

## Análisis Crítico de la “Facultad de Jurisdicción Normativa” auto atribuida por la Sala Constitucional en Venezuela y consideraciones especiales sobre el amparo <sup>\*\*</sup>

*Gustavo Domínguez Florido <sup>\*</sup>*

El ejercicio de la “jurisdicción normativa” es quizás uno de los problemas más emblemáticos que, en nuestro país, los estudiosos del derecho procesal constitucional hoy día deben afrontar, sobre todo ante la tendencia actual de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, en múltiples ocasiones, ha dictado decisiones en las que se ha erigido como legislador positivo, esto es, creando y modificando normas de derecho, con carácter general y abstracto, asumiendo una competencia funcional que según lo establecido en nuestra Constitución es propia del poder legislativo.

En el presente trabajo abordaremos algunas de estas decisiones, y haremos un análisis crítico sobre el ejercicio de esta peculiar facultad que ha pretendido atribuirse la Sala Constitucional sobre la base de una errónea concepción del verdadero sentido que debe dársele al artículo 335 del Texto Constitucional, que si bien prevé la posibilidad de que dicha Sala **establezca interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales**, con efectos vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, no por ello, puede erigirse como legislador positivo, invadiendo o usurpando la esfera de com-

---

<sup>\*\*</sup> El presente ensayo se desarrolló durante la Especialización de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila.

<sup>\*</sup> Abogado litigante egresado de la Universidad Central de Venezuela (1996). Especialización en Derecho Procesal UCV (2004). Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila (2014). Miembro fundador y asociado del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO).

petencia que es propia del poder legislativo, bien sea nacional, estatal o municipal y, mucho menos, en materias que forman parte de la reserva legal, como en efecto lo son las normas de contenido procedimental, pues, en estos casos, lo único que puede hacer el Tribunal Supremo de Justicia es tener la iniciativa sobre leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales, tal como lo prevé el numeral 4º del artículo 204 de la Constitución, pero, el acto de formación o sanción de dicha ley es de la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo legislador a tenor de lo preceptuado en los artículos 202 y 187.1 ejusdem e, igualmente, el proceso de derogatoria de las leyes sólo puede hacerse por otras leyes o mediante abrogación por referéndum abrogatorio de conformidad con el artículo 218 ejusdem.

No obstante, para la Sala Constitucional, la situación es otra, tal como se puso de manifiesto por primera vez en la sentencia pionera en materia de “jurisdicción normativa” identificada con el Nº 7, de fecha 1 de febrero de 2000 (Caso José Amado Mejía), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, con ocasión al ejercicio de una acción de amparo intentada contra actuaciones de un Fiscal del Ministerio Público y un Tribunal de Control que admitió la acusación penal presentada por la representación fiscal, donde dicha Sala, so pretexto de estar obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 de la Constitución, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, hace una interpretación con efectos vinculantes de los artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos

y Garantías Constitucionales, procediendo a dictar un nuevo procedimiento en base al siguiente razonamiento:

“La aplicación inmediata del artículo 27 de la vigente Constitución, conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 *ejusdem*.

... todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo, se aplicará sin discriminación a todas las actuaciones judiciales, por lo que **los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por lo tanto las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del citado artículo 49.**

En consecuencia, el agraviante, tiene derecho a que se le oiga a fin de defenderse, lo que involucra que se le notifique efectivamente de la solicitud de amparo; de disponer del tiempo, así sea breve, para preparar su defensa; de la posibilidad, que tienen todas las partes, de contradecir y controlar los medios de prueba ofrecidos por el promovente, y por esto el procedimiento de las acciones de amparo deberá contener los elementos que conforman el debido proceso.

Ante esas realidades que emanan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 *ejusdem*, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente forma... (...Omissis...)

Debido a la naturaleza vinculante de este fallo, y no obstante que tal carácter lo adquiere la anterior doctrina desde la fecha de publicación de esta sentencia por la Sala, publíquese además en la Gaceta Oficial. (Subrayado y resaltado nuestro).”

A los efectos del presente trabajo, no vamos a referirnos a un análisis detallado de las normas que regulan el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales

(en lo sucesivo LOA), en contraste con el nuevo procedimiento que creó la Sala Constitucional, sino que, lo que nos interesa destacar es, si realmente había o no una necesidad de adaptar el procedimiento de la ley amparo a los postulados de los artículos 27 y 49 de la Constitución, y si verdaderamente la Sala ejerció o no correctamente su actividad de control constitucional conforme a los diversos mecanismos (control concentrado, control difuso, o el control especial por omisión legislativa) previstos dentro del ámbito de las competencias que le confieren los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución.

Para respondernos a estas interrogantes, lo primero que debemos analizar es si existe o no un vacío, omisión, laguna o deficiencia legislativa que amerite la adaptación a la que hace referencia la sentencia anteriormente transcrita a las previsiones del nuevo texto constitucional por vía de una interpretación conforme a la constitución, para lo cual hay que hacer un examen integral del procedimiento contenido en la LOA, en contraste con los postulados de los artículos 27 y 49 de la Constitución, y luego de ello, nos encontramos con que, contrariamente a lo sostenido por la Sala, el procedimiento previsto en la LOA se ajusta plenamente a los postulados de ambos preceptos constitucionales, en cuanto a que el amparo siempre ha revestido las características de ser un proceso oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades, en el que se procura el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, o la situación que más se asemeje a ella, tal como se constata claramente de los artículos 13 y 15 relativos a los caracteres de darle un tratamiento preferente sobre cualquier otro asunto y la celeridad en su tramitación; del artículo 14 sobre el carácter de eminente orden público que re-

viste la acción de amparo; del artículo 16 que hace referencia a la gratuidad; del artículo 17 sobre el poder tuitivo que se reconoce al juez de amparo en materia probatoria para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros; del artículo 22, que aunque fue anulado mediante sentencia de la Sala Plena de fecha 21 de mayo de 1996, prevé el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida sin necesidad de sustanciación de todo el procedimiento (y recientemente “resucitado” en sentencia de fecha 16 de julio de 2013 a la que haremos referencia posteriormente); del artículo 23 que regula el derecho a la defensa del agraviante para que informe en el término de 48 horas contadas a partir de su notificación sobre las violaciones constitucionales que hubieren motivado la solicitud de amparo; del artículo 26 que habla sobre la fijación de la audiencia constitucional a las 96 horas siguientes a la presentación del informe por el presunto agraviante, o de la extinción del término correspondiente, así como sobre la oralidad, publicidad y brevedad en la decisión; del artículo 35 relativo a la apelación y consulta obligatoria; normas estas que siempre fueron interpretadas en concordancia con lo establecido en el artículo 1 de la LOA y el artículo 49 de la Constitución de 1961 que, precisamente, se corresponden hoy íntegramente con el artículo 27 del texto constitucional de 1999.

Por consiguiente, a nuestro juicio, no es verdad lo que afirma la Sala Constitucional en el sentido de que sea necesario adecuar el procedimiento previsto en la LOA a los artículos 27 y 49 de la constitución, pues, antes por el contrario, el procedimiento establecido en la LOA es incluso más garantista que el establecido por la Sala. En efecto, en la LOA no hay restricciones en la actividad probatoria de los sujetos involucrados, a diferencia de lo que

ocurre en el nuevo procedimiento que limita al accionante a señalar todos los medios probatorios en la solicitud de amparo sin posibilidad alguna de producir otros medios en la audiencia constitucional que incluso pudiesen servir para probar lo contrario de lo que sostenga la parte agravante, en menoscabo del derecho a la defensa y los principios de igualdad y equilibrio procesal garantizados en el propio artículo 49 de la constitución; todo lo cual se verifica cuando en el nuevo procedimiento la Sala exige la producción de instrumentos auténticos, mientras que en el procedimiento de la LOA, los artículos 17 y 24 y su amplio desarrollo jurisprudencial, siempre privó el principio de libertad probatoria y la valoración de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, lo que obviamente implica una mayor amplitud de los poderes discrecionales del juez constitucional para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad y, de ese modo, procurar la consecución de la justicia en el caso concreto, todo lo cual es inherente a la propia naturaleza del proceso de amparo.

Otro hecho curioso que es digno de mencionar por la importancia que reviste para la materia de control constitucional que constituye el objeto del presente trabajo, es que, las normas de procedimiento previstas en la LOA no fueron derogadas por otra ley, ni abrogadas por referéndum (art. 218 CRBV), ni anuladas por virtud de la aplicación del control concentrado de la constitucionalidad de la ley (num. 1 del art. 336 CRBV), ni desaplicadas mediante el mecanismo de control difuso por incompatibilidad entre la norma legal y la constitución (parágrafo primero del art. 334 CRBV), ni declaradas inconstitucionales por omisiones del poder legislativo al dejar de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de

la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, de suerte que ameriten establecer un plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (num. 7 del art. 336 CRBV), lo que quiere decir que dicho procedimiento de la LOA está plenamente vigente con todos los efectos normativos que ello implica, al tratarse de normas generales, abstractas, de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios y con eficacia erga omnes y, por tanto, coexiste con el nuevo procedimiento establecido jurisprudencialmente, lo que hace muy difícil entender cuál es el mecanismo de control que presuntamente habría aplicado la Sala Constitucional para autoproclamarse titular de una facultad de “jurisdicción normativa” que no ostenta, ni mucho menos, que le sirva de justificación para dictar un nuevo procedimiento de amparo en los términos en que lo hizo, aplicando falsamente el artículo 335 de la Constitución a un supuesto de hecho que no está regulado en el mismo.

Y tampoco podríamos considerar que la Sala dictó una sentencia interpretativa, toda vez que, la esencia de una sentencia de este tipo es mantener incólume la aplicación y vigencia del ordenamiento jurídico, evitando nulidades y reformas innecesarias, mediante la utilización de diversos métodos interpretativos que permiten adaptar la ley a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales conforme a las normas y principios consagrados en la Constitución (interpretación conforme a la constitución), en virtud de las cuales la Sala Constitucional genera una nueva regla de derecho como resultado de la interpretación de una norma o principio constitucional, que permite llenar los vacíos, omisiones, lagunas o deficiencias que puedan tener las leyes dictadas por el órgano legislativo, sin que en modo alguno ello implique que la Sala pueda anular, sustituir, modificar, suplir, derogar o re-

formar con efectos erga omnes el derecho positivo, como en efecto ocurrió con el procedimiento de amparo en la mencionada sentencia N° 7, de fecha 1 de febrero de 2000 (Caso José Amado Mejía) a la que expresamente se le atribuyó tener carácter vinculante, a la par de haberse ordenado su publicación en la Gaceta Oficial, lo que hace inferir entonces, dada la concepción asumida por la Sala Constitucional sobre el artículo 335, que la misma debe ser acatada por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, como si se tratase de una ley dictada en ejercicio de su facultad de jurisdicción normativa.

De allí que, compartimos plenamente el voto salvado que formuló el **Magistrado Héctor Peña Torrelles** a la sentencia que venimos comentando, en el que advierte las graves transgresiones al principio de reserva legal en materia de procedimientos, las restricciones en materia de valoración probatoria y el atentado contra el principio de seguridad jurídica, en estos términos:

“... Por lo que respecta al procedimiento para tramitar el amparo que se establece en el fallo que antecede, observa quien disiente que **en el mismo se han consagrado aspectos no previstos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo cual, lejos de ser una adaptación al artículo 27 de la Constitución vigente se convierte en un procedimiento nuevo y distintos conservando algunos de las fases que establece la Ley, violando de esta forma el principio de reserva legal en materia de procedimientos.**

Quien suscribe está de acuerdo con el fallo por lo que se refiere a la necesaria adaptación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a los principios de oralidad e informalidad previstos en el citado artículo 27; sin embargo, **considera que el exceso de rigorismo que se ha plasmado en materia probatoria atenta justamente contra la brevedad e informalidad del amparo, asimilándolo a un juicio ordinario civil.** En este aspecto, **ha debido dejarse al juez que conozca del caso concreto la determinación de la necesidad y forma de tramitación de la fase probatoria. En todo caso, considero que el presunto agraviado deberá siempre probar sus alegatos, sin necesidad de que tenga que obligatoriamente indicar en la interposición de la acción cuáles medios utilizará a tales fi-**



**nes; por lo que, se atenta contra sus derechos constitucionales al fijarse la preclusión de la oportunidad para promover pruebas prevista en el fallo, por cuanto se están limitando su derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva mediante un mecanismo distinto al previsto en la Constitución.**” (Subrayado y resaltado nuestros).

Y no existe una mejor crítica que la recogida en el mismo voto salvado expresado por el Magistrado disidente:

“Finalmente, el disidente estima que, permitir a discreción del juez la alteración de los principios constitucionales en materia procesal desarrollados por la Ley, lejos de proteger a la Constitución, la convierte en un texto manejable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un Estado de Derecho, lo que se traduce en su desaparición”.

En este orden de ideas, cabe traer a colación lo dispuesto en último párrafo del artículo 255 de la constitución, en concordancia con el ordinal 8º del artículo 49 ejusdem, en los que se compromete la responsabilidad personal del juez en los términos que determine la ley “*por la inobservancia sustancial de las normas procesales*”, lo que no escapa a los Magistrados de la Sala Constitucional, quienes dada su investidura jurisdiccional, también son responsables de sus actuaciones cuando ellas atenten contra la Constitución, tal como se pone de manifiesto en la sentencia que venimos comentando, en la que sin aplicar ninguno de los mecanismos de control constitucional a los que aludimos precedentemente, se cambió arbitrariamente el procedimiento de amparo, con total inobservancia de las normas procesales que lo rigen y en abierta contravención del principio de reserva legal en materia procedimental (num. 32 del art. 256 CRBV), normas estas que constituyen preceptos fundamentales para la preservación del Estado de derecho y de justicia, así como de la seguridad jurídica que debe imperar en todo sistema democrático a tono con los Principios Fundamentales que dimanar del propio

texto constitucional en sus artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7, lo que indefectiblemente nos lleva a concluir que esa sentencia constituye una clara extralimitación en el ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas a la Sala Constitucional en los artículos 334, 335 y 336, a la par de haber usurpado funciones que son propias y exclusivas de la Asamblea nacional, en flagrante transgresión de los artículos 25, 156 num. 32, 137, 138, 139, 187.1 de la Constitución, razón por la cual, a nuestro juicio, y salvando el mejor criterio de los especialistas en la materia, tal decisión no puede ni debe erigirse en un precedente judicial en los términos previstos en el artículo 335 de la Constitución, al no tratarse de una interpretación con efectos vinculantes de una norma o un principio constitucional, sino de una derogatoria implícita o virtual de una ley orgánica, lo que constituye una actuación claramente reprochable desde el punto de vista constitucional.

Especial mención nos merece otra decisión de la Sala Constitucional y que viene a tono con el procedimiento de amparo, contenida en la sentencia de fecha 16 de julio de 2013 en la cual la Sala declaró que en los casos de amparo en los que haya un punto de mero derecho puede tomarse la decisión en el misma oportunidad de pronunciarse sobre la admisión, con prescindencia de la audiencia oral o del debate contradictorio, en los siguientes términos:

“Así pues, tanto la acción de amparo como el derecho al amparo llevan implícita la celeridad y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada constitucionalmente, razón por la cual el artículo 27 constitucional, conforme con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, refieren que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; **de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de am-**

**paro, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía del amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia.** Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamenta en un medio de prueba **fehaciente** constitutivo de **presunción grave** de la violación constitucional, debe repararse **inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones** la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, **sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria.** Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.

En efecto, existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida; ¿por qué demorar entonces la restitución de los derechos constitucionales infringidos?

La Sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala, no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma inmediata y definitiva.

Así pues, la Sala considera que la celebración de la audiencia oral en estos tipos de acciones de amparo constitucional, en las que se planteen la resolución de puntos de mero derecho, sería antagónico con lo señalado en el artículo 27 de la Carta Magna, que establece que: el *“procedimiento de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”* (destacado de este fallo); debido a que el Juez constitucional debe esperar, aun cuando cuenta con todo lo necesario en autos para dictar la decisión de fondo en forma inmediata, la celebración de la audiencia oral que no va a aportar nada nuevo a la controversia. Se trataría, entonces, de una audiencia inútil o redundante que crearía una dilación innecesaria en el procedimiento de amparo incompatible con su naturaleza.

(...Omissis...)

De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 *eiusdem*, que se concreta en materia de amparo constitucio-

nal en el artículo 27 *ibidem*, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia “*expedita*”.

Por lo tanto, a pesar de que en anterior oportunidad la Sala, con base en la necesidad de celebrar la audiencia oral contradictoria, negó una solicitud de declaratoria de mero derecho en un procedimiento de amparo (vid. sentencia N° 988 del 15 de octubre de 2010, caso: *Clarence Daniel Rusian Pérez*), se impone en el presente caso un complemento de la sentencia N° 7/2000 y se establece, con carácter vinculante, que, en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Así se establece.” (Subrayado y resaltado nuestros).

Esta sentencia, cuya publicación íntegra se ordenó en la Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela con expresa mención de su carácter vinculante, lejos de servir de complemento a la sentencia N° 7 del 2000 anteriormente comentada (Caso José Amado Mejía), tal como pretende afirmar, lo que hace es contradecirla, pues, por una parte, en esta última se tenía como punto esencial la necesidad de adecuar el procedimiento de la LOA a las prescripciones de los artículos 27 y 49 de la Constitución, siendo este último artículo el que garantiza precisamente en su ordinal 1° el debido proceso y el derecho a la defensa mediante el debido debate contradictorio, pero, inexplicablemente, en esta nueva decisión este artículo 49 se omite y ahora se interpreta únicamente conforme a la inmediatez en el restablecimiento de la situación jurídica infringida a que se contrae el artículo 27, abstracción hecha de la posibilidad del agraviante a formular sus alegatos y pruebas en la audiencia constitucional, lo que constituye un desacierto de la Sala que infringe abiertamente el mencionado artículo 49, y por otra parte, incurre en otra contradicción cuando señala expresamente que “*sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una au-*

*diencia oral contradictoria*”, lo que lleva a preguntarnos ¿si no se permite la celebración de la audiencia oral en aquellos casos en los que, a juicio de la Sala, se está en presencia de un punto de mero derecho, cómo podemos saber entonces si hay dudas o hechos controvertidos si no se lleva a cabo la audiencia que está dispuesta precisamente a esos efectos? Y ¿En qué amparos no hay puntos de mero derecho? De tal manera que, esta nueva sentencia lo que hace realmente es subvertir el procedimiento legal aplicable en detrimento del derecho a la defensa, del debido y proceso y de la tutela judicial efectiva que propugna la constitución en sus artículos 26, 49 y 257.

Finamente, el exceso de la Sala Constitucional se hace mayúsculo cuando en la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008, con ocasión de una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por representantes de la Defensoría del Pueblo, anuló parcialmente los ordinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública y procede a redactar a su libre albedrío el contenido de dichos artículos, incorporando modificaciones sustanciales sobre puntos en los que no había ningún tipo de cuestionamiento de constitucionalidad, pero, lo más grave no es eso, sino lo que expresó en sentencia posterior de fecha 04 de noviembre del mismo 2008, a propósito de una solicitud de aclaratoria del fallo efectuada por la Defensora del Pueblo arguyendo que dicho fallo fue dictado: “*en un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación, procedió a modificar el contenido original de la norma*”, que “*la sentencia extiende su pronunciamiento a la modificación de otros dispositivos de ley que estimó estrechamente vinculados a la nulidad y, consecuente ejercicio*

*legislativo que modificó del (sic) artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, referentes a la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública, contenidas en los artículos 11, 12 y 13 que establecen, conforme a la decisión de la Asamblea Nacional en el ejercicio de la potestad delegada por el Pueblo” y, que “los argumentos de la Sala Constitucional para modificar estos artículos relativos a la designación del Director o Directora de la Defensa Pública suponen entender que, debido a la adscripción orgánica de la Defensa Pública al Tribunal Supremo de Justicia, se justifica el desplazamiento de la designación [del Director o Directora de la Defensa Pública] hacia su Sala Plena, lo cual en realidad constituiría un acto de naturaleza legislativa, lo que contradice y, precisamente golpea el fondo del mandato en cuanto a la debida autonomía que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, predica para la Defensa Pública y que, debe constituir el eje central de toda propuesta en el sentido de hacerla efectiva y real, cuestión soslayada por la interpretación rígida que de la autonomía de la Defensa Pública, hace la Sala Constitucional”.*

En respuesta a tal solicitud de aclaratoria, la Sala adujo que en base al principio de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución contenida en los artículos 334 y 336, estimó que puede ejercer un control concentrado de mayor amplitud, en el sentido de que no se trataría simplemente de una competencia anulatoria actuando como legislador negativo bajo la concepción clásica de absoluta separación de poderes que, a juicio de la misma, no engrana con los valores superiores que propugna la constitución de 1999. Y en base a ese razonamiento, la Sala se aparta del modelo clásico del control

concentrado de la constitucionalidad (modelo austríaco de Kelsen), para dar paso a un nuevo tipo de control concentrado, **que le permite actuar también como legislador positivo**, ante el vacío legal que se produce a raíz de la declaratoria de nulidad de una norma que colida con la constitución y, recurriendo a la potestad a que se contrae el ordinal 7 del artículo 336 de la Constitución, de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo, municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la constitución, o las haya dictado en forma incompleta, que le permiten suplir de manera provisional y temporal tal omisión hasta tanto el órgano legislativo dicte la normativa pertinente, indebidamente, extiende el ejercicio de esa potestad a los casos que tienen que ver con el recurso de interpretación constitucional, así como a los casos de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad. Es decir, se autoproclama como legislador positivo en cualquier tipo de actividad de control constitucional.

Por si esto fuera poco, para la Sala, ante la existencia de una nueva jurisdicción constitucional, la concepción conservadora y clásica de separación de los poderes no debe entenderse en forma rígida y aislada con relación a las actividades que ejercen las diferentes ramas del poder público, sino que antes, por el contrario, es necesaria la colaboración de los poderes entre sí, “propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro en aras de lograr la tutela judicial efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables”.

En otras palabras, la Sala asume que puede utilizar las propias normas constitucionales como una patente de corso para invadir o usurpar las competencias de las otras ramas del poder público y, muy especialmente, del poder legislativo, a su discreción y conveniencia, mediante la creación judicial de normas de carácter general y abstracto sobre cualquier materia y cuando lo juzgue oportuno, lo que sin duda alguna reafirma el desconocimiento absoluto del Principio de Separación de los Poderes garantizado en el artículo 136 de la Constitución, así como una violación flagrante de los artículos 25, 156 num. 32, 137, 138, 139, 187.1 y 218 ejusdem, pues, como bien lo apunta el Maestro Fuenmayor: *“así como las armas no matan sino el que las maneja, lo mismo sucede con el Derecho que quien lo maneja puede causar graves daños con él”*, lo que nos permite concluir diciendo que, el uso desmedido del activismo judicial atenta contra la estructura democrática del Estado, poniendo en riesgo los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, la reserva legal a cargo de la Asamblea Nacional como órgano de elección popular y, con ello, la propia existencia del Estado de derecho.