

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO A LA DEMOCRACIA: UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO*

Allan R. Brewer-Carías

El derecho administrativo es ante todo un *derecho estatal*¹, es decir, un derecho del Estado en el sentido de que además de emanar de éste, está destinado a regular una parte esencial de su organización y actividad; particularmente la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

Siendo un derecho que regula al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre, por supuesto, como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad; los cuales, como lo ha dicho ALEJANDRO NIETO, “se expresan en un determinado derecho [pues] las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica”². En otras palabras, “el derecho administrativo se asienta sobre bases que están

* Este estudio fue elaborado con base en la Video conferencia dictada desde New York, en las *Jornadas Académicas Inaugurales del Departamento de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 13 de febrero de 2008

¹ ANDRE DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

² Véase ALEJANDRO NIETO “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881.

en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado”³. De allí la expresión de Weil en el sentido de que el derecho administrativo sufre permanentemente de una “crisis de crecimiento”⁴, la cual se debe a los cambios que le causan de manera constante, las transformaciones económicas y sociales que no cesan.

Por ello también, el derecho administrativo, además de ser un derecho del Estado, regulador tanto de sus fines y cometidos, como de los poderes y prerrogativas que tiene que tener para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos y garantías de los administrados. Por ello, también, es un derecho regulador del necesario equilibrio que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar. Como lo destacó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en 2000, antes de que comenzaran a demolerse las instituciones democráticas:

El derecho administrativo se presenta dentro de un Estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia). En este orden de ideas el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democra-

³ MARTÍN BASSOLS, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.

⁴ Véase. PROSPER WEIL, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

cia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana.⁵

Por tanto, es la democracia como régimen político, la que precisamente permite configurar al derecho administrativo como ese punto de equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. Pero por supuesto, ello no siempre ha sido así en toda la historia del derecho administrativo. Al surgir de las secuelas de la Revolución francesa en el siglo XIX, el derecho administrativo comenzó a ser un derecho de una naciente forma de Estado, del Estado de derecho, y así se fue consolidando progresivamente en un persistente proceso de lucha por controlar el poder y contra las inmunidades del poder, a los efectos de garantizar los derechos de los administrados. El equilibrio entre el poder y el ciudadano se comenzó realmente a consolidar años después, en el Siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, cuando el derecho administrativo comenzó a ser un derecho de otra forma de Estado de derecho, del Estado democrático de derecho.

Con ello se consolidó la concepción del derecho administrativo de las sociedades democráticas como el instrumento por excelencia par, por una parte garantizar la eficiencia de la acción administrativa y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y por la otra, para asegurar la protección del administrado frente a la Administración. Ello llevó a Fernando GARRIDO FALLA ha señalar, con razón, que el “derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada ins-

⁵ Véase sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000 en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 214. Véase también, sentencia de la misma Sala de 5 de octubre de 2006, No. 2189 (Caso Caso: Seguros Altamira, C.A. vs. Ministro de Finanzas), en *Revista de Derecho Público*, No. 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p 100

trumentación técnica del Estado liberal”⁶. Lo cierto, en todo caso, es que el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativas administrativas y garantías del administrado, de manera que, como dijo Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía⁷.

Para el logro del equilibrio, por tanto, no sólo se requiere que el Estado esté configurado como un Estado de derecho sino como un Estado democrático, que es en el cual el control del ejercicio del poder es posible y efectivo. Sin democracia y sin dicho control, el derecho administrativo no pasaría de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, el cual incluso podría estar montado sobre un desequilibrio o desbalance, donde las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Por ello, el derecho administrativo no es ni puede ser lo mismo en un Estado autoritario, que en un Estado democrático. En el primero, lejos de un equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, lo que existe es más bien un marcado desequilibrio a favor del régimen de la Administración, con pocas posibilidades de garantía de los derechos de los particulares frente a su actividad. En cambio, el equilibrio antes mencionado sólo tiene posibilidad de pleno desarrollo en Estados con regímenes democráticos, donde la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado, y donde los derechos de los ciudadanos puedan ser garantizados por un Poder Judicial independiente y

⁶ FERNANDO GARRIDO FALLA, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 7, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 223.

⁷ MARCEL WALINE, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

autónomo. Nada de ello se encuentra en los Estados con regímenes autoritarios, así sus gobernantes hayan tenido origen electivo

En todo caso, ha sido precisamente por el desarrollo y consolidación de la democracia que el derecho administrativo contemporáneo se ha desarrollado tan extraordinariamente como ha ocurrido en las últimas décadas, lo que ha dado origen, por ejemplo, a las regulaciones contenidas en las leyes de procedimiento administrativo, las cuales además de regular y formalizar la actividad administrativa, establecen el contrapeso de la garantía de los derechos ciudadanos. Esas leyes se han dictado no sólo en interés de la Administración y del interés general que gestiona, sino además, en interés de los administrados. Ello incluso se declara así en el texto de las propias leyes, como es el caso del Código Contencioso Administrativo de Colombia en el cual se exige que los funcionarios tengan en cuenta que la actuación administrativa no sólo tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes y la adecuada prestación de los servicios públicos sino además, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley (art. 2). La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, por su parte, precisa que el procedimiento administrativo se debe desarrollar "con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado"(art. 10,1 y 214,1); y en la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras se indica que el procedimiento se regula "como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa", lo que también se expresa en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú (art. III). De ello resulta que un elemento central de la finalidad del procedimiento administrativo es la satisfacción de los derechos de los particulares, y no sólo asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración.

Estos mismos principios fueron los que orientaron, por ejemplo, la regulación del procedimiento administrativo en Venezuela en 1982, al punto de que posteriormente, todavía en tiempos de democracia, se llegó a establecer en la propia Constitución de 1999 que

"la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos" (art. 141), mención que, por supuesto, el régimen autoritario que ahora padecemos propuso eliminar formalmente con la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, y que afortunadamente fue abrumadoramente rechazada por referendo popular.⁸

Sin embargo, cuando se habla del equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y los derechos de los administrados, por ejemplo en materia de regulación del procedimiento administrativo, los derechos que surgen de bulto en las relaciones que regulan para el logro del equilibrio con los poderes de la Administración son básicamente los derechos individuales y más específicamente los concernientes al debido proceso administrativo que son los que más relación tienen con el régimen del procedimiento. Y es por ello, que las leyes de procedimiento administrativo buscan regular con mayor énfasis el derecho de los ciudadanos a igual trato por parte de la Administración, sin discriminación ni favoritismos a favor de algunos administrados, el derecho a la defensa, el derecho a notificado, el derecho a ser oído, el derecho a aportar pruebas, el derecho a recurrir, en fin, que se les garantice un debido procedimiento administrativo.⁹

Sin embargo, con el desarrollo de la democracia, otros derechos han comenzado a marcar con mayor fuerza la relación entre Administración y administrados, tal y como ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la participación política más allá del ejercicio del derecho de voto para elegir representantes o para decidir directamente asuntos públicos, mediante mecanismos de democracia directa como

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 31 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007, pp. 50 ss..

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Editorial Legis, Bogotá, 2003, pp. 261 ss.

los referendos. En las últimas décadas, el derecho ciudadano de participar en la gestión de las actividades públicas ha sido progresivamente constitucionalizado, imponiendo nuevas formas jurídicas que permitan garantizar el equilibrio entre la acción de la Administración para el cumplimiento de los cometidos públicos y ese derecho ciudadano de participar en la toma de decisiones y la gestión de dichas acciones públicas.

Pero en un estadio más avanzado en la búsqueda del antes mencionado equilibrio entre los poderes y prerrogativas de la actividad de la Administración y los derechos y garantías de los administrados, más allá de los clásicos derechos reconocidos en el Estado constitucional democrático de derecho, como son los derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y ambientales, en el mundo contemporáneo se ha comenzado a perfilar otro conjunto de derechos que derivan de la propia concepción de dicho Estado democrático de derecho, como por ejemplo, el derecho ciudadano a la Constitución y a su supremacía constitucional y también, el derecho ciudadano a la propia democracia, lo que ha implicado que los derechos políticos han dejado de estar reducidos a los que desde antaño generalmente se habían establecido expresamente en las Constituciones, como eran los clásicos derecho al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, el derecho a la participación política.

En el mundo contemporáneo, en efecto, en las Constituciones se pueden comenzar a identificar otros derechos políticos derivados del régimen democrático como es el derecho ciudadano a la democracia en sí misma, es decir, a un régimen político en el cual se garanticen sus *elementos esenciales* tal como los enumeró la *Carta Democrática Interamericana* de 2001, y que son: 1) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) el régi-

men plural de partidos y organizaciones políticas y 5) la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3). En democracia, sin duda, el ciudadano tiene derecho a todos esos elementos esenciales, los cuales incluso, en muchas Constituciones se han configurado como derechos políticos individualizados, como es el caso del derecho a ejercer funciones públicas, del derecho al sufragio, o del derecho de asociación en partidos políticos. Sin embargo, considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos, el principio de la separación de poderes, es que se pueden configurar, globalmente, como integrando un derecho a la democracia destinado a garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado.

Este derecho a la democracia,¹⁰ por supuesto, sólo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los Estados con regimenes autoritarios donde precisamente esos elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de controles al ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

“Es una experiencia eterna –tal como hace varias centurias lo enseñó Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu- que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él; y lo hace, hasta que encuentra límites” de lo que dedujo su famoso postulado de que “para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”¹¹. De esta apreciación física fue que se derivó, precisamente, el principio de la separación de poderes que todas las Constituciones que se formularon después de

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss. (En prensa).

¹¹ *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cáp. IV, pp.162-163.

las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XIX recogieron expresamente, dando origen, entre otros, a nuestra propia disciplina. Dicho principio no sólo se convirtió en uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, sino además, luego, de la propia democracia como régimen político y como derecho ciudadano para asegurar que quienes sean electos para gobernar y ejercer el poder estatal en representación del pueblo, no abusen del mismo. Por ello, desde la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se estableció, con razón, que toda sociedad en la cual no esté determinada la separación de los poderes, carece de Constitución (art. 16).

Doscientos años después, pero con su origen en aquellos postulados, en el orden constitucional interno de los Estados democráticos de derecho es posible identificar un derecho a la democracia conformado por los antes mencionados *elementos esenciales* de la misma, los que además se complementan con sus *componentes fundamentales* que también ha enumerado la misma *Carta Democrática*, y que son: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

Al igual que algunos de los antes mencionados elementos esenciales de la democracia, muchos de estos componentes fundamentales también se han configurado en las Constituciones como derechos ciudadanos individualizados, como por ejemplo, el conjunto de derechos sociales y la libertad de expresión del pensamiento, que son parte de la balanza en el establecimiento del equilibrio entre poderes de la Administración y situación jurídica del ciudadano. Sin embargo, también considerados en su conjunto, junto con los elementos esenciales, estos componentes fundamentales de la democracia tam-

bién permiten reafirmar la existencia de un derecho ciudadano a la democracia, como derecho fundamental en si mismo.

Este derecho a la democracia, en esta forma, comprendería todos los antes mencionados elementos esenciales y componentes fundamentales, entre los cuales se destaca por sobre todos, la posibilidad ciudadana de controlar el ejercicio del poder, que es el elemento fundamental para garantizar cualquier equilibrio que pueda establecerse entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos; pues, en definitiva, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, y rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por tanto, que sólo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y sólo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes Públicos.

Por ello, precisamente, es que en el mundo contemporáneo, la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, sino además y por sobre todo, como un gobierno sometido a controles, y no solo por parte del Poder mismo, conforme al principio de la separación de los poderes del Estado, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los ciudadanos, individual y colectivamente considerados.

Ahora bien, este control del poder como elemento esencial de la democracia comporta al menos tres derechos políticos básicos que se configuran precisamente en los pilares fundamentales del equilibrio entre Estado y administrado-ciudadano, y que son, en primer lugar, el derecho ciudadano a la separación de poderes; en segundo lugar, el derecho ciudadano a la distribución vertical o territorial del poder para asegurar la participación; y en tercer lugar, el derecho ciudadano al ejercicio de los recursos judiciales necesarios para controlar el ejercicio del poder, y además, asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

Estos derechos, como derechos políticos, por supuesto hay que configurarlos desde la perspectiva del derecho constitucional y del derecho administrativo de cada país. Por ello, en este estudio me referiré fundamentalmente a la situación de Venezuela, donde lamentablemente, después de haber tenido uno de los más largos períodos históricos de democracia (1958-1999), a partir de 1999, desde la misma democracia y en fraude a ella, se ha venido consolidando un régimen autoritario montado sobre el sistemático desmantelamiento, distorsión o neutralización de los sistemas de control del poder, con la consiguiente disolución paulatina de la propia democracia, la desaparición del derecho ciudadano a la misma y en definitiva, el desdibujamiento del equilibrio que el derecho administrativo había venido construyendo entre los poderes de la Administración del Estado y la garantía de los derechos ciudadanos.

El primer derecho político derivado del derecho a la democracia, que se erige en un elemento esencial para el establecimiento de dicho equilibrio, como decía, es el derecho a la separación e independencia de los Poderes Públicos, que es lo que puede permitir el control del poder estatal por el poder estatal mismo, al punto de que su existencia, como hemos dicho, es la que puede garantizar la vigencia de los diversos factores esenciales de la democracia. Este derecho derivado del principio de la separación de poderes sigue siendo el pilar fundamental en la organización del Estado democrático consti-

tucional y, exige no sólo que los Poderes del Estado tengan efectiva independencia y autonomía sino que la misma esté garantizada.

Ello, por lo demás, es de la esencia de la democracia, de manera que al contrario, como lo enseña la historia de la humanidad, demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, inevitablemente conduce a la tiranía. El mundo contemporáneo ha tenido demasiadas experiencias que han mostrado toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, desarrollaron gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos.

Y lamentablemente ello es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela a la vista de todo el mundo democrático en estos primeros años del Siglo XXI, donde se ha arraigado un gobierno autoritario partiendo de elementos que se insertaron en la misma Constitución de 1999¹², en la cual se dispuso el germen de la concentración del poder en manos de la Asamblea Nacional y, consecuentemente, del Poder Ejecutivo que la controla políticamente, con lo cual, progresivamente, los otros Poderes Públicos, y particularmente el Poder Judicial¹³, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral¹⁴ han quedado sometidos a la voluntad del Ejecutivo.

¹² Véase los comentarios críticos a la semilla autoritaria en la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999)*, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 311-340; «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de

Ello lo denunciarnos en noviembre de 1999, antes de que se sometiera a referendo aprobatorio la Constitución, advirtiendo entonces que si la Constitución se aprobaba, ello iba a implicar la implantación en Venezuela, de:

“Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil”¹⁵.

La dependencia de los Poderes Públicos respecto de la Asamblea Nacional se estableció en la Constitución de 1999, en efecto, al atribuírsele no sólo la potestad de nombrar a los titulares de los órganos de los Poderes Públicos, sino la potestad de removerlos de sus cargos mediante el simple voto político. Como consecuencia de ello, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Poder Judicial), el Fiscal General de la República, el Contralor General de la Repú-

Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, «El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.

¹⁵ Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

blica, el Defensor del Pueblo (Poder Ciudadano) y los Miembros del Consejo Nacional Electoral (Poder Electoral) (Art. 265, 279 y 296), pueden ser removidos por el voto de los diputados, incluso en algunos casos por simple mayoría de votos, todo lo cual se pretendió incluso regular en forma general con la reforma constitucional de 2007, que fue rechazada mediante el referendo del 2 de diciembre de 2007.¹⁶

Con esas previsiones constitucionales, simplemente es imposible que pueda hablarse de independencia de los poderes públicos, dado que la existencia misma de sus titulares depende de la sola voluntad política de uno de ellos, el cual puede removerlos precisamente cuando actúen con alguna independencia, lo que por supuesto ha ocurrido en los últimos años en Venezuela, precisamente cuando hubo algún mínimo signo de autonomía e independencia de alguno de los titulares de los altos órganos del Estado, supuestos en los cuales fueron removidos de sus cargos¹⁷.

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 112 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 108 ss.

¹⁷ Así ocurrió con la Defensora del Pueblo y el Fiscal General de la República quienes ingenuamente pensaron que podían actuar con cierta autonomía respecto de la Asamblea Nacional, por lo que fueron removidos inmediatamente de sus cargos. El Fiscal General de la República por haber iniciado un procedimiento de antejuicio de mérito (penal) contra el entonces Ministro del Interior; y la Defensora del Pueblo, por haber impugnado la Ley Especial de la Asamblea Nacional de 2001 sobre nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo sin cumplir con los requisitos constitucionales. Ambos fueron sustituidos en 2001. Así sucedió también con algunos Magistrados del Tribunal Supremo que votaron sentencias donde se contrariaban los designios del Jefe del Estado, lo que también provocó su inmediata remoción o que se acordase su “jubilación. Fue el caso del Vice Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien fue Ponente de la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14-08-2002 que decidió el antejuicio de mérito a los generales que actuaron el 12 de abril de 2002), declarando que no había mérito para enjuiciarlos porque en esa ocasión no había ocurrido un golpe militar sino un vacío de poder; y de los varios Magistrados de la Sala Electoral, quienes firmaron la sentencia N° 24 del 15-03-2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), que suspendió los efectos de la Resolución N° 040302-131 de 02-03-2004, del Consejo Nacional Electoral que en su momento impidió la realización del referendo revocatorio presidencial. Véase “Democracia y control del poder”, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de Los Andes, Mérida 2004, pp. 25 ss.

Esta dependencia de los órganos de control respecto de la Asamblea Nacional, por otra parte, es lo que ha originado la abstención total de otros en el ejercicio del control que les está atribuido, por ejemplo, sobre la Administración Pública, como ha sucedido con los casos del Contralor General de la República, y del Defensor del Pueblo, cuya propia existencia —por omisión o ausencia de controles objeto de conjetura.

En la consolidación de esta dependencia de los poderes del Estado en relación con la Asamblea Nacional puede decirse que jugó un papel fundamental el progresivo desmantelamiento, mediante una legislación inconstitucional, del novedoso sistema que la Constitución de 1999 estableció para asegurar la participación de la sociedad civil en la designación de los titulares de los diversos poderes públicos, buscando ilusoriamente evitar las designaciones de antaño, exclusivamente partidistas. Ese sistema consistió en la creación de unos Comités de Postulaciones que debían estar integrados exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad”, para la presentación de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a Fiscal General de la República, a Contralor General de la República, a Defensor del Pueblo y a miembros del Consejo Nacional Electoral. Ello implicaba la pérdida del poder discrecional de designación de dichos altos funcionarios por parte de la Asamblea Nacional. Sin embargo, en evidente fraude a la Constitución, la regulación legal que la Asamblea Nacional hizo de dichos Comités de Postulaciones, los fue convirtiendo paulatinamente en simples Comisiones parlamentarias “ampliadas”, integradas mayoritariamente por diputados.¹⁸ Este esquema incluso también se pretendió constitucionalizar formalmente en 2007 con la rechazada refor-

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

ma constitucional de 2007, con la cual se buscaba hacer desaparecer toda referencia a la sociedad civil.¹⁹

En todo caso, este marco institucional, lo que ha hecho es consolidar la primacía de la Asamblea Nacional sobre los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, y con ello, en la práctica política y constitucional, la concentración total del poder en manos del Ejecutivo, dado el control político partidista que éste ejerce sobre la Asamblea Nacional. A consolidar ese control, además, ha contribuido la exacerbación del presidencialismo que la Constitución de 1999 impulsó con la extensión del período presidencial a seis años, y que en la rechazada reforma constitucional de 2007 se pretendía llevar a siete años; con la consagración de la reelección presidencial inmediata por una sola vez para un nuevo período (art. 230), que en la misma rechazada reforma constitucional de noviembre de 2007 se buscaba establecer en forma indefinida²⁰; y la posibilidad de que el Legislativo le delegue materialmente toda la potestad de legislar, lo que efectivamente ha ocurrido en la práctica legislativa desde 2000, mediante varias leyes habilitantes (Art. 203).

Todo este sistema de ausencia de autonomía y de dependencia de los poderes del Estado, respecto del Ejecutivo Nacional, ha sido catastrófico en relación con el Poder Judicial, el cual desde que fue intervenido por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, ha continuado intervenido por el eje Ejecutivo-Asamblea Nacional. Ello ha sido así, además, lamentablemente, con la anuencia y complicidad del propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual se ha abstenido de asumir el completo gobierno del Poder Judicial, permitiendo que una inconstitucional Comisión de Reorganización del Poder Judicial – a la cual ha legitimado- conviva con él mismo, con poderes disciplina-

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 112 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 108 ss.

²⁰ *Idem*, pp. 40 y 65 ss; y 100 ss., respectivamente. .

rios que conforme a la Constitución sólo unos jueces disciplinarios nombrados por concurso debían ejercer.²¹

El derecho ciudadano a la separación e independencia de los poderes, base esencial del derecho a la democracia, en consecuencia, se ha encontrado gravemente quebrantado en Venezuela, y con ello, se ha eliminado toda posibilidad real de asegurar un equilibrio entre la Administración del Estado y los ciudadanos. Si todos los poderes del Estado están a la merced del Poder Ejecutivo y de su instrumento, que es la Administración Pública, ésta difícilmente puede concebirse como entidad al servicio de los ciudadanos, quienes en su relación con ella, en la práctica, lamentablemente entran a la misma en dos formas: por una parte, algunos como privilegiados del poder, como consecuencia de la pertenencia política al régimen o a su partido único, con todas las prebendas y parcialidades de parte de los funcionarios; y otros, como marginados del poder que acuden a la Administración por necesidad ciudadana, a rogar las más elementales actuaciones públicas, como solicitar autorizaciones, licencias, permisos o habilitaciones, las cuales nunca son atendidas y más bien tratadas como si lo que se estuviera requiriendo fueran favores y no derechos o el cumplimiento de obligaciones públicas. En ambas situaciones lamentablemente el equilibrio entre poderes del Estado y derechos ciudadanos de los administrados ha desaparecido, sin que existan elementos de control para restablecerlo: se privilegia y se margina, como producto de una discriminación política antes nunca vista, sin posibilidad alguna de control.

Pero el derecho a la democracia también está condicionado por otro clásico principio de la organización del Estado que responde a un segundo derecho político derivado del derecho a la democracia, que es la distribución vertical del poder público el cual necesaria-

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)],” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57.

mente implica un proceso de descentralización política entre entidades territoriales dotadas de autonomía política. Este principio en efecto, también se configura como un derecho ciudadano en ese caso a la distribución del poder que es, además, el que puede garantizar la efectiva posibilidad de ejercicio del derecho a la participación política democrática. Por ello, puede decirse, por ejemplo, que la configuración de un Estado Unitario descentralizado como el de Colombia o de un Estado Federal descentralizado como los de Venezuela y México, conllevan la existencia de un derecho ciudadano a esa distribución territorial del poder.

En Venezuela, esa distribución territorial del poder incluso se enunció en la Constitución al definirse la forma del Estado como la de un “Estado federal descentralizado” (art. 4). Sin embargo, en la práctica política, también lamentablemente y con base en normas contradictorias incluidas en la propia Constitución²², a lo que se ha conducido es a la progresiva centralización del poder en los niveles nacionales del Estado, en perjuicio de los Estados y municipios y del derecho ciudadano a su distribución territorial. Ello, a la vez, ha provocado una distorsión del propio ejercicio de la democracia y de la participación popular, por un falaz discurso que busca sustituir la democracia representativa por una “democracia participativa”, como si representación y participación fueran conceptos dicotómicos, conduciendo en realidad a la destrucción de la propia democracia.

Este desconocimiento del derecho ciudadano a la distribución territorial del poder y por ende, de la participación política, comenzó con las propias previsiones de la Constitución de 1999, que eliminó el Senado y el principio de igualdad institucional de los Estados de

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp.. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y Perspectiva de una contradicción constitucional», en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, 292-293, mayo-diciembre 2003, Madrid 2003, pp. 11-43.

la “federación”; y que permitió la posibilidad de establecer limitaciones mediante ley a su autonomía (Art. 162) al igual que a la de los Municipios (Art. 168), lo que fue la negación de la idea misma de descentralización política y de su garantía constitucional. Las competencias de los Estados se redujeron a un precario ámbito, eliminándose las competencias tributarias, con lo que se los colocó en una posición de dependencia financiera más acentuada. Incluso se invirtió el viejo principio federal del carácter residual de las competencias públicas a favor de los Estados, que en materia tributaria se asignaron al Poder Nacional; y que con la rechazada reforma constitucional que sancionó la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, se buscaba completar respecto de todas las materias.²³

En todo caso, el retroceso en la descentralización política distorsionó la posibilidad para el ciudadano de poder ejercer el derecho de participar en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos, lo cual sólo es posible cuando el poder está cerca del mismo, como consecuencia, precisamente, de la distribución territorial o descentralización del poder basado en la multiplicación de las autoridades locales con autonomía política,²⁴ que es lo que puede servir, además, para que el poder controle al poder. Al contrario, en un esquema de centralización del poder, no sólo la participación política se torna en una ilusión retórica, sino que el sistema se convierte en fácil instrumento del autoritarismo²⁵.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 43 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 75 ss.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-carías, “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001*, México 2003, pp. 53-61. Véase las propuestas para el reforzamiento de la descentralización de la federación y el desmantelamiento de su centralización en la Asamblea Constituyente de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 155 y ss.

²⁵ Véase los estudios “La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)”, pp. 41-59; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)”», pp. 105-

Por ello, también con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la Constitución de 1999, advertíamos que:

“La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente -agregábamos-, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación”²⁶.

La Constitución de 1999, en esta materia, en realidad resultó un fraude encubierto en una mezcolanza terminológica contradictoria. En su texto se reguló un esquema de Estado centralizado, pero engañosamente utilizando en múltiples ocasiones las palabras “descentralización” y “participación”, las cuales incluso, en la rechazada reforma constitucional de 2007, se buscaba que desaparecieran totalmente del texto constitucional;²⁷ y, además, proclamando como valor global la llamada “democracia participativa”, pero contradictoriamente, sin distribuir efectivamente el poder en el territorio, y sin permitir la efectiva posibilidad de participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos en entidades políticas autónomas y descentralizadas. Todo ello también se buscaba que desapareciera con la rechazada reforma constitucional de 2007, que

125; y “El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)», pp. 127-141, en Allan R. Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

²⁶ Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 51 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 84 ss.

pretendía estructurar un Estado Socialista centralizado montado sobre unos Consejos del Poder Popular totalmente controlados desde la Presidencia de la República, con integrantes que no son electos popularmente.²⁸

La participación política, que es un derecho constitucional que no debe confundirse con la movilización popular, sólo es posible en las democracias a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa, universal y secreta. Esa participación, por supuesto, no debe confundirse con mecanismos de democracia directa como los referendos, las asambleas de ciudadanos y los Consejos Comunales. Estos últimos fueron creados en Venezuela (2006), paralelamente a los Municipios, pero sin embargo, configurados como instancias sin autonomía política y con miembros que no son electos popularmente mediante sufragio, siendo conducidos exclusivamente desde la jefatura del Estado para la centralización del poder.

La historia y práctica política enseña que nunca ha habido autoritarismos descentralizados, y menos autoritarismos que hayan podido permitir el ejercicio efectivo del derecho a la participación política. La centralización política del poder es de la esencia de los autoritarismos, es contraria a la democracia, impidiendo a la vez toda posibilidad de participación, y es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos, incluso así hayan sido electos. Por ello, los autoritarismos temen y rechazan tanto la real descentralización política como a la participación democrática, siendo la negación del derecho a la distribución territorial del poder y, en definitiva, del derecho a la democracia.

En cambio, la distribución territorial del poder, es decir, la descentralización política, es la que puede permitir el ejercicio efectivo de una democracia participativa, y la vez, del derecho a la possibili-

²⁸ *Idem*, pp. 35, 43 ss; y 55 ss, respectivamente.

dad de controlar el poder. Esto no es posible mediante el engañoso recurso a una supuesta “democracia participativa y protagónica”, que no está montada en la descentralización del poder, sino en unos Consejos Comunales creados como entidades controladas desde la cúspide del Poder Ejecutivo y cuyos miembros *no son electos por votación universal, directa y secreta del pueblo*, sino que son designados por asambleas de ciudadanos controladas por el partido de gobierno.²⁹ En definitiva, se trata de instituciones de manejo centralizado, dispuestas para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se hace es, si acaso, movilizarlo en forma totalmente controlada por el Poder Central.

La verdad es que para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, es decir, participativa, la misma tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de una comunidad política que tenga autonomía; lo que sólo puede tener lugar en entidades políticas autónomas, como los Municipios, producto de la distribución territorial del poder, como sucede en todas las sociedades democráticas. Por ello, la gran reforma democrática que se requería en 1999 para asegurar la participación política era, en realidad, que se garantizara efectivamente el derecho a la distribución territorial del poder, y se acercaran las instituciones locales autónomas al ciudadano, municipalizándose el territorio. Para ello, lo que había que hacer era multiplicar los municipios en lugar de reducirlos o de pretender sustituirlos y marginalizarlos con la creación de los Consejos Comunales, configurados en un sistema institucional *centralizado* denominado “del Poder Popular”. Con ello, en 2006 se inició formalmente, en nombre de una supuesta democracia participativa, la eliminación de

²⁹ Véase Ley de los Consejos Comunales en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extraordinaria del 10 de abril de 2006. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

la propia democracia representativa, todo lo cual se buscaba constitucionalizar con la rechazada reforma constitucional de 2007.³⁰

La consecuencia fundamental de todo este sistema ha sido la centralización progresiva del poder en la Jefatura del Ejecutivo Nacional, y el aniquilamiento de cualquier forma de control del poder mediante su distribución territorial, y en definitiva, la eliminación del derecho ciudadano a la distribución territorial del poder y, en definitiva, de la participación política. Ha implicado, además, el desmantelamiento de las estructuras territoriales del Estado y de la Administración Pública, incluso mediante la sustitución de la organización administrativa del Estado, por nuevas y confusas formas que han desarticulado el propio derecho administrativo. Ha sido el caso de las llamadas “misiones” creadas como “organizaciones” públicas fuera de la organización de la Administración general del Estado, al punto de que en la rechazada reforma constitucional de 2007 se proponía incluirlas en un artículo constitucional, con redacción más propia de un comentario doctrinal que de un texto constitucional, en el cual se pretendía clasificar a las “administraciones públicas”, contra toda técnica legislativa, en las siguientes dos “categorías”: por una parte, “las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución; y por la otra, “las misiones, constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales” (art. 141). Es decir, con la rechazada reforma constitucional, en lugar de buscarse corregir el descalabro administrativo producido en los úl-

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 51 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 84 ss.

timos años por la indisciplina presupuestaria derivada de fondos asignados a programas específicos del gobierno, denominados “misiones”, concebidos fuera de la organización general del Estado, lo que se pretendía era constitucionalizar el desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como “burocráticas o tradicionales”, renunciando a que las mismas fueran reformadas para convertirlas en instrumentos para que, precisamente pudieran atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población. Y todo ello, dejando la organización de la Administración Pública a la sola voluntad del Presidente de la República mediante reglamentos (artículos 141; 236,22).³¹

Pero además del derecho ciudadano a la separación de poderes y a la distribución territorial del poder, para controlarlo, el derecho a la democracia, también conlleva la existencia de un tercer derecho ciudadano destinado a asegurar la tutela y el control judicial efectivo del ejercicio del poder, lo que exige, ineludiblemente, que la autonomía e independencia del Poder Judicial en su conjunto y de los jueces en particular, estén garantizadas. Por ello, también como parte del derecho ciudadano a la separación de poderes y como parte del derecho a la democracia, se puede identificar un derecho ciudadano a la independencia y autonomía de los jueces que en un Estado democrático de derecho la Constitución debe garantizar. Se trata de darle plena efectividad al mencionado derecho constitucional a la separación de poderes, porque sin éste, simplemente no puede hablarse ni de Estado de derecho, ni de posibilidad de control judicial del poder, ni de derecho a la democracia, y sin ello, es imposible hablar siquiera del equilibrio que el derecho administrativo debe asegurar entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos.

El principio de la independencia y autonomía del Poder Judicial está declarado en el artículo 254 de la Constitución venezolana de 1999, pero la base fundamental para asegurarlas está en las normas

³¹ *Idem*, pp. 31 ss; y 50 ss., respectivamente.

relativas al ingreso de los jueces a la carrera judicial y a su permanencia y estabilidad en los cargos. A tal efecto, en cuanto a la carrera judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, el ingreso a la misma y el ascenso de los jueces solo se debe hacer mediante concursos públicos de oposición que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes, debiendo además la ley garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces. Por otra parte, la Constitución dispuso que los jueces sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante juicios disciplinarios llevados por jueces disciplinarios (art. 255).

Lamentablemente, sin embargo, nada de ello se ha implementado durante la casi una década de vigencia de la Constitución, de manera que la realización de los concursos públicos para el ingreso a la carrera judicial no han tenido lugar, y conforme a una interminable transitoriedad constitucional que ha permitido el funcionamiento de una inconstitucional “Comisión de Funcionamiento del Poder Judicial” creada en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente, y que fue regularizada legislativamente en 2004, la importante jurisdicción disciplinaria tampoco se ha establecido en Venezuela, y ello, peor aún, con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia el cual renunció a asumir sus funciones constitucionales.³²

En esta forma, a partir de 1999, se destituyeron materialmente a casi todos los jueces del país,³³ habiendo sido reemplazados por jue-

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, No. 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138.

³³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también lo registró en el Capítulo IV del *Informe* que rindió ante la Asamblea General de la OEA en 2006, que los “casos de destituciones, sustituciones y otro tipo de medidas que, en razón de la provisionalidad y los procesos de reforma, han generado dificultades para una plena vigencia de la independencia judicial en Venezuela” (párrafo 291); destacando aquellas “destituciones y sustituciones que son señaladas como represalias por la toma de decisiones contrarias al Gobierno” (párrafo 295 ss.); concluyendo que para 2005, según cifras oficiales, “el 18,30% de las juezas y jueces son titulares y 81,70% están en condiciones de provisionalidad” (párrafo 202).

ces provisorios o temporales,³⁴ con lo cual desde 1999 se produjo un proceso de intervención sistemática y continua del Poder Judicial. Ello comenzó con la decretada por la Asamblea Nacional Constituyente³⁵, la cual ha continuado hasta el presente, demoliéndose sistemáticamente su autonomía.³⁶ Con todo ello, el derecho a la tutela judicial efectiva y al control judicial del poder del Estado ha quedado marginado, siendo imposible garantizar efectivamente ningún equilibrio entre el Estado y su Administración y los derechos de los ciudadanos-administrados.

Lo grave de toda esta irregular situación derivada de la masiva remoción de jueces sin debido proceso alguno, designándose para sustituirlos a jueces provisorios y temporales, fue que en 2006 se pretendió solventar el problema de la provisionalidad, a través de un “Programa Especial para la Regularización de la Titularidad” dirigido a los dotar de permanencia a los jueces accidentales, temporales o provisorios, burlándose el sistema de ingreso a la función judicial que, como se dijo, constitucionalmente sólo puede ocurrir mediante concursos públicos de oposición (artículo 255). Con ello, en definitiva, lo que se ha buscado ha sido consolidar los efectos de los nombramientos “a dedo” de jueces dependencia del poder.

Por otra parte, en cuanto a la selección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la Constitución de 1999 creó el Comi-

³⁴ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, cit. párr. 161

³⁵ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

³⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

té de Postulaciones Judiciales (art. 270), que debía haber estado integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. Sin embargo, después de años de transitoriedad constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, en lugar de regular dicho Comité, lo que estableció fue una Comisión parlamentaria ampliada, totalmente controlada por el Parlamento, burlando la disposición constitucional³⁷. Con dicha reforma, además, se aumentó el número de Magistrados de 20 a 32, los cuales fueron elegidos por la Asamblea Nacional en un procedimiento enteramente dominado por el Presidente de la República. Ello incluso lo anunció públicamente en víspera de los nombramientos, el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo.³⁸ Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su *Informe* a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004.”³⁹

Por otra parte, en cuanto a la estabilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 265 de la Constitución dis-

³⁷ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 200, pp. 32 ss. El asalto al Tribunal Supremo de Justicia se inició antes con el con el nombramiento “transitorio”, en 1999, por la Asamblea Nacional Constituyente, de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse los requisitos constitucionales ni asegurarse la participación de la sociedad civil en los nombramientos. Las previsiones constitucionales sobre condiciones para ser magistrado y los procedimientos para su designación con participación de los sectores de la sociedad, se continuaron violando por la Asamblea Nacional al hacer las primeras designaciones en 2002 conforme a una “Ley especial” sancionada para efectuarlas transitoriamente, con contenido completamente al margen de las exigencias constitucionales

³⁸ El diputado Pedro Carreño, quien en enero de 2007 fue luego designado Ministro del Interior y de Justicia, afirmó lo siguiente: “Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tenida muy en cuenta.” (Resaltado añadido). Agregó: “Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.” Véase en *El Nacional*, Caracas, 13-12-2004.

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180

puso que los mismos podían ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano. Con esta sola disposición, ciertamente podía decirse que la autonomía e independencia de los magistrados quedaba cuestionada pues permitía una inconveniente e inaceptable injerencia de la instancia política del Poder en relación con la administración de Justicia. Con esta disposición, la Asamblea Nacional comenzó a ejercer un control político directo sobre los Magistrados del Tribunal Supremo, los cuales permanentemente saben que en cualquier momento pueden ser investigados y removidos. Sin embargo, en la previsión constitucional al menos había la garantía de la exigencia de una mayoría calificada para la votación, pero ello fue absurdamente eliminado al preverse otra modalidad de remoción, con el sólo voto de la mayoría absoluta de los diputados, establecida en evidente fraude a la Constitución, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2004.⁴⁰ Esta inconstitucional previsión legal, incluso se buscó constitucionalizar con la rechazada reforma constitucional de 2007.⁴¹

En esta forma, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se ha configurado como un Poder del Estado altamente politizado⁴², lamentablemente sujeto a la voluntad del Presidente de la República, lo que en la práctica ha significado la eliminación de toda la auto-

⁴⁰ Se estableció, en efecto, la posibilidad de la “revocación del acto administrativo de nombramiento los Magistrados” por mayoría para burlar la exigencia de la mayoría calificada prevista para la “remoción”. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 200, pp. 41 ss.

⁴¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 114 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 108 ss.

⁴² Véase lo expresado por el magistrado Francisco Carrasqueño, en la apertura del año judicial en enero de 2008, al explicar que : “no es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo”, dejando claro que la "aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política, sin vulnerar la independencia de la actividad judicial". Véase en *El Universal*, Caracas 29-01-2008.

nomía del Poder Judicial. Con ello, el propio postulado de la separación de los poderes, como piedra angular del Estado de Derecho y de la vigencia de las instituciones democráticas ha sido eliminando, desapareciendo toda posibilidad de control judicial efectivo del poder por parte de los ciudadanos. El propio Presidente de la República incluso, llegó a decir en 2007 que para poder dictar sentencias, el Tribunal Supremo debía consultarlo previamente.⁴³ Este sometimiento del Tribunal Supremo a la voluntad del Ejecutivo Nacional, ha sido catastrófica en relación a la autonomía e independencia del Poder Judicial, particularmente si se tiene en cuenta, además, que dicho Tribunal ejerce el gobierno y administración de todo el Poder Judicial.

Con todo esto, el Poder Judicial ha pospuesto su función fundamental de servir de instrumento de control de las actividades de los otros órganos del Estado para asegurar su sometimiento a la ley, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva y al controlar del poder. En esa situación, por tanto, es difícil hablar siquiera de posibilidad alguna de equilibrio entre poderes y prerrogativas del Estado y derechos y garantías ciudadanas.

De todo lo anterior resulta, con evidencia, que para que exista democracia como régimen político en un Estado constitucional y democrático de derecho, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen del derecho al sufragio y a la participación política; ni de la división o separación horizontal del Poder Público, ni de su distribución vertical o territorial

⁴³ Así lo afirmó el Jefe de Estado, cuando al referirse a una sentencia de la Sala Constitucional muy criticada, en la cual reformó de oficio una norma de la Ley del Impuesto sobre la renta, simplemente dijo: “Muchas veces llegan, viene el Gobierno Nacional Revolucionario y quiere tomar una decisión — contra algo por ejemplo que tiene que ver o que tiene que pasar por decisiones judiciales y ellos empiezan a moverse en contrario a la sombra, y muchas veces logran neutralizar decisiones de la Revolución a través de un juez, o de un tribunal, o hasta en el mismísimo Tribunal Supremo de Justicia, a espaldas del líder de la Revolución, actuando por dentro contra la Revolución. Eso es, repito, traición al pueblo, traición a la Revolución.” Discurso del Presidente de la República en el Primer Evento con propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela, Teatro Teresa Carreño, Caracas 24 marzo 2007.

del poder público, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente; así como tampoco bastan las declaraciones que se refieran a la posibilidad de los ciudadanos de controlar el poder del Estado, mediante elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; mediante un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; mediante la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que movilice la opinión pública; o mediante el ejercicio de recursos judiciales ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre la “democracia participativa y protagónica” o la descentralización del Estado; así como tampoco la declaración extensa de derechos humanos.

Además de todas esas declaraciones, es necesaria que la práctica política democrática asegure efectivamente la posibilidad de controlar el poder, como única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, y el ejercicio real de los derechos humanos; y que el derecho administrativo pueda consolidarse como un régimen jurídico de la Administración que disponga el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. Para lograr ese equilibrio, sin duda, nuevos derechos ciudadanos deben identificarse en el Estado democrático de derecho y entre ellos, el derecho a la democracia.

Lamentablemente, en Venezuela, después de cuatro décadas de práctica democrática, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales que están insertas en el Texto fundamental, se ha venido estructurando un Estado autoritario en contra de las mismas, que ha aniquilado toda posibilidad de control del ejercicio del poder y, en definitiva, el derecho mismo de los ciudadanos a la democracia. Y con ello, de toda posibilidad de que el derecho administrativo sea ese de-

recho que asegure el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos que el Estado democrático de derecho exige.

New York, febrero 2008