepcional, podrá darse si las Leyes aplicables de derecho internacional privado prevén esa posibilidad de negación, particularmente la de institución desconocida (que en el caso del Juez venezolano no podría alegar vista la amplitud de nuestro sistema)⁶² ya que, en nuestro criterio, es difícilmente alegable aquella del orden público⁶³ pues, a final de cuentas, lo que se desea es la justicia material del caso concreto. Sin embargo, el análisis del control de nuestro derecho es al igual

⁶¹ BATIFFOL, HENRI y LAGARDE, PAUL, *Droit international privé, Tome I*, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1981, p. 390.

⁶² Véase al respecto: MADRID, CLAUDIA C. "Las Instituciones Generales en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* número 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 107-142. También publicado en *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Volumen II*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 61-90.

⁶³ Hay que tener en cuenta además que ya se considera que la "excepción" del orden público no conlleva a un desconocimiento de la norma extranjera, todo por el contrario, "la norma extranjera se reconocerá, ya que la situación en conflicto existe y se rigió por tal disposición, lo que se desconoce, parcial o totalmente son sus efectos". Véase en este sentido: MANSILLA y MEJÍA, MARÍA ELENA, "Naturaleza jurídica del orden público en el derecho internacional privado" en *Anales de Jurisprudencia* número 261, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 345.

que su inversa, casuístico, por lo que antes de saber si se puede o no, es necesario conocer el sistema del Juez del foro.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que puede suceder que la sentencia que dicte un Juez extranjero en control de la constitucionalidad del derecho nacional, sea remitida a la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para que ésta realice el “examen abstracto” de tal control. De todas formas, la problemática queda así planteada.

CONCLUSIONES GENERALES

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos hacer las siguientes reflexiones:

Primera. Aproximación elemental al control de la constitucionalidad. La Constitución es la norma de mayor jerarquía en la estructura positivista, en el entendido de que refleja la actitud de los individuos, así como de sus derechos fundamentales. A tal efecto, los Jueces deben controlar la constitucionalidad de las Leyes o demás normas aplicables al caso concreto ara salvaguardar así el desarrollo del hombre.

Segunda. Las modalidades del control de la constitucionalidad. Este control puede desdoblarse así: Por un lado, puede hablarse de control difuso, que es aquel control ejercido por todos los Jueces. Por otro lado, puede hablarse de control concentrado, según corresponda exclusivamente a un órgano especializado (i.e. Corte o Sala Constitucional).

Tercera. La posibilidad de que el Juez venezolano controle la constitucionalidad del derecho extranjero. En el sistema de derecho internacional privado, los Jueces venezolanos pueden controlar la constitucionalidad del derecho extranjero que resulte aplicable, en virtud de la aplicación íntegra del mismo requerida por el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, y siempre que, al menos en nuestro criterio, en ese derecho sea posible el control difuso.

Cuarta. La posibilidad de que un Juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho venezolano. También es posible, de ser el caso y siempre que en el derecho del foro se permita, que un Juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho venezolano, haciéndose aquí la salvedad –para sortear la problemática aún planteada– de la absorción del control difuso por el control concentrado que en Venezuela tiene lugar.