

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO I

PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
SEGUNDA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL

Autores del presente volumen:

DOLORES AGUERREVERE VALERO	DONATO LUPIDII
ALFREDO ARISMENDI A.	YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
ELOISA AVELLANEDA	SANDRA MORELLI
PIERRE BON	CLAUDIA NIKKEN
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ	HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
EDGAR CARPIO MARCOS	DIETER NOHLEN
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO	ENRIQUE ORDUNA REBOLLO
JORGE CORDOBA ORTEGA	ROXANA ORIHUELA GONZATTI
MARÍA A. CORREA DE BAUMEIŠTER	JESÚS OROZCO J.
IGNACIO DE LEÓN	JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ	COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI	ROGELIO PÉREZ PERDOMO
MANUEL FEO LA CRUZ	MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO	MARIE PICARD DE ORSINI
HÉCTOR FIX ZAMUDIO	CHRISTIAN PIELOW
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE	JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ	EDUARDO ROZO ACUÑA
CLAUDE GOYARD	NÉSTOR PEDRO SAGUÉS
JOSÉ VICENTE HARO	DANIEL ALBERTO SABSAY
RICARDO HARO	LUIS SALAMANCA
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO	HEINZ SCHAFER
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE	JORGE LUIS SUÁREZ
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO	ARGENIS URDANETA
FERNANDO HINESTROSA	DIEGO VALADÉS
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO	JORGE REINALDO VANOSI
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA	JORGE VÉLEZ GARCÍA
GUSTAVO LINARES BENZO	JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
JORGE LONDOÑO	MARIANELA ZUBILLAGA
IRENE LORETO GONZÁLEZ	

Coordinadores:

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

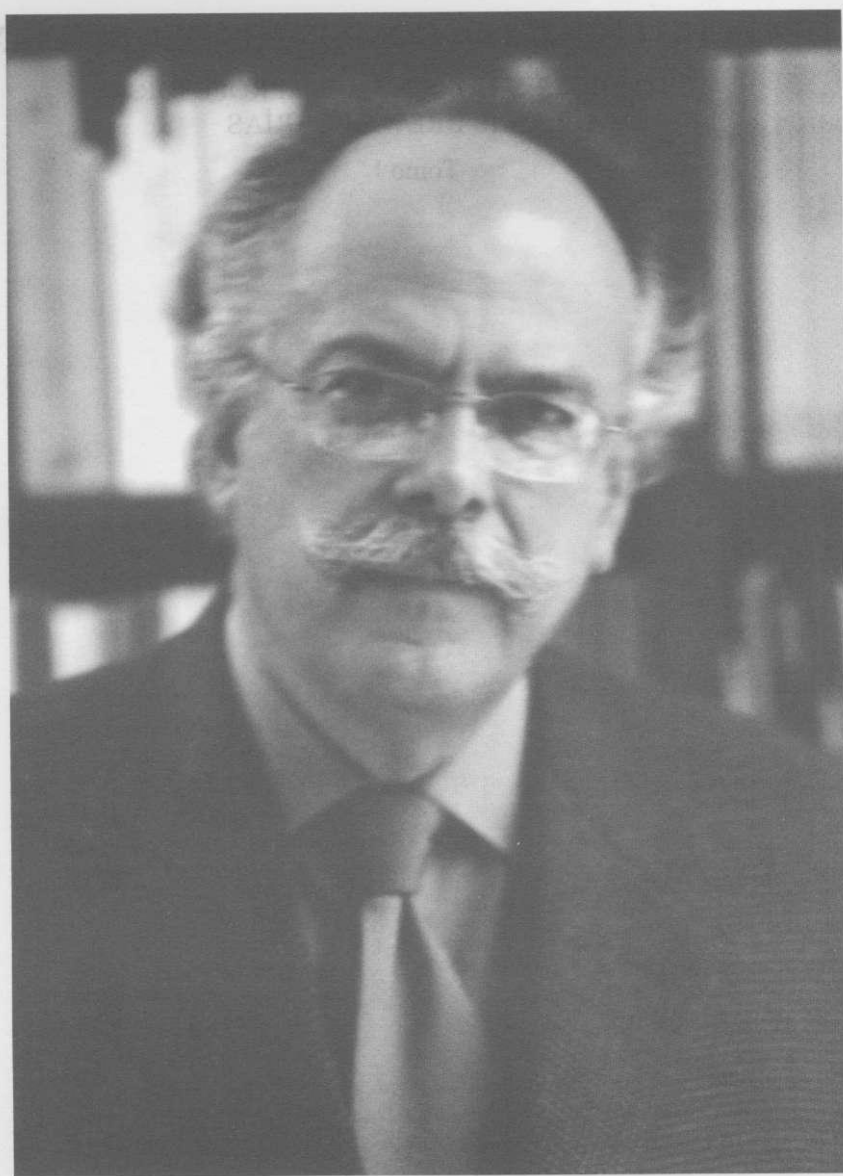


THOMSON
CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo I



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO I

PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

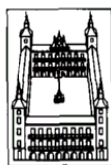
SEGUNDA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL

Autores del presente volumen

DOLORES AGUERREVERE VALERO	IRENE LORETO GONZÁLEZ
ALFREDO ARISMENDI A.	DONATO LUPIDII
ELOÍSA AVELLANEDA	YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
PIERRE BON	SANDRA MORELLI
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ	CLAUDIA NIKKEN
EDGAR CARPIO MARCOS	HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO	DIETER NOHLEN
JORGE CÓRDOBA ORTEGA	ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
MARÍA A. CORREA DE BAUMEISTER	ROXANA ORIHUELA GONZATTI
IGNACIO DE LEÓN	JESÚS OROZCO J.
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ	JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI	COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
MANUEL FEO LA CRUZ	ROGELIO PÉREZ PERDOMO
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO	MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
HÉCTOR FIX ZAMUDIO	MARIE PICARD DE ORSINI
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE	CHRISTIAN PIELOW
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ	JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
CLAUDE GOYARD	EDUARDO ROZO ACUÑA
JOSÉ VICENTE HARO	NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
RICARDO HARO	DANIEL ALBERTO SABSAY
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO	LUIS SALAMANCA
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE	HEINZ SCHÄFFER
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO	JORGE LUIS SUÁREZ
FERNANDO HINESTROSA	ARGENIS URDANETA
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO	DIEGO VALADÉS
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA	JORGE REINALDO VANOSSI
GUSTAVO LINARES BENZO	JORGE VÉLEZ GARCÍA
JORGE LONDOÑO	JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
	MARIANELA ZUBILLAGA

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ



EDITORIAL CIVITAS, S.A.

MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2091-6 (Tomo I)
Depósito legal: M-45.133-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

**PLAN GENERAL
DE LA OBRA ***

PROEMIO

ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN

JESÚS CABALLERO ORTIZ

**DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS
A MODO DE INTRODUCCIÓN**

I. DISCURSO

EDUARDO ROCA ROCA

II. PRÓLOGO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

III. DISCURSO

PEDRO NIKKEN

IV. PREFACIO

LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- § 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia
- § 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA
DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia
de Venezuela

* Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

SEGUNDA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

- § 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay
- § 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
- § 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

- § 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

- § 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

- § 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina
- § 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México
- § 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

3. *La participación política*

- § 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

4. *La desobediencia civil*

- § 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL
COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE
REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA
DESOBEDIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

- § 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO
EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España
- § 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA
COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá,
Colombia
- § 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL
AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia
- § 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y
EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO
FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania
- § 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE
COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

- § 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA
CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL
DESCENTRALIZADO
ARGENIS URDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

- § 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España
- § 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España
- § 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela
- § 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

- § 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela
- § 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional
- § 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia

2. *El poder judicial*

- § 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *El poder ciudadano*

- § 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA
CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

- § 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO
CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la
Universidad Panthéon-Assas París II, Francia
- § 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA
CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O
CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336
DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y
SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE
CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITU-
CIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional
- § 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA
NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

2. *El derecho de amparo*

- § 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
- § 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- § 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

- § 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

- § 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

- § 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia
- § 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA
RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España
- § 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- § 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN
PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia
- § 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la
Universidad del Rosario, Bogotá
- § 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL
DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España
- § 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

- § 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia
- § 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello
- § 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
- § 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- § 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María
- § 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia
- § 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

- § 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

- § 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela
- § 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España
- § 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

- § 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España
- § 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil
- § 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

- § 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N,328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia
- § 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela
- § 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

- § 90. LA DENOMINADA “DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO” POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
- § 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL’ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia
- § 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- § 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina
- § 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España
- § 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España
- § 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina
- § 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

TOMO III**CUARTA PARTE****DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

- I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,
y Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina
- § 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES
1. *Los derechos de las personas*
- § 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,
Argentina
2. *Principios de igualdad*
- § 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *Libertad de expresión*

- § 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

- § 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil
- § 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia
- § 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

- § 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

- § 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
- § 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

- § 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela
- § 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS “DERECHOS AMBIENTALES”
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España
- § 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

- § 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO.
ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México
- § 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS
CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPA-
RADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Complutense de Madrid, España
- § 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS
HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE**DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO**

- § 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO
INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS
POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBU-
TARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO “IMPUESTO” AL
DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

- § 140. LA NOCIÓN DE “DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN” COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

- § 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela
- § 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE

ALLAN R. BREWER-CARIAS

PROEMIO

Alfredo Arismendi A.
Director del Instituto de Derecho Público de la
Universidad Central de Venezuela

La obra que tengo el inmenso honor de presentar tiene por objeto rendir el merecido homenaje a un Profesor, Doctor en derecho, a quien se podría definir -en el más estricto sentido de la palabra-, como un paladín de mil batallas, forjador del derecho en una tierra ajurídica por naturaleza.

Allan Randolph Brewer-Carías ha sido en una Venezuela bendecida por Dios pero maltratada por sus malos hijos; un brillante defensor del derecho, un apasionado profesor universitario que le ha donado su crédito como jurista a la Universidad Central de Venezuela, y en especial, al Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta Alma Mater.

El Libro cuya presentación hago, a pesar de que tiene un título general al querer mostrar, a través de más de un centenar de colaboraciones recibidas, el estado del derecho público a comienzos del siglo XXI; y de lo que se ha dicho y escrito sobre el compañero de aulas, de sus indiscutibles méritos docentes, científico, públicos y privados; tiene un marco de honor que lo hace único y lo realza: el culto a la amistad.

Y es que la nota unificadora que reúne los colaboradores de esta obra única en Venezuela durante el siglo XX y quizás el XXI, no es otra que la de sentirnos unidos al homenajeado, no sólo por sus grandes dotes personales y académicos, sino por el afecto y la hermandad que Allan Randolph Brewer-Carías ha logrado ganarse a través de todo su existir.

Durante cuarenta años me ha unido al homenajeado una honrosa amistad que vá más allá de las aulas universitarias, hasta convertirse en un respeto mutuo de hermandad. Relación nacida incluso antes de que compartiéramos el aula universitaria y complementada en nuestra coincidencia en el Instituto de Derecho Público al compartir fundamentalmente postulados y fines universitarios.

No quiero quedarme en el convencionalismo académico, por que la personalidad de Brewer-Carías, su obra, su alcance en la vida jurídica nacional e internacional, su carrera universitaria y el modelo que representa su trayectoria en todas sus facetas, indudablemente obligan a hacer consideraciones que necesariamente tienen que ir más allá de lo que representa una convencional presentación.

La trayectoria del homenajeado es un oasis en nuestro medio: su creación no ha sido motivada por fines lucrativos. Para Brewer-Carías la vida no ha sido únicamente obtener provecho, e incluso, si este se logra tan sólo con el esfuerzo personal, no perjudica, mas bien produce la satisfacción moral, y mucho más sí es beneficioso para sus compatriotas por medio de la difusión, para que esa labor, como todo creador conciente, produzca obras, que con el tiempo, y su generosidad reproduzcan la obra del jurista.

Así, de esta manera, la bibliografía nacional e internacional se multiplica con lo creativo de su talento, lo que ha conducido a que en todos y cada uno de los aspectos en los cuales ha incursionado, se traduzca en un aporte original, abrir derroteros, señalar soluciones, o tan sólo plantear problemas o situaciones, que han pasado en mas de las veces inadvertidos o que a conciencia no se han querido tratar. Por todas estas

razones, la obra jurídica de Allan Randolph Brewer-Carías representa una gama de trabajos que van desde los títulos mas agudos en su redacción, hasta un simple artículo de periódico con un sello personal, el amor por la Patria, por el derecho y por la Universidad, todo lo cual lo convierte en un jurista original, innovador, y en muchos casos polémico.

Caracas, mayo 2003

PRESENTACIÓN

Jesús Caballero Ortíz
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela

*Este Libro es el homenaje que la Cátedra de Derecho Administrativo ha querido ofrecer al Profesor **Allan R. Brewer Carías** para destacar la labor de uno de los grandes juristas de Venezuela y, sin duda, quien tiene la más vasta obra jurídica escrita en toda la historia de nuestro país. La convocatoria que efectuamos, y que atendieron muchos de sus colegas y amigos, es muestra de los afectos intelectuales que Brewer-Carías ha generado en sus cuarenta años de actividad académica y profesional en el mundo jurídico contemporáneo. Son el **Instituto de Derecho Público**, y la **Cátedra de Derecho Administrativo**, ambas de la Universidad Central de Venezuela, las instituciones que mejor pueden dar testimonio de esa labor.*

*Brewer-Carías ingresó al Instituto de Derecho Público de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en 1960 como Auxiliar de Investigación, aún siendo estudiante de la carrera de derecho, y desde entonces comenzó a demostrar una excepcional capacidad de trabajo y de investigador fuera de lo común, al punto de que su primer estudio publicado, en materia de procedimiento administrativo, apareció en la **Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal** N° 113, Caracas, en 1960. Con su último libro, precisamente sobre **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**, publicado por la Universidad de El Rosario en Bogotá, 2003, su obra suma más de ciento treinta libros y trescientos cuarenta artículos en revistas especializadas y obras colectivas, cuya lista se puede consultar en la **bibliografía** que se publica al final del **Tomo III** de este Libro Homenaje. Esa labor le ha sido reconocida por la Nación al otorgarle el Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas en 1981, el **Premio Nacional de Ciencias** y la Universidad Central de Venezuela, en 2002, el **Premio Francisco De Venanzi a la trayectoria del investigador universitario**.*

*El Instituto de Derecho Público y la Cátedra de Derecho Administrativo han sido los puntos centrales de referencia de toda la actividad académica de Brewer-Carías en las últimas décadas, instituciones a las cuales les dio el mayor auge e impulso. Por eso esta obra la han promovido y organizado el Instituto, y la Cátedra de Derecho Administrativo, con cuyo Jefe actual ha mantenido siempre estrechos lazos de amistad, no sólo en su época de estudiante, sino especialmente cuando preparaba mi tesis de doctorado en París sobre **Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano**, tema que Brewer había ya estudiado, pero desde el punto de vista del derecho comparado.*

De regreso de sus estudios de post grado en Francia, Brewer-Carías ingresó a la Facultad de Derecho y al Instituto como Profesor en 1963, ganando el Concurso de Oposición de la Cátedra de Derecho Administrativo en 1964. Con la libertad que Antonio Moles Caubet, entonces apreciado Director del Instituto, daba a sus asistentes, Brewer desarrolló una intensa actividad de reforma del programa de la Cátedra de Derecho Administrativo y transformó al Instituto en la institución más importante en derecho público en el país. Lo reorganizó en secciones, y él mismo tuvo a su cargo la Sección de Derecho Administrativo, llegando a ocupar la Dirección del Instituto entre 1978 y 1987, año en el cual voluntariamente se retiró del mismo. Esos cargos fueron ocupados con posterioridad, casualmente, por quien suscribe esta presentación.

*Puede decirse que todo lo que ocurrió en Venezuela en materia de derecho público hasta los ochenta se hizo en o desde el Instituto, y de allí la interminable escuela de administrativistas que Brewer ha generado en el país, labor que continuó una vez retirado del Instituto desde sus cursos de Derecho Administrativo Profundizado en el postgrado de la Universidad Central de Venezuela. A través del Instituto, Brewer dirigió seminarios y jornadas nacionales e internacionales en las cuales se trataron todos los temas de interés en su momento: integración económica, régimen municipal, salvaguarda del patrimonio público, régimen cambiario, derecho urbanístico, contencioso-administrativo, procedimientos administrativos, etc., resultando una invalorable labor de extensión universitaria que divulgó el derecho administrativo en el país como antes jamás había sucedido. Abrió permanentemente el mundo académico venezolano hacia el exterior estableciendo lazos con todos los administrativistas latinoamericanos y españoles, habiendo sido promotor de innumerables jornadas de intercambio y relación. Ello le ha sido reconocido con varios doctorados *honoris causae* que ha recibido, entre ellos, de las prestigiosas **Universidades de Granada** y de la **Carlos III de Madrid**; y su designación como profesor honorario en varias Universidades de América latina.*

*Brewer siempre se interesó por los temas novedosos. Por tal razón su obra académica no se ha concentrado en un manual o tratado, sino que ha abarcado los más variados temas del derecho público, lanzando permanentemente ideas para la discusión. Por ello, en un prólogo a un libro suyo sobre **Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas** (1971), Antonio Moles Caubet destacaba a Brewer-Carías como “el joven y ya prestigioso administrativista cuyo talento está por encima de todo elogio”, con quien encontraba el punto común de “que a ambos nos tienta por igual lo más dificultoso” y agregaba: “Nuestros diálogos durante los largos años de convivencia universitaria han versado preferentemente sobre aquellos puntos problemáticos -verdaderas *quaestiones disputatae*- cuya solución exige el desarrollo acelerado de Venezuela, en el cual participa el Profesor Brewer-Carías desde otros planos oficiales con tanto celo y eficacia”. Se refería en ese momento a la labor de Brewer como Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República. Destacaba Moles en ese prólogo, además, con motivo del tema del libro, la tarea acuciosa de Brewer de poner “a circular ideas-directrices, sin las cuales cualquier realización material resultaría inconsistente”; tarea que, puede decirse, caracteriza toda su obra, particularmente en los temas de la reforma administrativa, de la integración económica, del ordenamiento urbanístico, de la ordenación del territorio, del derecho público de la economía, del régimen municipal, del federalismo, del contencioso-administrativo, de la justicia constitucional, del régimen electoral, de la crisis del Estado, del poder constituyente, y tantos otros temas, tantísimos, a los que Brewer ha dedicado sus estudios.*

*Su obra escrita, sin embargo, se inicia con su tesis doctoral sobre las **Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana**, (1964) texto que, sin quererlo, se configuró en un Manual en un momento en el cual nada se había escrito con carácter general sobre la materia. Recuérdese, incluso, que la primera edición del **Manual del Derecho Administrativo** del Profesor Eloy Lares Martínez apareció publicado el mismo año de la tesis de Brewer.*

Paralelamente a su labor de investigación en el Instituto de Derecho Público, Brewer enseñó Derecho Administrativo I y II en el pregrado de la Facultad durante veinte años, hasta 1983, y luego, hasta el presente, en la Especialización de Derecho Administrativo en el Post grado de la Facultad. Pero su prestigio académico ha provocado que

haya sido invitado a enseñar en otras universidades del exterior habiendo sido Profesor regular en cursos de postgrado en la **Universidad de Cambridge, UK**, (1985-1986), en la **Universidad de París II** (1989-1990), en la **Universidad de París X** (2000) y en la **Universidad del Rosario, Bogotá** (1998-2000). Además, ha sido Visiting Scholar en la **Universidad de Cambridge, UK**, (1972-1974) y en la **Universidad de Columbia, Nueva York**, (2002-2003).

A partir de 1966 y estimulado por el siempre recordado profesor Roberto Goldschmidt, comenzó a participar en los Congresos Internacionales organizados por la **Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya**. Ello lo llevó desde joven a dedicarse al derecho público comparado con tanta constancia y acuciosidad, que el Profesor Roland Drago, al escribir el prefacio de su obra de juventud, **Les entreprises publiques en droit comparé**, París, (1968) tema que el mismo Profesor Drago había venido manejando con maestría desde su tesis doctoral sobre **Les crises de la notion d'établissement public**, París (1950), señaló sobre la obra de Brewer que: "Uno no duda en decir que en la actualidad se trata de la mejor síntesis sobre el tema de las empresas públicas en el mundo" indicando que a través de su lectura se podía "descubrir las eminentes cualidades de un autor que representa a la joven doctrina de derecho administrativo en Venezuela y en América Latina". Más de treinta años después, el propio Profesor Drago, actualmente Secretario Permanente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y miembro del Instituto de Francia, al prologar la muy importante obra de Brewer denominada **Études de Droit Public Comparé**, que editó la casa Bruylant de Bruselas en 2000, diría que "el Profesor Brewer-Carías es considerado desde hace bastante tiempo como uno de los comparatistas más distinguidos de su época", destacando sobre la obra que prologó, que "En 1182 páginas, es un verdadero tratado que pone de manifiesto la universalidad de la cultura y el poder de análisis de un gran jurista". Desde 1982 Brewer es **Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya**.

En Venezuela, además, ingresó muy joven en 1978, como Individuo de Número a la **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**. De ello diría Rafael Caldera, miembro de dicha Institución, al prologar su libro **Política, Estado y Administración**, Caracas 1979, que: "Es uno de los académicos más jóvenes que ha habido en Venezuela y es quizás el más joven de todos los individuos de número de las Academias Nacionales en la actualidad. Honra a su generación y constituye motivo de gran esperanza en el futuro el que su juventud vaya pareja con su madurez; el que como portavoz de una generación surgida a la vida nacional en el año de 1958, muestre tanta capacidad para el estudio serio de los problemas nacionales y de las soluciones que habrá que afrontar para ganar definitivamente el destino de Venezuela". Brewer presidiría la Academia entre 1998 y 2000.

Brewer ha sido, además, un conferencista incansable. Durante sus cuarenta años de vida académica, ha dado casi un millar de conferencias, charlas y exposiciones en las más prestigiosas universidades e instituciones de Venezuela, de América Latina, de Europa y Estados Unidos. Muy pocas veces declina una invitación para compartir sus ideas con los demás, con una generosidad que los invitadores siempre han apreciado.

Pero sus trabajos no sólo han sido el resultado de la actividad académica, sino del ejercicio de funciones públicas. Puede decirse, que no ha ejercido función pública alguna de la cual no haya surgido algún libro. Cuando fue Consultor Jurídico del Ministerio de Justicia, recopiló y editó la **Doctrina Administrativa del Ministerio de Justicia** (1959-1964) 2 Vols., Caracas 1965; cuando se desempeñó como Consultor Jurídico del

*Consejo Supremo Electoral, inició la recopilación y edición de la **Doctrina Administrativa del Consejo Supremo Electoral** (1966-1968), Caracas 1969; de sus funciones como asesor jurídico del Gobernador del Distrito Federal, surgió el libro **El régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal**, Caracas, 1968; de sus tres años como Presidente de la Comisión de Administración Pública, resultó el trascendente **Informe sobre la Reforma Administrativa en Venezuela**, 2 Vols. Caracas 1972, que dirigió y en gran parte redactó personalmente, así como su obra **Estudios sobre la Reforma Administrativa**, Caracas, 1980; de sus pocos años de ejercicio como Senador por el Distrito Federal, dejó tres tomos de **Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado 1983-1987)**; al concluir su labor como Ministro de Estado para la Descentralización, entregó como Memoria al Congreso Nacional en enero de 1994, el muy importante **Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993**; y de su labor como Constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 produjo tres tomos intitulados **Debate Constituyente**, Caracas, 1999, con el texto de sus escritos, informes y propuestas a la Asamblea.*

Su actividad pública y sus criterios políticos, además, se ha manifestado a través de sus opiniones en casi un millar de declaraciones y entrevistas en periódicos y revistas, habiendo sido sus criterios un punto de referencia obligado en el país.

*En fin, no puede dejar de subrayarse la actividad de Brewer como fundador y director de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana. En ella dirigió desde su inicio en 1980, la **Revista de Derecho Público** y desde esa Editorial, desde los años setenta, ha alentado, promovido y financiado, incluso con el aporte a la Fundación de sus derechos de autor de sus obras, la edición de innumerables obras jurídicas, contribuyendo así no sólo al acervo jurídico-administrativo del país, sino a la promoción de tantos jóvenes administrativistas que encontraron en la Editorial el vehículo siempre dispuesto para la publicación de sus trabajos.*

Al Brewer universitario, académico, profesor, investigador, funcionario público, publicista, orientador de opinión, conferencista y editor, se une además el Brewer maestro y amigo, siempre dispuesto a ayudar, estimular y enseñar con generosidad, lo que tantos amigos y generaciones de abogados han apreciado, incluyendo entre ellos ese ejército de amigos silenciosos que tiene y que sólo lo conocen y aprecian a través de su obra escrita y de sus declaraciones de prensa.

Ese Brewer es el que motivó la iniciativa de organizar esta obra homenaje, para lo cual hemos contado con la invaluable ayuda de la abogado María Cecilia Barrientos, quien organizó la correspondencia y contactos con los colaboradores, de Francis Gil, Arelis Torres y de Mirna Pinto de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a quienes se debe el invaluable trabajo de composición del texto para su impresión; y de Judith Mendible del Instituto de Derecho Público. Sin su entusiasta dedicación y sin su extraordinaria competencia, este monumental Libro Homenaje no se hubiera podido editar.

*Pero el Libro Homenaje existe porque más de ciento cuarenta profesores y académicos amigos de Allan R. Brewer-Carías atendieron la convocatoria que le hicimos y enviaron a tiempo sus trabajos. Gracias a todos por su colaboración, y gracias a Brewer-Carías por haber sido el motivo para que pudiera configurarse esta obra que por su contenido bien refleja el estado de **El derecho público a comienzos del siglo XXI**.*

Caracas, mayo 2003

DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN

I. DISCURSO DEL PROFESOR EDUARDO ROCA ROCA en el acto del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causae* de la Universidad de Granada, 1986

Granada es crisol, donde se funden culturas y civilizaciones centenarias y que va a tener una proyección internacional a lo largo de su existencia como foco de saberes, primero en el mundo islámico y después en el mundo occidental y de forma especial hacia las tierras americanas, a partir de 1492.

Hay momentos en que las palabras pierden su sentido, y se hacen rutinarias a fuerza de ser repetidas de forma maquinal, y quizás sucede este fenómeno en relación con las palabras inicialmente pronunciadas, cuando afirmo que Granada es crisol de culturas y civilizaciones, pues acabamos desconceptualizando la afirmación propuesta, vaciándola de contenido, y creo que existen momentos en los que debemos hacer una reafirmación de nuestra identidad y de nuestro sentido de ser, esencialmente, ente fusor y transmisor de cultura en su íntimo significado universitario, y hacerlo, precisamente desde esta Universidad y desde esta ciudad esencialmente fusionadas en el sentido de *Universitas*, cuando nuestra sociedad se aproxima al nuevo siglo y la Universidad Granadina tiene como meta, y casi al alcance de la mano, el medio milenio de existencia y que verán nuestros actuales alumnos cuando los mismos alcancen la madurez física e intelectual, sin olvidar tampoco el medio milenio del Descubrimiento de América que ya podemos contemplar pasando escasas hojas del Calendario.

Recordemos la especial predilección que -por obvias razones- sintieron hacia Granada tanto los Reyes Católicos, como su nieto el Emperador Carlos, de tal forma que el Colegio de Lógica, Filosofía y Teología y Cánones que se crea por Real Cédula dada en Granada el 7 de noviembre de 1526, se va a transformar, a instancias del Emperador, en Universidad, como consecuencia de la Bula que firma el Papa Clemente VII, el 13 de julio de 1531, por la que se erige el Estudio General de Granada con todas las facultades, grados y privilegios que tuvieran las Universidades de Bolonia, París, Salamanca y Alcalá (*Constituciones de la Universidad de Granada*, Edición y Estudio Preliminar, por Fermín Camacho Evangelista, Granada 1982, págs. 8 y 9). Dichas bulas “costaron muchos dineros” según manifestó Gaspar de Avalos, Arzobispo de Granada y su publicación en el Reino de Granada se hizo “con suntuosidad de trompetas y atabales” por la importancia que tenía para los habitantes de estas tierras, como dice Miguel A. López, teniendo lugar la celebración del acto inaugural de la Universidad en los palacios arzobispaes el día 19 de mayo de 1532 (Miguel A. López, *Maestros y Graduados. 1532-1542*, Universidad de Granada 1982, págs. 9 y 10).

En el momento de la fundación de la Universidad de Granada era manifiesta la necesidad de Juristas para atender la demanda de profesionales del Derecho por parte de la Real Chancillería y Cabildo Municipal, y en menor medida los Cabildos eclesiásticos de la Catedral y de la Capilla Real así como del Arzobispado. En consecuencia -destaca Miguel A. López, *op. cit.*, págs. 49 y siguientes- “al fundarse la Universidad, la Facul-

tad de Derecho fue la que, en su primer año, mayor número de Graduados incorporó a su Claustro: cuatro abogados de la Audiencia, dos canónigos y un Capellán Real”, aunque debe destacarse que durante los primeros años de vida de nuestra Universidad sólo se produjeron Graduaciones en Cánones y básicamente redimiendo cursos que habían cursado en otras Universidades, constanding que el primer alumno que se graduó en Leyes en esta Universidad fue Francisco Becerril que obtuvo el grado en marzo de 1539. Es curioso destacar que entre los años 1539 y 1542, apenas 15 alumnos obtuvieron el título de Licenciado o Doctor en Leyes (págs. 55 a 58).

Gonzalo Jiménez de Quesada, nacido en la cercana ciudad de Santa Fe, realizó estudios de Leyes en el Colegio antes referido obteniendo un empleo en la Real Chancillería de Granada y, sobre 1535, fue designado justicia Mayor del ejercito que se envió a Santa Marta bajo las órdenes de Pedro Fernández de Lugo que le encomendó la busca de las fuentes del Río Grande o Magdalena, expedición que se convirtió en la proeza geográfica más importante de su tiempo. Castellanos le calificó como “fuerte varón, sabio y experto”, y el cronista Herrera se refiere a él como “hombre despierto y de agudo ingenio, no menos apto para las armas que para las letras”; tras su largo periplo por tierras que hoy son venezolanas y colombianas, fundó Santa Fe de Bogotá (en claro recuerdo de su ciudad natal Granadina) el 6 de agosto de 1538, tras diversas vicisitudes obtuvo el nombramiento de Mariscal del Nuevo Reino de Granada y, en 1569, intentó el descubrimiento y conquista de El Dorado llegando al Río Guaviare en su confluencia con el Orinoco con sólo 25 hombres. Los últimos días de su vida los pasa en Mariquita donde dejó de existir el 16 de febrero de 1579.

Este Universitario Granadino escribió un *Epítome de la Conquista del Nuevo Reino de Granada* (que publicó en España el americanista Marcos Jiménez de la Espada), y en este momento se justifica su extensa cita, porque supone el primer nexo jurídico-universitario entre Granada y su Universidad y el Nuevo Reino de Granada. En un reciente y luminoso artículo del Académico, y antiguo miembro de este Claustro, Prof. Manuel Alvar (*Las Aguas vivas de Granada*, ABC, Madrid, 18-10-86, pág. 3) destaca que “la vida de Granada es siempre un inicio de tradiciones. Aun en lo que resulta más sorprendente”, y seguidamente cuenta que en la Sabana de Bogotá un día se encuentran el Sevillano Juan de Castellanos y el Granadino Gonzalo Jiménez de Quesada y “hablan de poesía: el Sevillano defiende los metros italianizantes, el Granadino los tradicionales”. Lo que pone de relieve el contraste de las dos Andalucías, el apego a las tradiciones y la generación de nuevas tradiciones que surgen de la simbiosis y conjunción de distintas culturas.

Aquí está el tránsito del Medievalismo al Renacimiento, en esta Síntesis de Empleo en la Real Chancillería de Granada, Justicia Mayor en Santa Marta, explorador, descubridor, aventurero, visionario de El Dorado, Mariscal del Nuevo Reino de Granada, cronista, poeta diletante, en suma polifacético jurista de la Universidad de Granada.

Hoy me cabe el honroso e inmerecido honor de presentar y apadrinar al venezolano Prof. Brewer-Carías solicitando de este Claustro la venia para que se le conceda la investidura de Doctor y pueda incorporarse al mismo. No ha sido un *flatus vocis* o una cita infundada, la referencia histórica previa, sino simplemente he tratado de poner de manifiesto a través de un *casus singularis* y de un *singularis virtute praeditus vir* - hombre de singular virtud jurídica- los lazos culturales, afectivos, de sangre y de tradición que nos unen con los pueblos de América, y de forma especial el vínculo de nuestra Universidad con la República de Venezuela, presentando hoy al Claustro a una de

las primeras figuras del Derecho Administrativo hispano-parlante -y también del Mundo Jurídico en general- para que sea recibido en nuestro Claustro, en la Universidad del jurista, soldado y humanista Gonzalo Jiménez de Quesada, teniendo esta petición, y posterior aceptación, un significado singular, ya que será el primer jurista hispanoamericano que se incorporará al Claustro de nuestra casi medio milenaria Universidad de Granada. Por ello y cumplimentando el obligado rito procedimental -ya que el procedimiento es materia de orden esencial en Derecho Administrativo- debo de realizar una labor casi imposible: resumir en unas líneas la densa labor científico-jurídica del Prof. Brewer-Carías y las miles de páginas que han fluido -en caudal arrollador- de su prolífica pluma.

Allan R. Brewer-Carías irrumpe en el Derecho Administrativo de su país, en 1964, cuando aparece publicado su libro *Lasr Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Esta obra se puede considerar como la primera que, en Venezuela, y en Hispanoamérica, expuso el Derecho Administrativo contemporáneo, con una metodología moderna. Se trata de un intento de mostrar la situación de la teoría general del derecho administrativo, construida sobre la base de las decisiones jurisprudenciales de la Suprema Corte del país, la cual hasta ese momento era casi totalmente desconocida. La obra, sin duda, contribuyó a darle un vuelco total al derecho administrativo en Venezuela, antes de esa fecha muy poco cultivado.

Así lo intuyó nuestra propia *Revista de Administración Pública*, cuando al reseñar el libro en el N° 45 de 1964 señalaba:

De hecho nos encontramos con una auténtica “Teoría General del Derecho Administrativo Venezolano”, aun si el autor modestamente renuncia en la primera página del libro a proclamarlo. Puede parecer excesiva esta apreciación si se considera que formalmente la obra no es más que una tesis doctoral; pero no es menos cierto que no faltan ejemplos, desgraciadamente poco numerosos, en los que han sido este tipo de trabajos los que han sentado las piedras angulares de una nueva disciplina o, por lo menos, de un nuevo tratamiento de la misma en un país concreto.

Y concluía dicha reseña señalando que

La aparición de nombres y de obras como aquellos a los que se refiere esta reseña, abren un amplio margen a la confianza de que en breve plazo la instauración de Administraciones firmemente asentadas sobre los conceptos jurídicos fundamentales será una realidad feliz en muchas de las naciones hispanoamericanas.

Y en efecto, en los últimos veinte años, en esa tarea de la construcción sistemática del derecho administrativo en Venezuela, y en el mundo hispano-parlante, la obra de Brewer-Carías es indiscutible como lo expresó el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en carta dirigida al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, en 1981, cuando postuló al Profesor Brewer-Carías para el *Premio Nacional de Ciencia* de Venezuela, que le fue conferido en 1981:

El Profesor Brewer-Carías es reconocidamente una de las más importantes y destacadas expresiones de la intelectualidad venezolana y el más fértil productor de trabajos científicos en el área entre los hombres de su generación. Es además probablemente el autor que tiene la más extensa obra jurídica en toda nuestra historia.

Agregaba además el Decano Pedro Nikken en esa correspondencia:

Debe destacarse que la labor científica e intelectual del Dr. Brewer-Carías no se ha limitado exclusivamente al campo jurídico tradicional sino que ha abarcado las ciencias de la Administración y las Ciencias Políticas, campo dentro del cual ha publicado diversas obras y ha cumplido

valiosísimos aportes al funcionamiento de las instituciones en Venezuela, en particular con ocasión de haber ocupado la Presidencia de la Comisión de Administración Pública y de haber propuesto un modelo para la reforma integral de la Administración Pública Venezolana.

En definitiva, con 54 libros publicados y más de 250 artículos de revistas publicados en Hispanoamérica y en Europa, como lo ha dicho el ex Presidente de Venezuela, Rafael Caldera, en un prólogo a uno de sus libros, Brewer-Carías “es uno de los más brillantes especialistas en Derecho Administrativo en la vida científica actual de Venezuela”. Por ello, sin duda, fue el académico más joven que ha sido electo por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de su país, lo que ocurrió en 1978 cuando contaba 38 años de edad.

Pero la obra de Brewer-Carías, iniciada en 1964, habría de salir pronto de las fronteras de su país. Como lo dijo su profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Caracas, Gonzalo Pérez Luciani, “él ha sido el que ha llevado el Derecho Administrativo en Venezuela a un nivel y una difusión de carácter internacional”.

Así, su libro primero, y a los pocos años de publicado, ya era conocido en otros países de Hispanoamérica y España; y en 1966, cuando sólo contaba con 26 años de edad, fue el primer hispanoamericano que fue designado Ponente General en uno de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, el VII, celebrado en Upsala, Suecia. Sobre ello ha dicho el Profesor mexicano León Cortiñas Peláez:

A los 26 años, sólido y sereno en su francés *sorbonnard*, Brewer-Carías deslumbró el aréopago de Upsala mediante una de esas demostraciones que prueban que el subdesarrollo no es problema de hombres y en definitiva será derrotado por el crecimiento de la atmósfera en países que se honran con científicos de esta categoría.

La ponencia de Brewer-Carías sobre el tema de las empresas públicas, en todo caso, fue considerada de tal valor que fue editada en París en 1968, por la Faculté Internationale de Droit Comparé, con el título *Les Entreprises Publiques en Droit Comparé*, obra que ya se ha convertido en un clásico del tema, de obligada referencia en todos los trabajos que posteriormente se han escrito sobre la materia. Sus vínculos con la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya, de la cual Brewer-Carías es hoy Vicepresidente, continuaron posteriormente y lo llevaron a organizar el exitoso XI Congreso Internacional celebrado en Caracas en 1982.

Sus vínculos con Francia tampoco cesaron desde los años en que fue estudiante de los cursos de postgrado en la Sorbona, allá por 1962-1963, y posteriormente, no sólo fue invitado a dar conferencias y cursos cortos en la misma Facultad de Derecho donde había estudiado, sino que por varios años fue Profesor regular de los cursos del Instituto Internacional de Administración Pública de París.

Posteriormente se vinculó al mundo académico inglés; a principios de los setenta pasó dos años como *Visiting Scholar* en la Universidad de Cambridge, y luego fue nombrado Profesor regular de dicha Universidad, en el año académico 1985-1986, donde dio un curso en el Master de Derecho de la Facultad de Derecho, habiendo sido el primer hispanoamericano que en toda la historia de las varias veces centenaria Universidad de Cambridge, tiene a su cargo el dictar un curso regular en su Facultad de Derecho. El resultado de ello es un libro, en proceso de impresión, en la renombrada *Cambridge University Press*, sobre *Judicial Review in Comparative Law*, que esperamos poder ver traducido al español y editado en España, y que será el libro que haga el número 55 de su producción.

Con el mundo hispanoamericano, Brewer-Carías entró también rápidamente en contacto. Contemporáneamente con él, a principios de la década de los sesenta, comenzaban a surgir nuevos valores de la ciencia jurídico-pública de América Latina, de su misma generación, empeñados en romper el desfase que existía en ese momento entre la doctrina hispanoamericana y las elaboraciones científicas registradas en la mayoría de los países europeos. Basta recordar, entre ellos, los nombres de Agustín Gordillo, de Argentina; Jaime Vidal Perdomo, de Colombia, y Eduardo Ortiz Ortiz de Costa Rica. Brewer-Carías fue al encuentro de ellos, los puso en contacto entre sí, y como resultado de todos esos años de correspondencia fue la creación del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, del cual es su Presidente, y que aglutina a los más destacados Administrativistas hispanoamericanos.

Pero aun cuando más lejana, también estaba dentro de los planes de Brewer-Carías la búsqueda de una presencia de los autores hispanoamericanos en España, siempre dispuesta a mirar más allá de los Pirineos por luces jurídicas, pero en general, renuente a mirar al otro lado del Atlántico. Brewer-Carías entró en contacto con todos los académicos españoles, y fue de los primeros hispanoamericanos a quien se le publicó un trabajo en la *Revista de Administración Pública*, que tanta influencia ha tenido no sólo en España, sino en todos los países de Hispanoamérica. Veintidós años después de la publicación de un artículo suyo en el N° 42 de la revista, los autores latinoamericanos pueden considerar que se sienten en España como en su casa. Muestra de ello son las muchas ediciones de libros de autores de derecho público de Hispanoamérica que se han editado en España en la última década. Por supuesto, para hacer realidad esta relación de Hispanoamérica con España, contó con la esencial colaboración, de este lado del Atlántico, de toda la pléyade de profesores de Derecho Administrativo de la Península, con los cuales ha desarrollado una amistad personal entrañable.

Especial relevancia tienen sus colaboraciones e intervenciones en las Jornadas Iberoamericanas de Estudios Municipales que se inician en Granada a partir de 1980, organizadas por el Instituto de Estudios de Administración Local, en colaboración con el Departamento de Derecho Administrativo de esta Universidad y, con el patrocinio del Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, por cuya razón el Prof. Brewer-Carías ha asumido el papel de profesor -o aún mejor de Maestro- desde la Cátedra del Paraninfo de nuestra plurisecular Universidad, consolidando el más importante nexo que liga el Derecho Administrativo de España con el Hispanoamericano.

Si Granada tuvo un protagonismo decisivo, a mediados del siglo XIX, en la génesis del Derecho Administrativo español, en frase feliz de mi Maestro el Prof. Mesa-Moles Segura, hoy me atrevo a ampliar esta afirmación, diciendo que nuestra Universidad asume un protagonismo decisivo en la génesis del Derecho Administrativo Hispanoamericano.

En su país, y como tenía que ser, no sólo por la especialización del derecho administrativo, sino por la dinámica de los países de Hispanoamérica como Venezuela, Brewer-Carías no sólo se ha dedicado a la investigación y la docencia, sino que fue designado para el desempeño de cargos públicos de alto nivel en los tres poderes: fue Presidente de la Comisión Presidencial de Administración Pública que diseñó el proceso de reforma administrativa de Venezuela; fue Conjuez y Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia; ocupó el curul de Senador por el Distrito Federal durante tres años, y hoy es el primer suplente de dicho cargo por el mismo Distrito Federal.

En el campo de la docencia es Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela desde 1963, donde además fue por muchos años Jefe de la Cátedra.

En materia de investigación, en 1960, aún siendo estudiante, ingresó al Instituto de Derecho Público bajo la dirección del Profesor Antonio Moles Caubet, uno de esos españoles que tuvieron que ir a América en los años posteriores a la República; Instituto que desde 1978 dirige con acierto. Esa institución es, sin duda, en Venezuela, el centro fundamental de investigación y formación en derecho administrativo, donde ha formado escuela. Por su trabajo allí, ha sido factor clave en la difusión de la jurisprudencia, así como en el perfeccionamiento de la legislación de su país. Así, puede decirse que Brewer-Carías ha intervenido en una forma u otra en la elaboración de todas las más importantes leyes reguladoras de la actividad estatal sancionadas en los últimos quince años.

Fundó hace casi diez años, la Editorial jurídica Venezolana, sin duda hoy, la primera y más sólida casa editorial en materia jurídica de Venezuela y de Hispanoamérica, dedicada a la publicación de obras de autores conocidos y a la promoción de otros menos conocidos. Finalmente, debe destacarse que en 1980 fundó la *Revista de Derecho Público*, de la cual es su Director, que ya lleva 27 números publicados trimestralmente, y que se ha convertido no sólo en la publicación periódica más importante y regular de Venezuela, sino en el centro del desarrollo del derecho administrativo en el país.

Todos esos años de trabajo lo han llevado a comenzar a cosechar de su propia obra. Así, el año pasado 1985 publicó sus *Instituciones Políticas y Constitucionales*, en 2 Tomos, y más de 1.500 páginas, que ha sido calificado por el Profesor Manuel Rachadell como “tal vez el libro más importante que se ha publicado en el país en el campo del derecho público”. Aquí en España está por salir editada por el Instituto Nacional de Administración Pública, su obra *Estado de Derecho y Control Judicial*, y sé que está trabajando en unas *Instituciones de Derecho Administrativo*, para terminar la construcción sistemática de esa disciplina en su país, que inició hace 24 años.

No debo silenciar, en rápida y sintética enumeración, los reconocimientos internacionales que ha merecido la obra de Brewer-Carías, que se manifiestan en su pertenencia a Institutos y Organizaciones Internacionales, entre los que debo destacar:

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya. Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de Bruselas. Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Miembro del Directorio de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino.

Me siento en la obligación de hacer algunas referencias a las disposiciones concretas que se contenían en las primeras Constituciones de la Universidad de Granada que se aprobaron por su Claustro el 6 de mayo de 1542, en relación con sus Doctores y doctandos, y que sintetizo en las siguientes:

-El respeto debido por todos los miembros de la Universidad a los Doctores de este Claustro “y que de ningún modo se rebaje su honor” (Const. 8ª).

-Que los Doctores Teólogos y Juristas preceden en el Claustro a los demás doctores “aunque fueren más modernos en la recepción de grados” (Const. 10ª).

-Sólo pueden acceder al grado en esta Universidad “aquellos que fueren bachilleres o licenciados en la Universidad de París, en la de Salamanca, Valladolid o Alcalá” (Const. 21ª).

-Las especiales solemnidades que han de observarse en la investidura del Doctorado, pues el Rector y el Padrino montados a caballo recogerán al doctorando, junto con el Canciller, y lo llevarán por la Ciudad “con la cabeza descubierta, con vestido talar y corbata de seda”, y tras el examen formal “hágase luego seguidamente un examen jocoso por alguno de los Graduados en la Universidad, y últimamente un elogio formal sobre las virtudes del mismo que ha de doctorarse como se acostumbra a hacerse en actos semejantes”, y cuyo acto recibió la denominación de vejamen (Const. 32.^a).

-Detalladamente se contempla la regulación solemne de la investidura: imposición del birrete, anillo, entrega del libro, ósculo de paz y bendición paternal. (Ib. Const.)...(*omissis*)

Creo que las anteriores citas, entresacadas al azar de las primeras Constituciones de nuestra Universidad, se encuentran entre lo anecdótico y lo nostálgico, entre lo pintoresco y lo categórico, entre la solera y el vino peleón, entre lo caballeresco, en el sentido metafórico y real del paseo a caballo por la Ciudad del Sr. Rector, del nuevo Doctor y de su Padrino, y la hipocresía que supone la prohibición de tener públicamente la concubina en la ciudad de Granada o su término.

Pese a todo, la lectura distendida y comprensiva de nuestras primeras Constituciones, es interesante siempre para Doctores y escolares porque proporciona un amplio sedimento para el recuerdo y la meditación para todo el que sea, y, auténticamente se sienta universitario, en una u otra orilla del Océano o del Mundo, y medite sobre lo que es, y debe de ser la Universidad, ésta y todas las Universidades occidentales, desde su pasado y hacia el futuro, como meditaba Ortega y Gasset, al hablar ante este mismo Claustro, hace 54 años conmemorando el Cuarto Centenario de la *Universitas Granatensis*, y recordemos apenas unas palabras: “Ahora esta Universidad es, en una u otra medida, con una u otra plenitud y precisión, sus cuatro siglos de historia”, y añade más adelante: “El recuerdo es la carrerilla que el hombre toma para dar un brinco enérgico sobre el futuro”. Y también aquella otra frase: “La provincia, la región -y no ignoráis que soy muy regionalista- no representan sustancias históricas; son modificaciones del gran ente nacional que es lo históricamente fundamental. Por eso lo que esta Universidad tiene de tal no es lo que tiene de granadina, sino lo que tiene de española”.

Hoy estamos haciendo un proyecto de futuro desde la Universidad de Granada, desde la Universidad española, relanzando un renovado puente para que la cultura jurídica, y la cultura en general, sea aquella *Universitas* común y compartida de maestros y escolares, de Doctores y alumnos, de docentes y estudiantes que transmiten y reciben un legado milenario en la misma lengua.

Y termino volviendo a la referencia inicial al Prof. Alvar, porque “Granada es siempre un inicio de tradiciones... el milagro de esta Ciudad es ser agua y vida...; dura la voz que da vida al hombre y le impide ser fantasma huidizo... Granada tiene su alma inmortal”, aunque hayamos tenido que comprar con llanto la eternidad de la Ciudad. Granada es agua que se oye, agua para ser oída, en los “Olvidos de Granada” de Juan Ramón Jiménez, O agua nacida repentinamente en las Fuentes de Villaespesa:

*Las fuentes de Granada...
¿Habéis sentido,
en la noche de estrellas perfumada
algo más doloroso que su triste gemido?*

O “Agua oculta que llora”, machadianamente. Granada fluye, silente, con ansia de eternidad, volcando, en borbotones, su alma, de forma contradictoria y generosa, trans-

mitiendo su ser, dándose, porque es una forma de recibir hacia siempre y desde todos, proyectándose desde su intimidad intrínsecamente receptiva.

Así es esta Ciudad, y así queremos a nuestra Universidad, casi medio milenaria, tendiendo puentes de luz y de cultura entre todos los que hablamos la misma lengua, y resumir la riquísima variedad de todas nuestras culturas, la pluralidad de todas las ciencias, haciéndolas síntesis en el mismo crisol del común sentir y del común hablar.

Tratemos de proyectar este sentido de la eternidad hacia la otra orilla del *Mare ignotus*, más allá del *Finis terrae*, para que nuestra Universidad y nuestra Ciudad enriquezcan a aquellas tierras y nos veamos, también enriquecidos -como en el día de hoy con el retorno, más que nueva incorporación- de los indiscutibles valores culturales de allende el océano.

II. PRÓLOGO DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA al libro *Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid 1990

Me honro en prologar este excelente libro del Profesor Brewer-Carías, bien conocido y estimado de los universitarios españoles.

Entre los iuspublicistas hispano-americanos, el Prof. Brewer-Carías ocupa un lugar de primer orden. Es el más brillante de los iuspublicistas formados en la Universidad Nacional de Caracas por el profesor español exiliado Antonio Moles, que acaba de fallecer, tras una larga y fecunda carrera. Brewer accede por ello muy joven al profesorado y emprende una obra sistemática de reordenación de todo el Derecho Público venezolano que asombra por su regularidad, por su ambición y por la seguridad de su criterio técnico, servido por una ágil mente jurídica y por una formación de una amplitud excepcional. Hoy el Derecho Público venezolano, Administrativo y Constitucional, ha quedado conformado en su conjunto sistemático y en partes sustanciales del mismo por las construcciones de Brewer-Carías.

Pero su actuación de jurista no ha quedado limitada al ámbito de su patria. Brewer-Carías ha sido promotor de una toma de conciencia común sobre el Derecho Público en todo el continente y ha animado infatigablemente congresos, seminarios, publicaciones comunes a todos los países del área. Ha visitado a la par todos los países occidentales, acopiando nuevos datos, nuevas publicaciones, nuevas relaciones personales. Finalmente, y coronando su nombradía en todos los ámbitos universitarios, prestigiosas Universidades europeas le han llamado a su seno para explicar cursos de Derecho Comparado, en el que ha pasado a ser uno de los valores universales reconocidos. Así en la Universidad de Cambridge explicó hace dos años un curso sobre justicia constitucional, del que ha resultado un importante volumen, *Judicial Review in Comparative Law*, publicado en los prestigiosos "Cambridge Studies in International and Comparative Law", Cambridge University Press, 1989.

Así también el presente libro, fruto de un curso profesado en la universidad de París 2, en el cuadro de una enseñanza de tercer ciclo dedicada al Derecho Administrativo Comparado.

La doctrina del procedimiento administrativo está ganando nuevas batallas, desde la segunda mitad de este siglo. Baste recordar que en 1946 los norteamericanos dictan su Ley federal sobre la materia, los españoles su nueva Ley de 1958 (la vieja Ley Azcárate de 1889 puede blasonar de preceder a todas), los alemanes la suya en 1976, en fin, aunque no de forma completa y sistemática, los italianos y los franceses más recientemente.

Este libro nos ilustra sobre cómo el mismo impulso está teniendo lugar de una manera resuelta en América Latina y de que sus soluciones aportan perspectivas y criterios de primera significación.

La importancia de esta obra es poner de manifiesto cómo los mismos problemas aparecen en todos los países y son abordados y resueltos con soluciones paralelas. El Derecho Comparado, cuando se maneja con el magisterio bien adquirido y ejercitado por Brewer, hace aparecer un misterioso *ius commune* que no viene tanto de influencias recíprocas, que, naturalmente, también existen (por ejemplo: puede señalarse una corriente clara de influencia de la Ley española de 1958 sobre algunos países hispanoamericanos), como, sobre todo, de que, al fin, las soluciones de los problemas jurídicos se

ordenan alrededor de unos cuantos principios comunes, capaces de alumbrar un repertorio no demasiado extenso de soluciones “tópicas”, en el sentido de Theodor Viehweg.

Brewer ahonda así, con su visión panorámica y omnicomprendensiva, los principios generales del procedimiento administrativo y ofrece multitud de sugerencias provechosas para el perfeccionamiento de cada uno de los sistemas nacionales que estudia, entre ellos, por supuesto, el nuestro. Los redactores de un texto revisado de nuestra Ley de 1958, que no acaba de ser puesto a punto, desde hace por lo menos diez años, encontrarán por ello en este libro muchas sugerencias inmediatamente útiles.

Pero también el aplicador del Derecho podrá localizar en este ambicioso estudio muchas pistas para abordar y solucionar problemas específicos. Los buenos libros de Derecho, como es el presente, son siempre fecundos no sólo en el plano de los grandes principios, sino también en el de las aplicaciones prácticas, pues toda teoría en Derecho se acredita justamente en sus consecuencias regulativas finales, que es el propio de toda técnica jurídica.

Agradecemos al Prof. Brewer-Carías su excelente trabajo, que pone al día un capítulo esencial del Derecho Público contemporáneo, con una amplitud de conocimientos que sorprende y un criterio seguro y riguroso, de forma que aprovechará con seguridad a los juristas de muchos países.

III. DISCURSO DEL PROFESOR PEDRO NIKKEN en el acto del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causae* de la Universidad Católica del Táchira, 1992

I

Quando el Claustro se reúne para recibir en el seno de la comunidad universitaria a un nuevo miembro por razones de honor, ocurre un hecho de profunda significación moral. No se confiere un diploma para formalizar la culminación exitosa del tránsito por las aulas, bibliotecas y laboratorios de la Universidad. Se otorga un doctorado para honrar a quien lo recibe, en nombre de la Universidad, y para honrar a la Universidad con el nombre del recipiendario, inscrito ahora en el más destacado cuadro del alma mater.

Un acto de esta naturaleza expresa una síntesis de vida. Toda la obra del profesor Brewer-Carías, del abogado Brewer-Carías, del ciudadano Brewer-Carías, de Allan Randolph Brewer-Carías está en el diploma que el Rector hoy pone en sus manos. La virtud, el trabajo, la creación, la dedicación de una vida a la ciencia jurídica, y al progreso de Venezuela dejan en un instante de ser la visión de un pasado vivido con máxima intensidad y se vuelcan en un título académico, en el cual se recogen para un presente imperecedero los merecimientos acumulados a lo largo de la vida. Su vida entera, profesor Brewer-Carías, está en ese diploma. La Universidad le dice que la ha vivido usted como tiene que ser. ¡Y vaya que es usted digno de ello!

Especialmente cuando este reconocimiento emana de una Universidad como la que nos acoge. Su prestigio académico es notorio en la región y se encuentra ampliamente establecido en el medio universitario nacional, donde sus autoridades, y particularmente el Rector Del Rey, gozan del mayor respeto y de atenta audiencia. No por ser católica, aunque también por serlo, esta Universidad tiene la fuerza moral de una institución que se dedica fielmente a la búsqueda de la verdad y al afianzamiento de los valores trascendentales del hombre, dentro de un definido espíritu de democracia, de justicia social y de solidaridad humana.

Esa fuerza moral está presente en el diploma que hoy se otorga.

II

Profesor titular de la Universidad Central de Venezuela, Allan Randolph Brewer-Carías ha ejercido la docencia y la investigación con vocación sin parangón y deja una huella insuperable como universitario. En las aulas, el reiterado testimonio de sus estudiantes lo ha colocado siempre entre los profesores más respetados y apreciados. No ha sido un profesor de paso por la Universidad. Se ha esmerado siempre en estimular a los alumnos a ser mejores y a los mejores a ser óptimos. Su consejo, su dirección académica personal, su estímulo y su capacidad para trabajar en equipo han sido aprovechadas por un sinnúmero de estudiantes de Derecho que son hoy en día verdaderos discípulos

de Brewer. De nuestra generación universitaria, es él quien con mayores e indiscutibles credenciales puede preciarse de haber creado una escuela jurídica.

Su dedicación a la investigación científica ha producido resultados próximos a lo inverosímil. A pesar de su todavía corta edad es ya el más fecundo escritor jurídico que ha conocido Venezuela, con sesenta libros -varios de los cuales han sido galardonados- y más de doscientas cincuenta publicaciones en revistas especializadas. Esto significa un promedio de dos libros y ocho artículos por cada año de trabajo desde que recibió el título de abogado en 1962. Esa enorme producción justifica, de manera concluyente, el Premio Nacional de Ciencia que le otorgó el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas en 1981.

Su obra jurídica ha sido el cimiento de un merecido prestigio internacional que lo ha vinculado con muy destacadas instituciones académicas del mundo. Ha sido profesor en las Universidades de Cambridge (Inglaterra) y de París II y de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (Estrasburgo), así como del Instituto Internacional de Administración Pública, de París.

Entre otros cargos de significativa relevancia internacional, es Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas y miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

No contento con su propia producción, y la que estimuló como miembro prominente y Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, ha promovido el esfuerzo editorial privado más vasto que jamás se haya hecho en el ámbito del Derecho en nuestro medio. La Editorial Jurídica Venezolana es la más destacada editora de libros jurídicos que ha existido en el país.

En este esfuerzo, que abarca todas las ramas del Derecho y comprende lo mismo monografías que manuales de estudio, jurisprudencia y legislación, destaca la revista de Derecho Público, de la cual el profesor Brewer-Carías es Director, y que es un excepcional ejemplo de continuidad, en tiempo, criterios y calidad, verdaderamente inusitado en un medio que, como el nuestro, más bien se caracteriza por no poder sostener con regularidad publicaciones científicas periódicas.

Es justo, entonces, afirmar que, por sí sólo, Allan Randolph Brewer-Carías es un fenómeno cultural dentro de la historia del Derecho en Venezuela. Este hecho sería ya bastante para justificar este acto académico. Pero sobran todavía las credenciales.

Quienes hemos tenido el privilegio de compartir con el profesor Brewer-Carías la vida universitaria, podemos dar testimonio de una trayectoria que desborda la docencia y la investigación. Fue siempre un dirigente de la comunidad universitaria, en el más digno de los sentidos, defensor indolegable de los valores de la institución. De la libertad creadora del espíritu. De la búsqueda de la verdad sin cortapisas. De la autonomía y la democracia universitarias, en virtud de las cuales su conducción ha de estar libre de factores externos de perturbadora interferencia, y donde deben ser los méritos, el valor académico y la competencia profesional, los únicos motores de promoción. Ha sido un universitario activo, valiente y, llegado el caso, polémico, como lo ha sido también el ciudadano.

III

Porque, en verdad, señores, no es sólo la obra intelectual del nuevo Doctor Honoris Causa lo que aquí está presente. Como lo dijo Anatole France,

*Se puede dudar de todo lo que se ve,
pero no de las palabras de un hombre honrado.*

Allan Randolph Brewer-Carías es, por sobre todo, un ciudadano honrado y luchador, que no se ha contentado nunca con dejar para la pátina de las bibliotecas o de la historia sus ideas sobre el Estado y el Derecho en Venezuela, sino que ha buscado en todo momento la fórmula para exponerlas y debatirlas. Como Presidente de la Comisión de Administración Pública entre 1969 y 1972 y aún antes, fue un adelantado de la Reforma del Estado Venezolano; un defensor de la democracia, crítico de sus instituciones. Varias de sus obras están consagradas específicamente a este tema, entre las cuales destaca, el *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela* (Madrid, 1975), premiado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela.

Además, como Individuo de Número de la misma Academia de Ciencias Políticas y Sociales, infatigable conferencista y hombre siempre presente en los medios de comunicación, ha sido un oportuno, respetado y persistente mentor de la opinión pública sobre el tema de la reforma política.

En la ya mencionada obra *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, el profesor Brewer-Carías hacía la siguiente consideración sobre el Estado y la democracia en la Venezuela de 1975, la cual parece de estremecedora actualidad:

... será necesario despojarse de los modelos dogmáticos que se nos han querido imponer durante tantos años y, al contrario, deberán adoptarse posiciones más realistas y pragmáticas de manera que se pueda hacer la verdadera opción por el desarrollo frente al estancamiento. La experiencia ya nos demuestra que la alternativa no está en la lucha armada, como se nos ha querido señalar y tal como los fracasos recientes evidencian, siendo, por otra parte, irrepetible la vía cubana. La ausencia de democracia y de objetivos fundamentales de desarrollo social, deben contribuir a descartar la sola vía del crecimiento económico autoritario (desarrollismo) que algunos países intentan. Por otra parte, aun en aquellos casos en los cuales se ha realizado un esfuerzo nacionalista considerable en el campo del desarrollo económico y social, pero por la vía militarista, la ausencia de democracia política hace que dicha vía también deba descartarse... (omissis). La democracia, al contrario, es la verdadera vía válida hacia el cambio, y lo que está planteado es su verdadera realización en nuestros países.

De allí que el objetivo fuera:

...la reforma y transformación del Estado para la configuración del *Estado democrático y social de Derecho* en Venezuela, de manera que, a través del fortalecimiento y transformación de sus instituciones políticas, administrativas y jurídicas, pueda ser un efectivo instrumento de desarrollo, y mediante la consolidación de su autonomía relativa, pueda, además, escapar a las presiones interesadas de los grupos económicos dominantes, actuando, al contrario, en beneficio de las mayorías nacionales.

Ha sido un pertinaz denunciante de los vicios de la democracia de partidos y un promotor de la inexcusable reforma del sistema electoral y del régimen de los partidos, para devolver a nuestra democracia la cuestionada legitimidad que hoy ha hecho crisis.

Ha cumplido un sostenido esfuerzo contra el centralismo que desdice de nuestro pasado federal y colocó a la provincia en una absurda subordinación burocrática, en todos los ámbitos, a las camarillas gubernamentales de Caracas.

Ha señalado, repetidamente, los vicios de nuestra administración de justicia, no sólo en las corruptelas que tan a menudo se generalizan irresponsablemente ante la opinión pública, sino en la debilidad crónica que aqueja al Poder Judicial, producto de la incomodidad que una justicia fuerte e independiente acarrea a quienes aspiran a ejercer hegemonía, y arbitrariamente el poder político o el poder económico, cuando no ambos.

Ha sido un tenaz defensor de los derechos humanos y de la adopción de medios judiciales idóneos para protegerlos. Los derechos humanos son la razón de ser de la democracia y del Estado de Derecho. Las violaciones de las que ellos son objeto en variados ámbitos del ejercicio del poder público y, sobre todo, la indolencia oficial que tradicionalmente se ha mostrado frente a la garantía de los mencionados derechos a la que está obligado el Estado, constituyen hoy la razón más profunda del cuestionamiento del régimen político.

En verdad, no pocas de las luchas del ciudadano Brewer-Carías, y de otros muchos, han fructificado en tiempo reciente. La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales es una realidad, en cuya gestación tuvo un papel principalísimo el doctor Brewer-Carías, como senador suplente por el Distrito Federal, incorporado a la Cámara para ese fin. La reforma electoral que introduce la uninominalidad, aun cuando todavía es objeto de polémica, ya ha sido aprobada y estará en vigencia para las próximas elecciones legislativas. La elección popular de Gobernadores y Alcaldes, se enmarcan dentro de un régimen plagado de resabios de centralismo, ha sido un experimento positivo y un paso adelante en la reconstrucción del federalismo.

IV

Muchas de estas reformas, con todo, llegan tarde o son demasiado tímidas, incompletas o inconexas. Años de interminables trabajos en la llamada Comisión para la Reforma del Estado, han producido resultados bien magros, no obstante la elevación a Ministro de Estado del Presidente de dicha Comisión y el protocolo solemne del Salón Elíptico donde se hizo una suerte de juramento sacramental para la transformación de las instituciones, que no pasó de ser el preámbulo de un nuevo desengaño. Igualmente tarde parece haber llegado el debate sobre la reforma constitucional en el Congreso, que se ha preparado por más de dos años y que se inicia en un clima de cuestionamiento del sistema político y de la legitimidad y representatividad del Parlamento.

Parte de la gran significación que tiene este acto proviene de que tiene lugar cuando Venezuela atraviesa por un trance dilemático, producto de una profunda crisis política y de una no menor crisis moral. Es la encrucijada del fin de siglo, donde ha surgido un activo cuestionamiento de las instituciones.

Tras años de descontento, cuyas manifestaciones eran pasivas o esporádicas, la crisis militar de febrero pasado produjo como efecto inesperado una movilización general del país. Una visión superficial podría identificar esa nueva realidad con un movimiento de protesta contra el gobierno o el régimen político. Creo, sin embargo, que esa protesta no es más que la expresión de lo que está en el fondo, incluso inconscientemente, de todos

estos acontecimientos: abstracción hecha de las causas próximas de esos hechos, lo que ha venido ocurriendo es una movilización del pueblo en defensa y reclamo de sus derechos humanos, frente a un Estado indolente que se ha olvidado de ellos. De sus derechos económicos, sociales y culturales y de su derecho a la participación política.

Esta movilización es un hecho fascinante, aun cuando contenga un potencial enorme de peligro para la libertad y el régimen de Derecho, en cuanto se ha definido más en la protesta que en la construcción de un nuevo modelo. La crisis política cuestiona los vicios del sistema.

Nuestro régimen político ha ido degenerando. En lugar de avanzar, hacia formas más perfectas de democracia se ha convertido a la nuestra en un sistema con características autoritarias, además de ser ineficiente y corrompido.

Se trata de una democracia autoritaria, porque se agota, en la convocatoria a unas elecciones y éstas a su vez son un mero medio para la toma del poder, sólo accesible para partidos dotados de fuerte organización y respaldo financiero. Porque la representación democrática ha perdido legitimidad. Porque no existen medios reales para controlar el ejercicio del poder, de tal modo que la corrupción y los abusos contra los derechos humanos permanecen generalmente impunes. Porque todas las decisiones son verticales. Lo mismo en el campo político que en el económico sólo los poderosos deciden y sólo los poderosos compiten. Porque las manifestaciones de protesta son, a menudo, reprimidas con una violencia desproporcionada, que ha llegado a cobrar varias vidas de adolescentes y que recuerda los métodos propios de las dictaduras más repudiadas.

Se trata de una democracia ineficiente. Porque la mayor parte de los hechos creados en los últimos años por los gobiernos venezolanos han acarreado sensibles desmejoras en el nivel y la calidad de la vida de las clases medias y populares. Peor aún, los problemas económicos no alcanzan a resolverse a pesar de los sacrificios sociales impuestos a la mayoría. Porque no se ha manifestado mayor sensibilidad ante el agravamiento de los derechos económicos, sociales y culturales de la mayoría. Al empobrecimiento general se une el deterioro de los servicios públicos elementales. Porque la inseguridad personal ha aumentado sensiblemente. Porque se han hecho compromisos con entidades internacionales dentro del precario marco de la deuda externa, en virtud de los cuales se abdicar numerosas atribuciones que en un Estado soberano pertenecen al dominio reservado de éste.

La emoción del pueblo, movilizado en la defensa de sus derechos, contrasta con la ineptitud de nuestra clase política para dar un cauce apropiado a las aspiraciones populares y abrir los espacios apropiados para que ellas se expresen por sí mismas.

En ese contexto, el profesor Brewer-Carías, o más exactamente, el ciudadano Brewer-Carías, ha defendido con todo calor la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, previa la reforma necesaria que cree dicha institución.

La convocatoria a la Constituyente es la más ventajosa fórmula para la reforma del sistema político. Primero, porque permite la discusión de la nueva Constitución por un cuerpo elegido sobre una base sustancialmente uninominal y especialmente para ese fin. Esto debería satisfacer el reclamo de legitimidad planteado por diversos sectores del país. Segundo, porque se abre campo para que sectores importantes no representados en el actual Congreso participen en la elaboración de la nueva Constitución. Tercero, porque oxigena al sistema político, cuyos órganos actuales están evidentemente desgastados. Además, se dispondría de más tiempo para discutir la reforma constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente significa, por sí misma, un respiradero. No tendría,

como el Congreso actual, que lanzarse en un debate de pocas semanas, abierto a todo tipo de maniobras por parte de aquellos que están tratando de cuidar su parcela de intereses, el cual probablemente será un nuevo espectáculo decepcionante para el pueblo de Venezuela. Sin desaprovechar, desde luego, los trabajos realizados en el Congreso durante los últimos años, la Constituyente dispondría de varios meses para discutir las reformas y abrirse a la participación de sectores que no han tenido la oportunidad de hacerlo en el trabajo parlamentario.

Hay algo que debemos tener todos presente en este momento crucial, en el cual la legitimidad de los órganos del poder público está cuestionada y, en buena medida, justamente cuestionada: No hay derecho a que la nueva Constitución sea decidida por un Congreso en el que están presentes muchos de los que han venido boicoteando las reformas al sistema político y que son los principales responsables del deterioro de nuestra democracia. ¿Por qué ha de ser el país del pasado el que defina al país del futuro? Si la legitimidad del Congreso está cuestionada como Parlamento, ¿por qué no ha de estar la si actúa como Constituyente?

Esta idea, difundida con el mayor vigor por todo el país por el doctor Brewer-Carías, ha tenido alta acogida en los más variados sectores de la sociedad civil, pero ha sido ignorada y rechazada por la mayoría del sector partidista. Sin embargo, falta aún mucho por debatir, y la fuerza de la opinión pública, puede imponer las razones sobre las sinrazones. La cruzada del doctor Brewer-Carías, con la que me identifico plenamente, puede hacer suyo lo descrito por Celaya como “El último recurso”:

*Cuando os digan: “Caridad”; vosotros decid: “Justicia”
 porque pedís lo que es vuestro,
 no descanso de conciencia para los que dormitan.
 Cuando os digan que el problema va a estudiarse,
 salid gritando a la calle
 las razones que los justos llamarán irracionales.*

V

El dilema presente no se agota, con todo, en una crisis política. Más aún, la reforma del sistema, por profunda y bien llevada que sea, no basta para resolver lo esencial de nuestros problemas.

Debemos reconocer que padecemos también una crisis moral que ha envilecido nuestras instituciones y ha afectado nuestro modo de vida. No me refiero sólo a lo que conocemos como el fenómeno de la corrupción, en virtud del cual se han hecho enormes fortunas bajo la cobertura del Estado y a sus expensas, con graves consecuencias para el futuro del país. No tan sólo a la ineptitud general de los mecanismos legales y sociales para reaccionar debidamente frente a esas corruptelas a fin de sancionarlas y erradicarlas.

Algo tan grave, si no peor, es la permisividad generalizada que hace que nuestro país sea uno donde no hay reglas escritas o no escritas que se interpongan en el camino de quienes, dotados de poder, se proponen alcanzar un objetivo o proteger una parcela de intereses, por mezquinos que sean. No hay nada que los contenga, ni el derecho ajeno, ni la propia vergüenza, ni la Ley de Dios, ni la ley de los hombres, ni el bien común, ni

la verdad, ni la mentira, ni nada. Se utiliza a Venezuela como el país donde nada es seguro, salvo que todo es posible. Peor aún, se intenta con frecuencia generalizar el concepto de que somos una suerte de madriguera de bellacos de distinta apariencia y pelaje pero, en el fondo, todos iguales.

Este es un puro producto de las camarillas que, con el difundido nombre de “cogollos”, han venido operando en sectores importantes de la política, el sindicalismo y el empresariado venezolanos. Esas camarillas van construyendo sus propias reglas de juego, en forma tal que se separan insensiblemente, pero inexorablemente, de las de la sociedad civil, hasta que entran en conflicto con ella. La verificación de la existencia de esas reglas de juego acaso produzca, en el hombre bueno y común, una primera reacción de estupor. Ya decía Lope de Vega:

*Y solamente no entiendo
Cómo se sufre a sí mismo
Un ignorante soberbio.
De cuantas cosas me cansan
Fácilmente me defiendo;
Pero no puedo guardarme
De los peligros de un necio.*

Lope de Vega. “Romance”.

Son peligros frente a los cuales, desde luego, el desdén es también una reacción válida. Cien años más tarde, Iriarte apuntaba:

*Guarde para su regalo
Esta sentencia un autor:
Si el sabio no aprueba, ¡malo!
Si el necio aplaude, ¡peor!*

Tomás de Iriarte. “El oso, la mona y el cerdo”.

Esto, sin embargo, no basta. Dentro de esa fascinante y sobrecogedora movilización individual y social que se ha vivido en Venezuela en los últimos tiempos, un reclamo mayor es olvidar el desdén y pasar a los hechos. No lleva a nada la protesta solamente pasiva. La recuperación ética debe ser reclamada en todo momento, promovida en todas partes, recordada en toda ocasión.

Actos como éste impugnan esa crisis moral. Un doctorado como el que hoy se otorga, que tiene por causa el honor, es el enaltecimiento del trabajo, de la inteligencia puesta al servicio de la cultura, de la ciencia jurídica, teniendo por norte la defensa y realización integral de los derechos humanos, de la devoción y la fidelidad a los principios, y de la impasible rectitud de Allan Randolph Brewer-Carías.

Doctor Brewer:

Todos aquellos que entienden la docencia como un acto de amor, en el que el profesor deja lo mejor de sí a sus alumnos hasta que llegan a ser sus discípulos; todos los que reclaman de nuestras universidades mayor cantidad y calidad en su producción científica; quienes creen que los valores inherentes a la dignidad humana deben ser el norte de la organización social; quienes impugnan las manifestaciones del poder político o económico ofensivas de esa dignidad; los que urgen reformas para que la justicia sea inde-

pendiente, proba, eficiente y accesible a todos por igual; quienes tienen a la libertad como un sagrado derecho y al Derecho como su único límite; quienes fundan la democracia sobre los derechos humanos e impugnan la pretensión de las camarillas de conculcar el derecho que todos tienen a un espacio en ella para expresarse; los que sostienen los derechos locales y regionales frente a la voracidad centralista; quienes promueven el debate como una expresión de la democracia, pero en paz; todos, en fin, los que transigen en colocar el imperativo de la virtud por encima de cualquier interés; todos ellos tienen razones para celebrar la distinción que hoy se le ha conferido. Usted los representa.

Este Doctorado Honoris Causa lo compromete a continuar por el mismo camino. Sin vacilar, siga usted adelante.

Señores.

IV. PREFACIO DEL PROFESOR LUCIANO PAREJO ALFONSO al libro *la Ciudad Ordenada con motivo del conferimiento del Doctorado Honoris Causae de la Universidad Carlos III de Madrid, 1996*

El día 3 de octubre de 1996 fue investido el Profesor Brewer Carías, durante el solemne acto de apertura del curso académico y en presencia del claustro académico, Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid, recibéndolo ésta formal y plenamente en el seno de su comunidad científica. Culminaba así una iniciativa del Área de Derecho Administrativo que, asumida sin reserva alguna por el Consejo del Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, fue en su momento sancionada -tras su favorable acogida por la Comisión de Gobierno y la pertinente propuesta por parte del Rector- por acuerdo unánime de la Junta de Gobierno de la Universidad, que permitió el correspondiente nombramiento rectoral.

Es evidente que un reconocimiento de tal significación y alcance es manifestación de profundas y sólidas raíces. La relación del Profesor-Brewer Carías con la Universidad española en general tiene, en efecto, larga data, que se remonta a varias décadas de colaboración activa y fructífera. No puede sorprender, pues, que, nada más nacer la Universidad Carlos III de Madrid y crearse en ella el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, el Profesor Brewer Carías pasara a formar parte de su Consejo Científico.

El libro que ahora ve la luz, en el marco de la principal de las colecciones del citado Instituto, es fruto de una dilatada y concienzuda investigación sobre la que versó precisamente el discurso de investidura pronunciado por el Profesor Brewer-Carías, entregado con generosidad con ocasión del acto de incorporación al claustro en renovada muestra del espíritu de colaboración y de participación activa en el quehacer universitario que le anima.

Como es natural existe también un trasfondo de relaciones personales con quienes hemos tenido la fortuna de compartir con el Profesor Brewer, a lo largo de mucho tiempo, anhelos y proyectos comunes y de trabar con él sincera y verdadera amistad. Para todos ellos, estoy seguro, y desde luego para mí, el acto de homenaje que representa la investidura aludida produce muy honda satisfacción, por rendir tributo a una vida, labor y obra científicas, cumpliendo, además, el anhelo del sentimiento personal, cargado de admiración por la persona y el universitario.

Cumple esa amistad en mi caso felizmente ya más de dos décadas, con un “debe” intelectual y afectivo por mi parte que nunca ha cesado de crecer. Conocí al Profesor Brewer con ocasión de la invitación que cursó a un nutrido grupo de profesores españoles, maestros todos ellos ya del Derecho Administrativo (al que generosamente se me añadió a pesar de mi bisonñez y a la sazón insuficiente grado académico) para participar, en Caracas, en un importante seminario internacional de urbanismo. Este dato da cuenta ya de una de las múltiples facetas de la rica personalidad del Profesor Brewer: su constante e incansable actividad en pro del contacto de su país con las corrientes del pensamiento jurídico-público del resto de América y de Europa y del enriquecimiento de la Universidad y el Derecho venezolanos a través del intercambio intelectual; especialmente, así debe resaltarse, en pro del diálogo bilateral e interactivo con España y los

españoles, en los que siempre ha lamentado -no sin alguna razón- cierto despegue al respecto.

El *cursus honorum* del Profesor Brewer es, en efecto, impresionante, cualitativa y cuantitativamente, pero también por la diversidad de las actividades, que dice de su curiosidad, inquietud y dinamismo. Exponerlo ahora, siquiera sea en resumen, sería labor prácticamente imposible.

Baste con destacar los datos más sobresalientes en tres órdenes: docente, investigador y público o político.

Por lo que hace al primero: en su calidad de Profesor de Derecho Administrativo por concurso en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela desde 1963, ha sido también Profesor en muchas Universidades venezolanas y extranjeras, entre las que merecen ser destacadas -el Profesor Brewer calificaría esta selección de eurocentrista, reprobándola- Cambridge, París y Aix-en-Provence.

Pero para dar una cabal idea de la proyección alcanzada por el Profesor Brewer quizás sea más adecuado señalar su condición de Profesor Honorario de la Universidad del Rosario (Argentina); de la del Externado y la Javeriana, ambas de Bogotá (Colombia); Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México; miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela), y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia; miembro de número de las Academias de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y de la Internacional de Derecho Comparado (en la que ocupa la Vicepresidencia), así como de reconocidos Institutos internacionales como el de Ciencias Administrativas (de la que fue Vicepresidente en los años 1971 a 1977), el de Derecho Administrativo Latino (en la que ocupa la Presidencia desde 1981), el Interamericano de Derechos Humanos y también de no menos importantes Asociaciones como la Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, de Derecho Comparado (en la que ocupó la Presidencia desde 1981 hasta 1985) y la Asociación Latinoamericana de Administración Pública (de la que es fundador y ha sido Secretario). Y, por último, pero no precisamente en importancia, Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada (España).

La significación adquirida por su persona y su obra en su propio país se evidencia, finalmente, en la institución por las Universidades Católica Andrés Bello y Católica del Táchira, con su nombre, de sendas Cátedras de Derecho Administrativo y de Estudio e Investigación del Derecho público, respectivamente, cuyo primer titular es el propio Profesor Brewer.

En el orden de la investigación, sólo sus obras “mayores” alcanzan la cifra de 88 libros y 281 artículos, publicados en tres idiomas (español, francés e inglés) y en cuatro países (Venezuela, Colombia, España, Francia e Inglaterra). Estas obras abordan desde luego los problemas nucleares del Derecho público, entre los que figuran en todo caso los de porte constitucional, pero también todos los temas centrales de la ciencia jurídico-administrativa. No obstante, mención especial merece la por ahora última de sus obras: las Instituciones Políticas y Constitucionales. El plan de esta obra de madurez sobre el régimen constitucional ilustra, por su ambición, la que impregna la vida y el esfuerzo científicos del Profesor Brewer.

La dimensión pública o política no es menos rica. Ha desempeñado la Presidencia de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (años 1969 a 1972) y el Ministerio de Estado para la Descentralización (años 1993 a 1994). Pero

también -al margen del poder ejecutivo- ha sido Senador Suplente por el Distrito Federal, miembro suplente del Consejo Supremo Electoral (desde el año 1979 a 1984) y Juez y Magistrado de distintos órganos jurisdiccionales, entre ellos de la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (años 1979 a 1984).

Pero, aun cuando sin duda estos signos externos de reconocimiento -y otros muchos que deben dejar de mencionarse- sean de por sí suficientes para dar expresiva cuenta del perfil de la figura glosada, mayor interés y eficacia a tal efecto tiene el desvelar los valores de fondo que la animan y se manifiestan en su trayectoria personal, académica y profesional.

En la persona del Profesor Brewer se encarna sin duda el modelo, primero, de universitario prendido de la curiosidad, entregado al estudio y la reflexión críticas, abierto siempre a la renovación y la propia superación, tan firme en la defensa de las propias posiciones como atento a y respetuoso con las posiciones de los demás, generoso en la dación de sí mismo y generador de inquietudes y vocaciones, y, en tal condición, el modelo también, después, de iuspublicista integral, que no se encierra -defensiva y cómodamente- en la almena del *deber ser* para eludir el necesario compromiso con la realidad social de su tiempo y la preparación de un porvenir mejor a las generaciones futuras.

Estamos, en efecto, ante un jurista que pertenece a los que ven el Derecho no como un fin en sí mismo, en cuyo campo pueden alzarse sin riesgo -el riesgo será ya de otras- las construcciones más sutiles y acabadas, sino, más modestamente, como instrumento de la razón humana para el más justo gobierno de los hombres, el arreglo concreto posible de los problemas de la convivencia, y, por tanto, instrumento cultural e histórico para el progreso de ésta en la razón. Se comprende así que la clave sea precisamente el hombre mismo, pero en modo alguno en calidad de abstracción, sino encarnado en la historia y viviendo en el seno de una concreta sociedad, de la que es inescindible.

Estamos, pues y aunque a muchos pueda sonar paradójico, ante un jurista del poder público movido por el valor de la libertad, pero de una libertad en sociedad. Igual que frente a los terribles de ayer cabe seguir oponiendo hoy a los absolutismos dogmáticos el lúcido juicio de Fernando de los Ríos: descartan la raíz misma del liberalismo y están en pugna con toda la evolución que, superando la ingenua doctrina del progreso del XVIII -que estimaba agotables los contenidos de la libertad-, concibe ésta como un juicio al que en cada momento se le va añadiendo un predicado (¿Libertad? ¿de qué? -decía Hartmann), de suerte que la libertad aparece en cada instante con una misión concreta y real que satisfacer, ahora y aquí, sin perjuicio de que -además sea como una asíntota: algo a que nos aproximamos siempre sin poderlo alcanzar jamás.

La libertad por la que ha luchado y seguirá luchando el Profesor Brewer como hombre del Derecho es, pues, la *libertad de* que corresponde a este momento, libertad en sociedad, que requiere de la solidaridad y, por tanto, de la autonomía individual como de la acción del poder, la comunidad. Así lo exige la visión integral del hombre, cuya dignidad está hoy en gran medida en manos de la sociedad.

Por eso mismo el frente de lucha no está sólo en las aulas y los libros, se extiende también, además de al foro, al ejercicio del poder público. En todos esos campos se ha batido el Profesor Brewer por la libertad real, no meramente formal; de todos y no de unos pocos.

No es, pues, poco lo que de valor un venezolano hace hoy presente entre nosotros, recordándonos su profunda raíz hispana y su arraigo y desarrollo americanos, con el mis-

mo espíritu fecundo con el que los peninsulares Picornell, Cortés de Campomanes, Lax y Andrés -venidos desterrados a la Guaira del fracaso revolucionario y fantasmal de la noche de San Blas de 1795- sirvieron en su día de catalizadores de las ambiciones de libertad e igualdad -libertad real, dignidad humana para todos- que ya anidaban en la sociedad de la actual Venezuela. No es casualidad, en efecto, ni que las tempranas Ordenanzas-Constituciones, debidas a la pluma de Picornell y que influirían en Miranda y Bolívar, que matizan poderosamente el ideario revolucionario de la época con reformas económicas basadas en la idea de la superación de la libertad formal por la libertad real en la igualdad (“igualdad natural entre todos los habitantes de la Provincia y Distritos; y se encarga que entre blancos, indios, pardos y morenos reine la mayor armonía, mirándose todos como hermanos..., procurando aventajarse sólo unos a otros en mérito y virtud, que son las dos únicas distinciones reales y verdaderas que hay de hombre a hombre, y habrá en lo sucesivo entre todos los individuos de nuestra república”), ni que en el doloroso proceso de nacimiento de la actual nación venezolana se hayan mezclado la revolución política (la conquista de la independencia, es decir, de la libertad-autonomía) con la revolución social (la conquista de la dignidad personal y social, la libertad real en la igualdad) y “venezolanos modernos”, de corazón y aliento ya de la Venezuela-nación emergente, y “venezolanos antiguos” y también peninsulares (e isleños), aún pertenecientes al viejo mundo de la Monarquía hispano-americana, hijos todos de la misma cultura.

No es casualidad por tanto, que un venezolano de hoy como el Profesor Brewer, que -por serlo- no reniega de la raíz común de ambos mundos, nos devuelva ahora a los españoles, en la obra que nos ofrece, la conciencia de la filosofía -el poblamiento- de nuestra mayor empresa y contribución a la civilización occidental, en aspecto tan significativo, además, como la organización del asentamiento de la población y el gobierno del territorio a través de la ciudad regular y ordenada. Como él mismo señala, “ningún país del mundo, en toda la historia de la humanidad, ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un período de tiempo tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como España lo hizo en América”, siendo de admirar -añado yo ahora- la claridad y consistencia del concepto urbanístico empleado, la cuadrícula, que ha resistido el paso del tiempo y aún confiere su estructura al casco urbano tradicional a lo largo y ancho del territorio americano, imprimiéndole a todo él el sello de una misma cultura. La trascendencia de tal concepto es clara pues sin él no se entiende ni el inmediato florecimiento en suelo americano de una intensa vida cultural y política propia, ni el edificio de gobierno político-administrativo capaz de articular tan vastos y diversos territorios.

Con entera independencia del enorme interés histórico, y no sólo en el ámbito urbanístico, intrínseco a la obra, su oportunidad es clara en un momento en el que los españoles, enfrascados en las urgencias del momento, parecemos dudar de nuestro propio acervo cultural en punto tan capital como la organización de la utilización del territorio y, especialmente, de la creación y la gestión de la ciudad y estar dispuestos a cualquier renuncia en aras de unas exigencias del modelo económico, cuya validez al efecto están aún por demostrar.

**APRECIACIÓN SOBRE LAS CONTRIBUCIONES
INTELECTUALES, PROFESIONALES Y CÍVICAS DEL
DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS**

*Wilburg Jiménez Castro*¹

Rector de la Universidad Alma Mater de Costa Rica

Escribir en pocas páginas sobre las excelentes contribuciones intelectuales de mi distinguido amigo por más de treinta y cuatro años, Dr. Allan R. Brewer-Carías, es para el suscrito un gran honor y, además un enorme reto, entre otras razones por ser diferente mi formación profesional a la de él: connotado jurista, cuando la mía a nivel de grado fue en Administración de Negocios y Contaduría Pública, y la de posgrado primero en Estadística Demográfica, luego en Administración Pública y posteriormente en Economía.

Siendo neófito en el amplio y rico campo del Derecho que el Dr. Brewer-Carías domina a la perfección, como parte de mis estudios de posgrado tuve que cursar y aprobar algunas materias obligatorias, entre ellas: Derecho Financiero y Tributario, Derecho Comercial, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Laboral, cuyos principios me han sido muy útiles en el ejercicio de mi vida profesional de cincuenta y seis años, en ámbitos costarricenses y latinoamericanos, por mi relación laboral con instituciones públicas costarricenses durante dieciocho años, cincuenta y cinco años paralelos en la docencia universitaria y dieciséis años en el campo internacional, en diversos países de nuestra querida región latinoamericana.

Tuve el privilegio de iniciar relaciones profesionales con el Dr. Brewer-Carías, las cuales se convirtieron muy pronto en magnífica camaradería y sincera amistad, por sus valores humanos y la coincidencia en enfoques sobre las necesidades de reestructurar nuestras administraciones públicas, haciéndolas más eficaces y eficientes, más participativas de las bases democráticas de la sociedad, por el perfeccionamiento de la descentralización territorial, más oportunas en la prestación de sus servicios al pueblo, etc.

Esto aconteció en los últimos días de los sesentas, sirviendo él con donaire la Presidencia de la Comisión de Administración Pública (CAP) de Venezuela, con la valiosa colaboración de los Drs. Manuel Rachadell y Nelson Socorro -entonces Directores de la Escuela Nacional de Administración Pública y Director Nacional de Organización- y de un excelente grupo de jóvenes profesionales, con mística.

1. Rector de la Universidad Alma Mater de Costa Rica; Catedrático y Profesor Emérito de la Universidad de Costa Rica; ex Decano y Miembro del Consejo Universitario de esa institución de educación superior; ex Ministro de Planificación Nacional y Política Económica; ex Viceministro y Ministro a. i. de Relaciones Exteriores y Culto; ex Director Administrativo de la Presidencia de la República; Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), ex Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas de Costa Rica y de la Asociación de Economistas de América Latina y el Caribe; ex miembro de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica; ex Asesor Principal y Director de Proyectos de Naciones Unidas ante los seis Gobiernos Centroamericanos (ESAPAC e ICAP) y el Gobierno de Perú (INAP) durante 13 años, ex Asesor del Director de la OPS/OMS. Tiene 39 libros escritos, 36 de ellos publicados nacional y en el exterior, y ha recibido seis condecoraciones diplomáticas: República de Corea, Colombia, República Federal de Alemania, República China, Italia y España.

El suscrito servía la Dirección y Jefatura del Proyecto de las Naciones Unidas en el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), respaldado con un equipo de expertos internacionales de primera categoría, entre ellos: los doctores Mario Friero, Álvaro Londoño Ángel, Antonio Fonseca Pimentel, Ings. Arodys Robles y Sergio Sánchez, Lic. José Galván Escobedo y el apoyo de altas autoridades de los seis gobiernos del Istmo Centroamericano y del personal de apoyo administrativo del ICAP.

De común acuerdo intercambiamos criterios y experiencias el Dr. Brewer-Carías y el suscrito sobre las orientaciones técnicas que debería tener la Reforma Administrativo-Política, que también se comenzaba en otras naciones latinoamericanas, entre ellas en México, por el liderazgo del Dr. Alejandro Carrillo Castro y el decidido apoyo del Secretario de la Presidencia, Lic. José López Portillo, luego Presidente Constitucional de esa querida nación, y de los Drs. Luis García Cárdenas, Luis Chanes Nieto y Gustavo Martínez Cabañas, entre otros profesionales; en Brasil por la gestión de la Dra. Beatriz Walhrich; en Perú por iniciativa del Ing. Eduardo Urrutia Ferradas (qepd) y del Dr. Gabriel Huerta Díaz; en Colombia por los Drs. Víctor A. Palomino y Guillermo Bernal Correa; en Bolivia por la participación activa de los Drs. José Ortiz Mercado y Ramiro Cabezas; en Ecuador por el interés de los Lics. Hugo Pérez Cajeao, Carlos Rodríguez Peñaherrera y Carlos Dávalos; en Chile gestada por Hugo Zunino y Jorge Ide K; y en República Dominicana por los Drs. Raymundo Amaro y Melitón Rodríguez.

El Dr. Brewer-Carías participó activamente en un seminario que realizamos en San José, de ámbito subregional centromericano, en marzo de 1970, aportando sus valiosos conocimientos y esa oportunidad sirvió para transformar la camaradería en amistad sincera. En 1971 ambos tuvimos la oportunidad de participar en el Seminario de Brighton, Gran Bretaña, auspiciado por las Universidad de Sussex y las Naciones Unidas a nivel mundial, referente a las Macro Reformas Administrativas que se propiciaban.

Recuerdo que en noviembre de ese año él le informó al suscrito sobre el proyecto que habían presentado al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para la creación del CLAD, del cual él fue el progenitor y en febrero de 1972 realizó gestión para que el suscrito fuese quien evaluara, en Nueva York, la propuesta original, que había encontrado en aquella época incomprendimientos y hasta deseo de que no se concretara por algunas altas autoridades de ese organismo, lo que hizo que el Gobierno de Venezuela tuviese que recurrir a la Asamblea General de las Naciones Unidas para que en principio acogiese la solicitud, lo cual lo logró la perseverancia del Dr. Brewer-Carías y la calidad de la propuesta.

Cuando se realiza este breve recuento de esos primeros esfuerzos, no olvido que el pionero de grandes cambios en la administración pública de su país fue el Gobernador Luis Muñoz Marín, de Puerto Rico, electo para ese importante cargo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y se implementaron normas de punta en Administración de Personal, Organización y Métodos (de Gran Bretaña) y Presupuesto por Programas y Actividades, las cuales inspiraron a muchos gobiernos a seguir sus pasos por sus excelentes logros. Otras reformas administrativas del primer lustro de los cincuentas, fueron sugeridas por la Misión del francés Maurice Chaillox-Dantel, para Colombia, algunas de las cuales sirvieron de modelo para la creación de sistemas de méritos y de carrera administrativa, o para su fortalecimiento en algunos pocos países.

Y al finalizar esa misma década, antes de que el Presidente estadounidense John F. Kennedy propusiese como uno de los elementos importantes de su Alianza para el Progreso, la planificación gubernamental, democrática, indicativa y consensuada, Venezuela creó su propio organismo central de planificación nacional y política económica, si-

guiendo también las ricas experiencias de Puerto Rico y de la Quinta República Francesa; y algo similar realizó tiempo después Guatemala, y en los sesentas la mayoría de los otros países de nuestra región, apoyados plenamente por los compromisos adquiridos por los primeros mandatarios en la Carta de Punta del Este.

El suscrito ha considerado oportuno ese breve marco conceptual, histórico y de la praxis que se vivió entonces, casi como introducción o prólogo de sus comentarios sobre la valiosa contribución intelectual y bolivariana del Dr. Allan Brewer-Carías para toda América Latina, y para resaltar no sólo su aporte, sino hacer hincapié, además, en el entorno que entonces se vivía en el ámbito de decisiones estratégicas públicas nacionales e internacionales.

Es también necesario dejar expresión patente de que los planteamientos de tan distinguido profesional iban más allá de propiciar cambios reglamentarios, legales o constitucionales, sino que tuvo la inspiración de prever y propiciar una auténtica Reforma del Estado, bajo una óptica de instrumento -no como fin- de desarrollo integral, coincidente con las grandes ideas que había venido sustentado la Iglesia católica en su Doctrina Social, desde la encíclica *Rerum novarum* de S. S. León XIII, en 1891, y en las otras de sus sucesores, en especial la que había promulgado el Papa Paulo VI en 1967: *Populorum progressio*, en la cual esa doctrina se actualizaba en la señal de los tiempos, y demandaba la vivencia, de quienes sirviendo posiciones de importancia en los gobiernos, en empresas privadas u organismos internacionales, estaban en capacidad de propiciar cambios fundamentales en el quehacer nacional o mundial.

Trabajaba el Dr. Brewer-Carías en un gobierno inspirado en el social cristianismo, durante la primera administración del Presidente Dr. Rafael Caldera, y de allí que se justificase plenamente que las reformas administrativas que entonces propiciaba CAP fuesen más allá de pequeños cambios, como podremos comprobarlo posteriormente en estas y otras contribuciones al merecido onomástico de sus cuarenta años de vida profesional, que ha querido rendirle la Universidad Central de Venezuela. En criterio del suscrito, las transformaciones que se propusieron y realizaron en ese querido país, merecieron ser calificadas más bien como Reforma de Estado, pues incidieron en aspectos trascendentes como: la coordinación política superior del Estado, por la vía de la sectorialización; la desconcentración y la descentralización funcional y territoriales, para disminuir el centralismo tan generalizado no solo en Venezuela, sino en todos los países de la región latinoamericana, herencia de la conquista y colonia, y no superada por las Repúblicas democráticas.

En uno de sus valiosos libros, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomos I y II, el Dr. Brewer-Carías trata con gran detalle y propiedad temas de trascendencia, que lo destacan, no sólo como destacado tratadista, sino como estadista. En sus propias palabras:

Estoy convencido de que una de las tareas fundamentales que tiene nuestro país en el futuro, es la reconstrucción del Estado, es decir, la reformulación de nuestras instituciones políticas y constitucionales. El modelo de Estado centralizado que nuestro actores políticos consolidaron durante este siglo [XX], quizás sirvió para acompañar la transición de la Venezuela rural a la Venezuela urbanizada y en busca de la industrialización, pero en la actualidad se muestra insuficiente, por agotamiento, pues no es capaz de resolver los graves problemas de eficiencia en el funcionamiento de la sociedad, que afectan tanto a nuestro desarrollo económico como a nuestro desarrollo social.

Todos los niveles de nuestra sociedad están comenzando a sentir que vivimos una crisis institucional, que se traduce progresivamente en una falta de fe o desconfianza en el funcionamiento

de nuestras instituciones. Estamos comenzando a pensar no sólo que éstas no funcionan bien, sino que no serán capaces de resolver los problemas del país en el futuro, ni de asumir los retos que tenemos planteados².

El Contenido General de esa obra comprende materias de suyo importantes, algunas de ellas en el Tomo I, desde las raíces históricas del nacimiento de la República Venezolana, hasta el Sistema Político, Económico y Social, las Bases del Sistema Constitucional, el Régimen Constitucional del Poder Público, las Bases Constitucionales de la Actuación Internacional del Estado, y la Estructura Política y Constitucional del Estado Federal. En el Tomo II: el Régimen Municipal, el Sistema de Gobierno, el Régimen Constitucional de la Administración Pública, el Régimen Democrático y el Sistema Político, los Derechos y Garantías Constitucionales, el Poder Judicial y el Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad de los Actos Estatales. Y unas Reflexiones Finales en las que trata: las Transformaciones del Sistema Político, del Sistema de Gobierno, del Sistema Político-Administrativo y del Sistema de Control.

Ese rico arsenal de conocimientos, aunque referido específicamente a la querida Venezuela, tiene amplia aplicación a situaciones similares de muchos de nuestros países latinoamericanos, de manera que el Dr. Brewer-Carías, trasciende con sus aportaciones las fronteras patrias, para convertirse en un maestro regional y de habla hispana, pero también una figura profesional destacada que le ha merecido el reconocimiento de universidades de prestigio y tradición cimentada de Gran Bretaña y de otras naciones, que han recurrido a su sapiencia y donaire humano para que enseñe en sus aulas a jóvenes estudiantes de otros patrones culturales, ávidos de conocer a profundidad nuestras realidades institucionales, legales y constitucionales, los cuales él domina profundamente.

Retoma el suscrito el criterio antes expresado de que la orientación que dio el Dr. Brewer-Carías a sus labores como Presidente de la Comisión de Administración Pública de Venezuela durante la administración Caldera, trascendió lo meramente operativo, pues expresa lo siguiente:

La reforma de la Administración Pública Nacional no se agota con la sola reforma de las estructuras administrativas. El funcionamiento de la Administración también requiere de una transformación sustancial, y de ahí la reforma funcional.

En términos generales, la reforma funcional busca la coordinación adecuada entre los diversos órganos responsables de los cometidos estatales, y el establecimiento de un esquema o molde dentro del cual la acción administrativa adquiera una racionalidad mayor, que garantice a los administrados seguridad y protección en sus relaciones con el Estado.

Por tanto, enfoca los diversos aspectos de funcionamiento de los órganos administrativos a fin de racionalizar y perfeccionar los sistemas, procedimientos y métodos administrativos y buscar su adaptación a nuevas técnicas, para obtener un adecuado funcionamiento de los diversos organismos, el cual permita con mayor eficacia el logro de sus cometidos, así como también un mayor rendimiento y productividad del gasto público³.

Dicho Informe contenía también temas de trascendencia, como los siguientes:

La Reforma Administrativa para el Desarrollo. Nótese que era una reforma intencionada, no neutra como la que ya bajo el nombre de Reforma del Estado y orientaciones neoliberales de organismos internacionales y de gobiernos foráneos, emprendieron en los ochentas y noventas al-

2. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, "Evolución histórica del Estado", Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 2ª edición corregida y aumentada, Nota a la segunda edición, Caracas-San Cristóbal 1985, p. 9.

3. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Introducción del Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Capítulo Primero, Tomo II, punto 341, Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, p. 3.

gunos gobiernos, bajo las condicionalidades de los préstamos y programas de ajuste estructural, los arreglos de deuda pública externa con el FMI, Banco Mundial, BCIE y Club de París.

La Reforma Estructural, orientada a lograr no sólo cambios coyunturales o cosméticos, sino de relaciones de poder, para que desde las bases organizadas de la sociedad, el pueblo pudiese participar activamente y ejercer sus derechos y deberes ciudadanos;

La Reforma Funcional, pues se reconoció que eran indispensables cambios profundos en procesos, procedimientos, sistemas, aptitudes y actitudes, que van más allá que otras reformas centradas única o casi exclusivamente en modificaciones constitucionales y legales, difíciles de lograr en regímenes democráticos, por la oposición de grupos de interés y de poder;

La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración, para garantía de la democracia y de los derechos de los ciudadanos y usuarios de servicios públicos.

Esos planteamientos tan bien concebidos, bajo una óptica y una labor de equipo interprofesional e interdisciplinario, bajo el liderazgo del Dr. Allan R. Brewer-Carías, fue inspiración para muchos de nuestros gobiernos, aunque por corresponder a una situación venezolana de los sesentas y setentas, imposibles de transferir como copia igual a otras latitudes latinoamericanas por sus propias idiosincrasias, pero sí fueron adaptadas en muchos aspectos, pues por ejemplo, la importancia de concebir al Estado como un sistema mayor, integrado por subsistemas inter actuantes, cada uno de ellos con sus propias fronteras y sin embargo orientados al mismo bien común, permitió alcanzar el holismo incremental del cual en esa época muchos hablamos como una realidad necesaria y alcanzable para salir del subdesarrollo.

Y para que el Estado, no el Gobierno Central o el Poder Ejecutivo en forma aislada, por la imperiosa necesidad de que los tres Poderes tradicionales trabajasen coordinadamente, dejase de ser responsable nada más del mantenimiento del *statu quo*, al cual no correspondía su papel protagónico e indelegable de condicionamiento político, pero no necesariamente de tener injerencia en aspectos administrativos de poca monta.

El esclarecido pensamiento de estadista y profesional del Dr. Brewer-Carías propiciaba la perfección de la descentralización territorial, para que las comunidades organizadas de base de la sociedad venezolana, y ojalá la de todos nuestros países, venciera el indebido centralismo de poder y de espacio, pues Venezuela es más que Caracas, como Costa Rica es más que San José, en cuyas ciudades capitales reside el Gobierno Central.

Sin embargo, su propuesta no implicaba una desarticulación funcional y administrativa al ceder competencias a los gobiernos estatales, locales y municipales, sino un urdimbre institucional que en lugar de debilitar a la nacionalidad con localismos indebidos, permitiese que las decisiones se pudiesen tomar tan cerca como fuese posible de las acciones, fortaleciendo así la auténtica democracia, inspirada en el verdadero espíritu del Prócer Simón Bolívar, y de lo que fue la Carta de Jamaica, que sigue siendo carabón para todas nuestras naciones.

La modesta contribución del suscrito, a reconocer los méritos intelectuales, los valores personales y ciudadanos del Dr. Allan R. Brewer-Carías, concluye agradeciendo a los organizadores del justo homenaje a sus cuarenta años de fructíferas aportaciones, que se le haya invitado a rendir reconocimiento en nombre de muchas otras personas con mayores méritos y en el propio, que hemos tenido la fortuna no sólo de conocer a tan distinguido profesional, sino a seguir sus enseñanzas y a tratar de ponerlas en práctica, emulando sus pasos en ámbitos diferentes nacionales o internacionales, pero siempre teniendo presente que su ejemplo es digno de alabar y de implementar, dentro de las limitaciones propias. Y, además, que su amistad es de aquellos dones preciosos de los cuales nos habla la Sagrada Escritura, cuando afirma con razón que *un verdadero amigo es un tesoro*.

PRIMERA PARTE
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

Fernando Hinestrosa

Rector de la Universidad Externado de Colombia

A lo largo de la historia, ondulante y recurrentemente, los pueblos han conocido y reconocido distintas fuentes del derecho. La diferenciación entre fuentes formales y fuentes materiales es elemental, y dentro de aquellas, con valor variado y fuerza cambiante, se mencionan la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina. El derecho consuetudinario, el más antiguo, genuino y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del derecho escrito, de ordinario la declaración escrita de la persona o del organismo con ese poder, fue visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza¹ (formalidad, publicidad, estabilidad, seguridad, aunadas)². De otro lado, los Estados, y más ampliamente, los soberanos, han tendido siempre a establecer un derecho propio, aplicable a todos los súbditos que se encuentren en su territorio. Es más, la existencia de leyes nacionales generales ha sido símbolo de soberanía, y tal tendencia se observa en los Estados europeos a partir de fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX³, como también en las repúblicas latinoamericanas a raíz de su independencia de las metrópolis peninsulares⁴. Esas leyes fueron concebidas y redactadas sistemáticamente, como unidades sectoriales, esto es, como códigos, y como *fruto madura de la ciencia*⁵ y, en cuanto tales, llamadas a perdurar.

Con frecuencia se escucha y lee la tesis de que el tiempo de la codificación quedó atrás y que la obsolescencia a más de a los códigos, golpea a la propia idea de codificación⁶; en una época en que las necesidades se multiplican y apremian con mayor intensidad, las gentes son más exigentes del Estado, y por ello se tiende a legislar contingen-

1. Se menciona siempre la hazaña de APPIO Claudio Cieco, equivalente en el ámbito jurídico a la de Prometeo en la teogonía helena. Cf., V., ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7ª edición, rist. anastatica, E. Jovene, Napoli 1957-1991, pp. 122 y ss.

2. “Parece que, en la historia del derecho, se suceden tiempos débiles y tiempos fuertes de la legislación: todo ocurre como si se produjera un balanceo de los hechos y de las ideas entre el derecho consuetudinario en sentido amplio (incluido el derecho creado por el juez) y el derecho escrito, surgido de la voluntad de un legislador”: CARBONNIER, J., “Tendences actuelles de l’art législatif en France”, en *Essais sur les lois*, 2e. éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris 1995, p. 266.

3. Cf., WIAECKER, F., *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Aguilar, Madrid 1957, § 18. ZIMMERMANN, R., “Roman law and european legal unity”, en *Towards a european civil code*, Martinus Nijhoff publishers, Nijmegen 1994, pp. 65 ss. Th. G. WATKIN, *An historical introduction to modern civil law*, Ashgate, Dartmouth, Hants, 1999, cap. 7.

4. Cf., la anotación que hace LIRA URQUIETA, P., en “Introducción al Tomo XII, I”, de las *Obras completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, Ministerio de educación, Caracas 1954, p. XIV, en cuanto al encandilamiento del Code civil sobre los gobernantes latinoamericanos y a la propuesta del chileno O’HIGGINS en 1932 de que se le adoptara sin dilación.

5. Conforme a la expresión de CROME, C., *System des deutschen bürgerliches Rechts*, Tübingen-Leipzig, I, 1900, p. 32, cit. por BUSNELLI, F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida ed., Napoli 1984, p. 21, nota 15.

6. Cf., SACCO, R., “Codificare: modo superato di legiferare?” en *Rivista di diritto civile*, Padova 1983, I, pp. 117 y ss.

te y celeramente para la regulación de materias específicas⁷. Y entre los *generalistas*, adheridos a los códigos, se expande un ánimo pesimista: se sienten arrinconados por los *especialistas*, más cotizados y en la cúspide de la actualidad. Sin embargo, aparte de la importancia sempiterna de los principios generales, que yacen y viven en los códigos, se anota que en el presente son numerosos e importantes los ejemplos de nuevos códigos y de reformas amplias y profundas de códigos tradicionales, lo cual mueve a pensar en que los códigos de por sí tienen aún una función que cumplir en cuanto a la disciplina de instituciones y figuras, y que su vigencia paralela a los estatutos especializados tiene un significado propio. El hecho es que frente al fenómeno generalizado de la descodificación, se sigue codificando y recodificando, y que los códigos se mantienen, así sea con modificación de su función frente a aquellos estatutos.

Los conceptos de código y codificación son posteriores a los trabajos de su elaboración material; una cosa son los arrumes de normas sucesivas, otra la elaboración de ellas ordenada y sistemáticamente con el propósito de regular una rama del derecho. Códigos por antonomasia fueron el *Codex Justiniano*, y en menor escala, el *Decretum Gratiani*. El *Code Civil français* o *Code Napoléon*, es el ejemplo paradigmático de la codificación moderna: una materia, un sistema, una disciplina, un método, unos principios, una aspiración, una ideología. La revolución codificadora o la *edad de la codificación*, emergió en el siglo XVIII como una proyección del iusnaturalismo racionalista y la Ilustración, comenzando con el *Codex Maximilianus*, seguido de otros libros bávaros y luego del *Allgemeines Landrecht* prusiano. La codificación napoleónica abarcó las distintas actividades de la vida ciudadana. Se destacan luego la codificación del Reich alemán con sus BGB y HGB, el ZGB y el OB suizos, el *Codice civile* italiano de 1942. En América Latina sobresalen el código civil de Dn. Andrés Bello para Chile, adoptado luego por Colombia y Ecuador, el código civil de Dn. Dalmacio Vélez Sarsfield para Argentina, el Esboço de Texeira de Freitas y el código civil del Brasil de Clovis Bevilacqua. Recientemente se han producido los códigos civiles de Perú (1984), Paraguay (1987), Québec (1992), Países Bajos (1992) y Brasil (2001), amén de los ordenamientos de los países de Europa central y oriental con posterioridad a su retorno a la economía de mercado.

¿Qué quiere decir codificar y qué descodificar? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española trae estas precisiones: *Código*: cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático. Cifra para formular y comprender mensajes secretos. *Codificar*: hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático. Transformar mediante las reglas de un código la formulación de un mensaje. *Descodificar*: aplicar inversamente las reglas de su código a un mensaje codificado para obtener la forma primitiva de este. La presencia de los dos significados, a primera vista distantes y sin relación entre sí, no deja de formular sugerencias a propósito del mensaje subliminal de los ordenamientos jurídicos.

La partícula *des*, empleada junto a un verbo o a un sustantivo en función antagónica, sirve para indicar la oportunidad o al menos la oportunidad de suprimir o reducir aquello que la palabra principal expresa. Así, *descodificar* significa sustraer áreas de legislación a aquellas estructuras tendencialmente omnicomprensivas y sistemáticamente or-

7. Naturalmente la referencia corresponde al ordenamiento de derecho privado: civil y comercial o unificado, especialmente en materia de obligaciones y de contratos, hoy en algunos campos muy próximo al derecho público y, por ende, al estatuto, de que son ejemplos sobresalientes, dejando de lado el ámbito del trabajo dependiente, objeto de disciplina autónoma, el arrendamiento de inmuebles para vivienda, comercio o explotación agropecuaria, la actividad financiera y, por su novedad y universalidad, el consumo.

denadas que quisieron ser y son los códigos. *Descodificación* es, en efecto un modelo distinto de legislar, de regular, en el que puede decirse que se adopta el principio de para cada materia una ley. La *descodificación* no quiere decir *desregularización*, pues lo que hace es descomponer y recomponer en otro lugar legislativo áreas de una materia, por fuera de los códigos⁸. ¿Hasta dónde, simplemente reubicar materias con una disciplina diferente, pero siempre legal?

De un universo (*cultura*) conforme en el cual, el derecho por excelencia era el civil, con sus pilares en la persona, la familia, la propiedad, la obligación, el contrato, la responsabilidad, la sucesión, que alindaban íntegro el territorio en el que se desenvolvía la vida de los ciudadanos, se fue pasando a la independización de ramas dentro de su seno, algunas con tintes publicistas, como es el caso de la legislación laboral, para luego asistir al desgrane de sectores y temas de estas, hasta llegar a la abundancia y la dispersión legislativa del presente, cuando pululan los estatutos singulares, ansiosos de autonomía total, varios de los cuales inclusive proclaman obedecer a principios y valores diferentes de los que informan a sus ancestros⁹.

El primer desgaje ocurrió con el derecho mercantil, cuyo espíritu de cuerpo expansionista y absorbente, ha sido patente, ansioso de gobernar todas las operaciones en que intervenga un comerciante para que sean juzgadas por sus pares. Sin embargo, apenas comenzado el siglo XX se hizo presente la tendencia hacia la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, con variado suceso, de que dan cuenta el Proyecto franco-italiano de obligaciones y el *codice civile italiano* de 1942, que ha tenido amplias repercusiones en América Latina. Sin embargo, a la par del desarrollo de ese proceso inexorable, son numerosas las materias que por variadas razones han ido soltando amarras y separado del tronco comercial¹⁰: el derecho de la navegación, incluso con individualización de sus distintos sectores, el derecho bancario, el financiero, el bursátil, el económico, etc., hasta llegar al derecho del consumo; lo que también se ha dado el derecho civil, *v. gr.* con el arrendamiento inmobiliario y distintos campos de la responsabilidad extracontractual.

El apremio de la regulación oportuna, específica y precaria de determinadas materias y de determinados destinatarios¹¹ por medio de leyes especiales (*Spezialgesetze*) es relativamente reciente, y corresponde a los fenómenos que irrumpieron y se generalizaron a raíz de la segunda posguerra del siglo XX. Antes, lo que solía acontecer era la renovación y actualización del derecho por vía jurisprudencial, en oportunidades mediante decisiones de *jurisprudencia pretoriana* y en veces, por medio de reformas pre-

8. CASTRONOVO, C., "Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione" en *I cinquant'anni del codice civile*, v. 2º, Giuffrè, Milano 1993, p. 475.

9. Ante todo se hace referencia al principio de la autonomía privada o de la libertad contractual, frente a la intervención tutelar o a la dirigista del Estado, que desemboca en el contrato forzado, el contenido legalmente impuesto, la ampliación del contenido con la agregación de las obligaciones inherentes o contiguas (*Nebenpflichten*) y a una concepción y un empleo más extensos e intensos del principio de la buena fe. *Cf.*, RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, 7ª edición, Roma-Bari 2001, pp. 170 y ss.

10. "[Hoy] la mayor parte de las reglas del derecho comercial francés tiene que buscarse en fuentes externas al código de comercio, que subsiste apenas nominalmente, como un cascarón casi vacío de contenido": OPPETIT, B. "La décodification du droit commercial français", en *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris 1981, p. 198.

11. "La ley ya no mira al "ciudadano", destinatario neutro e indiferenciado, sino a grupos específicos y a categorías definidas de intereses. Las leyes se presentan como estatutos de grupos sociales ... y expresan lógicas sectoriales": IRTI, N., "Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, I, p. 144. "La ley se hace en provecho de un grupo más o menos reducido de personas. ... El grupo al que la ley protege no renuncia a pedir incesantemente y a obtener aquel refuerzo de la protección concedida a él": SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119.

cisas de determinadas normas de los códigos. El foro reunido en Roma entre 27 y 28 de octubre de 1977 por iniciativa de N. Irti: *Temas de la cultura jurídica contemporánea: perspectivas del derecho privado; el jurista en la sociedad industrial, el ocaso del código civil*¹², vino a significar una toma de conciencia del fenómeno, de sus caracteres y de sus proyecciones, y de entonces para acá se le ha tratado *in extenso* y despojado de misterio; en fin, ha de manejársele con tiento, sin perder de vista cierta inclinación a tomar de por sí los hechos y circunstancias nuevos dramáticamente, si que también con algo de maniqueísmo. Lo que realza la necesidad de diferenciar la abundancia de normas (el *aluvión legislativo*, la *inflación legislativa*¹³, *hemorragia legislativa*¹⁴, *orgía de legislación*¹⁵), la invasión del derecho a campos antes ignorados por él¹⁶, su expedición impulsiva, la confusión entre las normas legales y las administrativas, su modificación o sustitución ligeras, con compromiso grande, no solo de la propiedad, claridad y prestancia del ordenamiento¹⁷, sino de la posibilidad misma de su conocimiento incluso por las gentes que trabajan en el respectivo sector económico, del advenimiento de normatividades singularizadas o especializadas, así los dos fenómenos sean propicios a coincidencia.

Lo primero que se advierte es el calificativo de *crisis*¹⁸. Los códigos hicieron crisis, si que también el derecho privado y, en general, el derecho, y de contera, las instituciones que alcanzaron su apogeo en los dos últimos siglos: el derecho subjetivo, la propiedad, el contrato, la responsabilidad, que han sido (¿fueron?) las figuras centrales del derecho privado, en torno de las cuales giraban los códigos decimonónicos y del siglo XX, que naturalmente se ven afectados por la transformación de la economía y de la organización social que se ha venido sucediendo por doquier, hoy *global*, en fuerza de la aproximación de las gentes, la universalización de los intercambios y la homogeneización de paradigmas. De la propiedad privada como paradigma de derecho subjetivo y como derecho absoluto y del contrato como sinónimo de regulación paritaria y equitativa de los derechos de los individuos, se pasó al derecho subjetivo con o como función social, de ahí a la desregularización y a la economía de mercado, y de allí ¿a dónde se irá? El movimiento pendular, tan expresivo del desarrollo de la especie, está acá presente. En todo caso, es exigua la presencia del código civil¹⁹, la disciplina del mercado quedó definitivamente por fuera del código civil, sin perjuicio de seguir anhelando la homogeneidad y unidad del derecho privado²⁰, y se perdió *la centralidad del código en el derecho privado*²¹; ya el código civil es *una* de las leyes civiles, y no *la ley*²², inclusi-

12. IRTI, N., "Età della coficazione" en *Diritto e società*, 1978; "Leggi speciale, del monosistema al polisistema", en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, I.

13. GOLDSCHMIDT, 1924, CARNELUTTI, 1930; cit. por CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 484, nota 8.

14. RODOTÀ, S., cit. por BUSNELLI, F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit. nota 6.

15. GILMORE, G., *The death of contract*, Ohio State University Press, 1995.

16. CASTRONOVO, *op. cit.*, pp. 482 y ss.

17. Ya Tácito, en sus Anales se pronunciaba sobre la *corruptissima de publica, plurimae leges*.

18. Cuando más podría hablarse de "crisis de identidad de los modelos decimonónicos" (BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., p. 22): el *code civil*, el BGB, la dualidad de ordenamientos de derecho privado: código civil y código de comercio.

19. GIORGIANNI, M., "Il diritto privato e i suoi confini" en *Rivista di diritto privato*, Padova 1961, p. 398.

20. "La unidad del derecho privado no es un mito científico, ni una ideología política; ella responde a las conexiones intrínsecas de nuestra vida y al dominio de los aparatos económicos".

21. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., pp. 128 y ss.

22. Cf., IRTI, *Leggi speciali*, cit., p. 141.

ve con diferencias de vocabulario y de lógicas; se ha pasado de un monosistema a un polisistema²³.

Como correspondía a la organización política y económica surgida de la ruptura de los regímenes feudal y corporativo y de la revolución industrial, vertida en el Estado *gendarme* y en la exaltación de la propiedad y el contrato, los principios fundamentales se encontraban en el código civil, que ocupaba el vértice dentro de la jerarquía normativa²⁴. Con el cambio de orientación y de actitud del Estado, que se remonta a la primera mitad del siglo XX, la orientación ideológica se modificó y la intervención del poder público se fue incrementando hasta extremos insospechados, de los que ahora ha ido regresando. En todo caso, el concepto y la práctica del Estado social de derecho colocan a la Constitución por encima de todos los demás sistemas normativos²⁵, y sus directrices informan íntegra la normatividad, que no sólo ha de ajustarse a ella, sino que debe interpretarse con arreglo a la ideología acogida en su parte dogmática. Es más, los organismos jurisdiccionales que ejercen el control de constitucionalidad de las normas subordinadas han sido colocados y se sitúan en posición de establecer el sentido genuino de la Constitución y de dictar su interpretación cierta y única, con el resultado de una judicialización del derecho, que se debería ampliar con un empleo más amplio e intenso de las cláusulas generales. De esta forma, la tendencia actual es la de tomar la Constitución como tabernáculo de los principios fundamentales de la vida ciudadana, que han de orientar el entendimiento y la aplicación de íntegras las demás normas. Así, se completa el desplazamiento del código civil a manos de la Constitución²⁶, ciertamente compenetrada con una mentalidad solidarista e intervencionista, imbuida del anhelo de cambiar estilos y contenido de las relaciones sociales²⁷. Hoy, los principios fundamentales están en la Constitución, sin perjuicio de la conservación en el código civil de principios generales más próximos a la disciplina de las relaciones privadas, por lo cual no huelga anotar que la realización de aquella no está confiada a las solas leyes especiales, sino que compete a íntegro del ordenamiento, lo que implica la adaptación de las normas y sistemas anteriores.

El nuevo derecho surge ante todo en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en cuyos tratos se aprecia la elaboración, y en todo caso, la presencia de una normatividad convenida, que también se observa en las leyes especiales, solo que allá la acuerdan las partes y acá resulta de la negociación entre el Estado (gobierno, parlamen-

23. IRTI, *Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema*, cit., p. 145. Cf., SCHLESINGER, P., "Tramonto della codificazione: Il tramonto del codice civile", en *Rivista di diritto civile*, Padova 1980, I, pp. 80 y ss.

24. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 118. El art. 5° de la ley colombiana 57 de 1887, que adoptó los códigos de la Federación, es dicente a propósito: "Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, ... y estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: código civil, de comercio penal, judicial, administrativo, fiscal,".

25. Cf., BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., p. 30, nota 26; SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129. PERLINGIERI, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Ed. Scientifiche italiane, Napoli 1979, pp. 96 y ss., *Profili istituzionali del diritto civile*, Ed. Scientifiche italiane, 2ª rist., Napoli 1977-1986, p. 28; *Diritto civile costituzionale*; RESCIGNO, *Introduzione al diritto civile*, cit., pp. 47 ss. El art. 4° de la Constitución colombiana de 1991 dispone: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

26. "Los principios constitucionales han impuesto e imponen una revisión, una integración y una reinterpretación del código pero no su relegación". Es posible transformar radicalmente amplios sectores del código mediante una revisión interna, sin afectar la estructura que lo sustenta": SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129.

27. Cf., DE CUPIS, A., "A proposito di codice e decodificazione" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, II, p. 51; PRINGIALLI, A.M., *Las vicisitudes de la codificación*, trad. al español de SALVADOR, P., en LIPARI, N. *Derecho privado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1980, p. 91.

to) y los grupos (gremios, sindicatos, asociaciones), cuando no de las presiones de estos. Pero en aquellos mismos terrenos se advierte el empeño de resaltar la importancia de los principios generales que han de informar la vida práctica, jurisdiccional y normativa de la actividad económica²⁸, columna vertebral de que carecen las leyes especiales.

Las normas como todas las criaturas, más las creaciones culturales o del espíritu objetivo, comienzan a envejecer desde su expedición²⁹, a lo que se ha de agregar que en no pocas oportunidades nacen viejas, o cuando menos retrasadas con relación a las urgencias de la época, y a medida que el tiempo transcurre, los cambios son más veloces y los apremios del presente más fuertes, son más evidentes su rigidez, su anquilosamiento, su falta de flexibilidad. Sobre la jurisprudencia pesa el deber de acompasar el derecho escrito al ritmo y al pensamiento de las nuevas edades, solo que en veces se olvida de cumplirlo o su acomodación no es adecuada; así, aun descontando las presiones sociales y políticas que suelen no dar tregua, los Estados optan por echar por el atajo y expedir leyes especiales, producto de contingencias económicas y emergencias políticas, que se han convertido en la regla general, a veces con el carácter de ordenamientos políticos y técnicos, que prefieren a la reforma de los códigos, provistas de nuevas orientaciones y principios. Brotan, irrumpen, abundan las leyes especiales, muchas veces expedidas por el órgano ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias otorgadas so pretexto de la urgencia. En favor de las leyes especiales, cada vez más frecuentes, amplias y ampulosas, concurren argumentos y observaciones de orden económico, político, ideológico, sistemático. ¿Cuáles son hoy las normas que regulan las actividades económicas más importantes y cuantiosas? ¿El código civil, e incluso el código de comercio, *para los asuntos pequeños de la actividad doméstica*?³⁰, y las leyes especiales para los de trascendencia y cuantía mayores?³¹. Y en cuanto al significado constitucional del código: ¿derecho civil, el de los propietarios; derecho comercial el de los mercaderes, uno y otro colocando por encima los intereses de las clases poseedores y enriquecidas? En todo caso, la obligación y el contrato no se pueden considerar figuras confinadas a la *microeconomía* y a los tráficos minúsculos.

¿Dónde están los principios generales del derecho, de dónde extraerlos y cuál su alcance?.

Como se anotaba atrás, es manifiesta en algunos aspectos la inadecuación de los códigos a la realidad económica, social, política (favorecida a veces por un anquilosamiento eventual de la jurisprudencia). Así, cuando no es posible una obra de revisión interna, o no se considera oportuna, la actualización y la adecuación del código a los principios constitucionales puede darse mediante un trabajo de pulimento y acondicionamiento de la normatividad del código confiada a leyes a propósito. Se asiste a un particularismo legislativo: consolidación de sistemas plurales de normas dotadas de lógicas autónomas y orgánicas, cuantas veces heterogéneas. La atención de los problemas de la sociedad industrial y de la post-industrial, la de la información y las comunicaciones,

28. Valga citar los ejemplos de la "Convención de Viena de 1980" sobre *Venta internacional de mercancías, de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit*, Roma 1994, del *Proyecto europeo Gandolfi*, Academia de Pavía, del *Proyecto Lando de código civil europeo*.

29. "La ley escrita viene a cristalizar un determinado sistema, y por ende, viene a codificar el *pasado*, pese a estar llamada a disciplinar el *porvenir*. De ese modo, un código nace ya viejo y bien pronto necesita revisión": GIORGIANNI, M., *Sulla riforma della legislazione civile*, Milano 1967, ahora en *Scritti minori*, Napoli 1988, p. 605.

30. RODOTÀ, S., "Ipotesi sul diritto privato" en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1971, p. 13, cit. por BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit. p. 18, y nota 6.

31. Cf., OPPO, G., "Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1976, I, pp. 591 y ss.

resulta imponiendo normas que subrogan determinados preceptos o títulos enteros del código y directamente se subsumen en él; otras veces, leyes que corren por separado, hasta con ínfulas de código. El derecho privado tiene que abrirse a la evolución de realidad social, y las leyes especiales toman en consideración los aspectos y fenómenos sobresalientes de esa transformación. De ahí que no se las pueda relegar, sin más, a una especie de apéndice externo, sin aptitud para reaccionar sobre el sistema del código. De ocasionales y aun efímeras, las normas especiales han ido tomando cuerpo y en algunos casos se han convertido en verdaderos sistemas, microsistemas, con principios propios, al extremo de que el código civil o los códigos de derecho privado resultan marginales, o mejor, residuales³². A cuyo propósito “ha de reprochársele al legislador especial el no haber sabido o querido adaptar las figuras del código susceptibles de aplicación útil a las nuevas exigencias”³³; de ahí que “la descodificación se haya convertido en causa y efecto de la multiplicación de reglas de derecho de toda clase de origen”³⁴.

Y al mismo tiempo, ha de resaltarse la vitalidad insospechada y persistente de los códigos civil y de comercio³⁵. La perseverancia de la centralidad del código en el ámbito sistemático, permite y auspicia la existencia de un sistema unitario. La especialidad de las leyes no consiste en su carácter especificador; simplemente se capta en su dimensión sectorial. Ello pone de presente la complejidad interna del sistema, que hace más necesarias e importantes las categorías y principios de derecho común, claves de la interpretación general.

La unidad del sistema se rompe con la irrupción acelerada de leyes especiales que invaden el territorio del código. “El código no es ya *el* sistema, sino uno de los varios sistemas; sin embargo, es aquel que por la vastedad, la finura y la hondura de las materias y de la disciplina, custodia la técnica de estudio, los instrumentos ordenadores, las categorías lógicas aplicables también a las leyes especiales”³⁶, desprovistas de esa armazón o espina dorsal. Sin duda, ha venido a menos la pretensión omnicompreensiva de los códigos, pero a ellos continúa reservada la concepción global e integral del derecho.

La introducción de otras *sangres*, nuevas, de otras culturas, es inevitable, y además, benéfica, y al efecto basten los ejemplos, antiguo del derecho comercial, y más reciente, del derecho individual y colectivo del trabajo, que en su día abrieron la mentalidad, atendieron a nuevos fenómenos, dotaron en alto grado al derecho de flexibilidad y sensibilidad. A la postre no sería irrazonable ni malsano pensar en una especie sincretismo. En el seno del sistema o de los varios sistemas y subsistemas jurídicos de cada país obran fuerzas centrípetas y fuerzas centrífugas, enderezadas todo lo más, hacia la absorción de aquellas en y por el sistema.

Esto resalta la capacidad unificadora de los códigos, en particular, del código civil, cuyas categorías y principios siguen ofreciendo al intérprete un conocimiento normativo de *derecho común*, que se transmite a todo el derecho privado y lo penetra. ¿Retorno al código civil? “El código civil no como punto de llegada, sino como punto de partida” (Nicolò). El código civil entendido como aquellos valores en los que creemos y que él expresa y enseña³⁷. ¿Podría o habría de pensarse, entonces, en una *recodificación*? Se

32. Cf. IRTI, *Leggi speciali*, cit., p. 144. Piénsese en el ejemplo paradigmático de los ordenamientos reguladores del consumo y protectores del consumidor.

33. DE CUPIS, *A proposito di codice e decodificazione*, cit., p. 52. Cf. PATTI, S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, 1984, ahora en *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari 1999, pp. 37 y ss.

34. OPPETTIT, *La décodification du droit commercial français*, cit., p. 200.

35. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129.

36. IRTI, *Leggi speciali*, cit., pp. 142 y ss.

plantea una transformación del código adaptando sus categorías y, por supuesto, sus principios, a una sociedad en transformación continua, veloz y honda, de modo de disminuir la distancia entre los valores, aspiraciones y, sobre todo, exigencias de la realidad, y las normas, al propio tiempo que atendiendo a la necesidad de contar con categorías y principios generales, unificadores. Las leyes especiales presuponen un derecho común: generalización del código y particularización de las leyes especiales. Es posible hablar de una complejidad caótica de la legislación, frente a la cual es indispensable, como apremiaba Portalis, “legislar de modo que las nuevas instituciones tengan aquel carácter que puede asegurarles el derecho de llegar a ser antiguas”. Es menester una racionalización de las leyes especiales, a más de resaltar el deber del intérprete de ellas de recomponer la unidad del sistema.

No cabe pensar en leyes especiales sin la presencia central del código, que a su turno recibe la influencia vivificante de aquellas. Los ejemplos de los ordenamientos comercial y laboral son paradigmáticos. “Las normas de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular”³⁷. No sería por ello aventurado pensar los códigos, tratarlos y emplearlos como una única *lex generalis* dentro del sistema. Esa sería una manera, o mejor, lo es, de decantar y sedimentar los valores de la cultura jurídica propia, la nuestra. Es de recordar la expresión de Portalis: “Los códigos de los pueblos se dan con el tiempo, pues, a decir verdad, no se les hace”.

“La ciencia civilista y el código civil ofrecen instrumentos suficientemente dúctiles que permiten el ejercicio de una de las tareas fundamentales del jurista, la de controlar la racionalidad de las disciplinas y de remitirlas a ordenamientos en cuanto sea posible duraderos. La edad de la descodificación, en las sociedades inquietas y en transformación, comienza el día siguiente de la entrada en vigor del código.

Pero el código, replanteados sus objetivos y a sabiendas de sus lagunas y de la insuficiencia de algunas de sus disciplinas, sigue siendo un punto fundamental de referencia en la interpretación del ordenamiento y de sus subsistemas”³⁸.

37. Cf. SANTORO-PASSARELLI, F., Tramonto della codificazione; Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali, pp. 85 y ss.

38. BUSNELLI, Il diritto civile tra codice e legislazione speciale, cit., p. 50.

39. PIGA, F., “Trazmonto del codice civile? Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo”, en Rivista di diritto civile, Padova 1980, I, pp. 56 y ss.

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION

*Rogelio Pérez Perdomo**

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Comparative law books, if they mention Latin America at all, place it in the Civil Law tradition¹. We will not dispute this inclusion. Our questions are on what it means. Does it mean that Mexican or Venezuelan law is fundamentally similar to French, German or Spanish law? What is similar? The Civil Code or the people's knowledge of their rights and duties? The law books and the teaching of law, or the attitudes towards judges or police? The structure of the legal profession and the career path of judges? When we ask these questions, we quickly realize that most authors of comparative law books look at codes, rules, structures or institutional arrangements. Codes and institutions doubtless matter, but we will take into account legal culture, and analyze the relations of these different parts of a legal system from the perspective of transplantation of law².

First, let us state at the outset that in the formal sense there is no such thing as Latin American law. There are about 20 different legal systems³. Nevertheless I will argue that there are some features, mostly related to *legal culture*, that allow us to talk of Latin American law in a general sense, as we talk of Civil Law or Common Law traditions. Latin America would be a distinct group within the Civil Law tradition. Discussing these features is an important part of this paper.

Tourist brochures usually present Latin America as a unique blend of races and cultures. The fact is that most of our ancestors of 19th century were rather ashamed of their mixed racial identity. They saw it as a curse that doomed our countries to perpetual backwardness. Later the *mestizaje* was vindicated, and today we are proud of it. But is our law *mestizo*, as we are?

Most Latin American legal historians study the *influencias* of European codes and thinkers. There are countless articles and books on the influence of American or French revolutionary constitutions in the different Latin American countries. The French, Italian and Spanish civil, commercial, penal and procedural codes were quite influential too. Meanwhile, other historians prefer to point out the originality of Bello's Civil Code, or Teixeira de Freitas' *Consolidação*. It is possible to study Latin American legal institutions (Karst, 1966). If this originality comes from a mixing, what are the ingredi-

* I thank MERRYMAN, J.H., GESSNER, V., FUENZALIDA E., and NELKEN, D., for comments to earlier drafts. K.C. Dickinson has been a patient corrector of my English.

1. The big exception is MERRYMAN, John Henry who has given much attention to Latin America (See MERRYMAN and CLARK, 1978; MERRYMAN, CLARK and FRIEDMAN, 1979; MERRYMAN, 1985).

2. For bibliographies on Latin America in the legal culture or law and society perspectives: GILISSEN, J. dir., 1963-1988 (Argentina, Brazil, Chile, México, Perú and Venezuela); SNYDER, 1985; Ferrari, ed., 1990. (Argentina, Brazil, México, Venezuela). The Library of Congress (Washington) published guides to the law and legal literature of most Latin American countries. There are national bibliographies and histories of law for several countries.

3. The number would depend on what countries we include. The smallest number would be the 19 independent nation states that are former Spanish and Portuguese colonies. Haiti, Puerto Rico and Quebec could be included in Latin America. In this paper we are thinking principally of Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Peru, Uruguay and Venezuela. The exclusions are due to ignorance of other countries' law.

ents? How original or mixed are Latin American laws and institutions? In what sense does Latin American legal culture differ from the other Civil Law countries and, in particular, from Latin Europe?

We will look first survey the history of law in Latin America by periods and then answer the theoretical questions we have posed.

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW

In Latin America history of law books typically begin with references to the pre-Columbian period. There were indeed great civilizations -the Mayan, Incan and Aztec- and there were customs and regulations we can call law. But it would be wrong to call these civilizations and laws *Latin*.

Probably many of these customs survived the first decades of the conquest, but not the three centuries of colonization. The Spanish kings decreed that those indigenous customs not contrary to the Catholic faith be applied to their Indian subjects. Since the law enforcers were Spanish people and most of them not much interested in cultural studies, they did not bother to do much research about the Indian customs. They applied what they considered reasonable (or served their interest) (Borah, 1985)⁴. Today we know a lot about Mayan, Aztec or Incan political systems, civilization and laws, but very little of this survived the colonial experience. If Latin American law results from a mixing, then, it is not with Indian law.

During the colonial period the Castilian laws⁵ applied to the white and *mestizo* population. There were also regulations specially made for the colonial dominions. These regulations are known as the *Indiano* law. In a more general sense, some historians use the name of *Indiano* for the law applied in the colonies (Tau Anzoátegui, 1997).

Beginning in the 16th century, the Spanish kings established universities with law studies. Main courses were Roman and Canon law. A student could graduate in either of them or in both (*uitrusque iuris*). By the end of the colonial period there was a substantial number of law graduates. Portuguese policy was different. The Portuguese did not create universities in Brazil until the 1820s. Instead the Brazilian elite was educated in Coimbra. By 1830 there were near 500 *bachareis em direito* in the country (Barreto, 1978). But what matters is that the law taught in Spain, Portugal and the colonies was similar. It was the same taught as in other countries of Europe. This is the Civil Law tradition (Merryman, 1985).

Of course, we should not fool ourselves into believing that the law applied in the colonies was the very complex Spanish (or Portuguese) legislation or the Roman law of the *Corpus Iuris Civilis*. It is true that several personal libraries had the Digest, the bulky Spanish *recopilaciones* and the *Recopilación de Leyes de Indias*. Roman or Spanish texts were cited in forensic writings (Barrientos Grandón, 1993). But the fact is that most law graduates did not practice law, or did not make a living from law practice

4. On the contrary, other law historians point out the importance of indigenous law (URQUIJO, Mariluz, 1973). For the contemporary revival of Indian law and the new type of conflict with modern or western law: CLAVERO, 1994.

5. We are referring to Spanish America. Portuguese kings acted likewise but we will refer to main differences later on. For the history of Brazilian law (VALADAO, 1972-73; VOLKMER, 1996, 1998; WEHLING, 1998).

(Pérez Perdomo, 1981). Instead, a host of *procuradores* and *escribanos* took up the day-to-day practice of law. They had less legal education and much less social prestige than the university-educated law graduates, but they did the job. They wrote documents and handled most litigation. The literature they actually used was very practical, like José Febrero's *Librería de escribanos*, Juan de Sala's *Ilustración al derecho real de España*, Escriche's *Diccionario de legislación* or Martínez' *Librería de jueces* (González, 1987, 1988; Pérez Perdomo, 1981)⁶. These legal cookbooks generally adopted the *Instituta's* outline, explained the basic rules and put in the margin the references to the Spanish legislation. In addition, some of them gave models for contracts and other legal writings.

The law taught at universities had a very important referential function: Roman law had the prestige of tradition. There was always the reference to the time of Gaius and Papinian, the living and uninterrupted presence of Antiquity. It was the law of the Catholic Church: Canon law is supposed to be based on Roman law, as the Church lived under Roman law at the time of German or barbarian invasions. Roman law was also the *ratio scripta*, the written reason. This was an idea the humanist jurists of the 16th and 17th centuries used to transform the Roman law along the lines of natural or *rational* law (Koshaker, 1955; Villey, 1968; Maffei, 1956). This Roman-rational-law protected private individual property and the freedom of contracts and the predominance of men as family heads (Villey, 1968; Arnaud, 1969). The Roman law actually taught by the end of the 18th century had very little to do with Gaius, Ancient Rome or Medieval-Roman law. It was Justinian's *Instituta* extensively commented by Vinnius and Heineccius, authors who practically converted the book into an expression of rationalist natural law (Pérez Perdomo, 1981).

Several 18th century authors in Spain, Portugal and America, were very critical of tradition (Clavero, 1978; Tau Anzoátegui, 1977). Some of them criticized the legislation, the bulky and often contradictory compilations of statutes. Since a compilation never repealed previous legislation, but established an order of preference, it became very cumbersome to find out which laws were still good. The criterion of invalidation itself was not clear because older law had more prestige than newer one. This policy resulted in such a labyrinth of information that was impossible to find an uncontested rule. Legislation was used as we use now law review articles. Pérez y López, a rationalist jurist of 18th century, tried to simplify such a mess and produced a *Teatro de la Legislación de España e Indias* in twenty volumes. Other authors criticized Roman law. A modern society ruled by laws many centuries old was as unacceptable idea for them. The critical literature, both of national and Roman law, failed to understand that jurists were not supposed to work constantly with the *Corpus Iuris Civilis* or the Spanish *recopilaciones*. Instead, lawyers and escribanos quoted these books second hand, as most students today would quote Weber without even having bothered to read his *Economy and Society*. However, the criticism was justified for other reasons. They wanted a change. They wanted simple rules the people could read and understand.

6. The bibliography on practical legal books is still waiting for an analysis. They were widely read and had numerous editions. For example the *Manual del Libro Hispanoamericano* (PALAU y DULCET, Barcelona 1926, indicates editions of Sala's *Ilustraciones* in Spain in 1803, 1820, 1832, 1834; in Mexico in 1807-08, 1837, 1867; and in Paris, 1845. This edition is named *Sala Hispano Chileno*, and the Mexican editions are named *Sala Hispano Mexicano*. To the original texts are added notes with the new legislation.

In the 19th century, political independence and other developments greatly increased support for law reform. There was heightened interest in writing constitutions and codes, both in Latin America and the Iberian Peninsula, as throughout Europe. Substantial political turmoil and reform was going on everywhere. There was a general political crisis in Europe, including the Spanish and Portuguese empires, and it would be wrong to think in terms of rebellion or a mere change of ideas (Rodríguez, 1998; Rosti, 1996). In Brazil, there was not rebellion, but there were important changes. In 1808, Brazil became the center of the Portuguese Empire. In 1826, the King's son became the first Brazilian Emperor (Valadao, 1972-73). In Spain and Spanish America, there was serious conflict: Napoleon took the King of Spain prisoner and imposed his brother as the new King. A war of independence broke out in Spain. For their part Spain's American colonies also refused to recognize the French authorities. Constitutions were drafted in Spain and in Spanish America and wars broke out between the royalists who wanted to remain part of the Empire and those seeking independence. Fernando VII did not accept the Cádiz (1812) constitution and tried to restore the absolutist regime. In Spanish America the war raged in different countries with Peninsular and American Spaniards, as well as *mestizos* and even slaves, fighting on both sides, mostly for ideological or personal reasons, but not for ethnic or *national* ones. It was a civil war, as Vallenilla Lanz documented long time ago (1929).

Not everyone was equally pleased with the idea of a written constitution. We have already commented on Fernando VII; but Argentina's Rosas and Paraguay's Francia did not want one either. Their opposition stemmed not only from expediency or authoritarianism: for the conservatives a nation was an organic body that could not be constituted rationally in a written document. Generally, however, the drafters of constitutions triumphed, and each Latin American country, including the Brazilian Empire, received at least one in the early 19th century. Constitutional literature blossomed. In private law, the conservatives succeeded in preserving the Spanish and Roman law. Despite all the criticism we have mentioned, most countries preferred to keep the old law, with few modifications, until the second half of the 19th century. There were early attempts at reform but, in general terms, the traditional law outlived Spanish political power. In criminal law, Spain itself got a quite early *Código Penal* (Tomás y Valiente, 1983), but the former colonies apparently retained the old legislation. The practice of punishment was modified, but not necessarily in the way announced in the constitutional texts (Pérez Perdomo, 1994)⁷.

Most Latin American historians of law give implausible explanations for the remarkable endurance of the old Spanish legislation well after the end of Spanish rule. It is the classical methodological mistake: they suppose an unhistorical definition of law and take out of context our present conception of the function of legislation. Why did those pushing for independence keep this outdated and hopelessly complex legislation? The reason lies in the fact that the idea of law and legislation changed in the 19th century (Pérez Perdomo, 1987) and many ideological and political issues were involved in the change. Let us analyze these questions together with the thorny issues of imposition (or reception) of law and legal cultures.

7. On the contrary, most Latin American countries got a civil code well before Spain.

II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA

In these, as in many other matters, language is full of hidden traps and land mines. Roman law was *received* in the European countries between the 12th and 16th centuries. Roman emperors, and Justinian, were long gone when the Digest was considered the greatest law book and the Institutions the perfect teaching and practice tool. The idea of reception suggests that these great books were somehow invited just because they were wonderful and everybody were pleased to adopt them as law. In fact, there are a few important problems with the idea of reception. Let us tease them out asking who received what and how?

In the 12th century a few scholars started to study the Digest. Roman law became the law taught at the universities as these institutions developed and spread throughout Europe and America. From the beginning, there was much resistance from those who preferred traditional customs or legislation. A scholarly elite favored the reception of Roman law, but many people resisted. The history of reception is, at the same time, a history of resistance. Should we talk about reception or imposition of Roman law to the vast majority?

As J.L.Borges says, the real author is not the writer but the reader. The Digest as glossed or commented by Accursius or Bartolo de Sassoferrato meant something quite different than it did in the times of Justinian. Tribonian himself probably changed the meaning of many Paul's or Gaius' texts, as Cuyas or Leibniz believed (Koschaker, 1955; Villey, 1968;). The law that was invited was not necessarily the one received (or imposed). We should view with suspicion the idea that universal rules and principles travel across many centuries and widely different societies without any change (Watson, 1981, 1993; Legrand, 1997). Was the Roman law really received or was it reinvented?

In the 16th century Spanish and Portuguese law was imposed in Latin America, as the language and the Catholic religion were. On whom? On the Indian peoples, of course. But if we read the orders of Spanish kings, the Indian customs and hierarchies were to be respected, except in the matters opposed to the Catholic faith. Perhaps these royal orders were respected only in the places that were not reached by the conquerors. On the other hand, records show that Indians very soon started to use the Spanish power structure. They advanced a multitude of different claims that occupied the energies of viceroys, *oidores*, *visitadores*, *regidores* and a host of Iberian judges and functionaries (Borah, 1985). Mainly due to the conquest (a truly biological war) and miscegenation, the Indian population declined precipitously. By the late 18th century it was one-third of total population (Rosemblat, 1954, 1967). Half of total population was *mestiza*.

The Spanish law was the law of the conquerors and the colonizers; thus it would be wrong to speak of its being imposed on them. The *mestizo* population was never under Indian law. They always considered the Spanish law their own, as the Spanish King was their own. We can say the same of Portuguese law in Brazil. The concept of imposition or equivalent terms becomes blurred when we go to the micro level or try to analyze more closely.

By the end of the 18th century, Latin America had an elite educated in (Modern) Roman law and more or less knowledgeable of Spanish (or Portuguese) legislation. Only *criollos* or white people were admitted in the law schools. After independence, this elite -to which some *mestizos* were added- basically retained the old law but modified it by

adopting modern constitutions and some new statutes. They changed the political system, severing the ties with the Iberian monarchs. They adopted more modern forms like constitutions. In the field of legal education Roman and Canon law continued to be taught, but so was Bentham, Vattel, Burlamaqui, political economy. Thus new and revolutionary ideas were added to the mix that became Latin American law (Bastos, 1978; Falcao, 1978; Pérez Perdomo, 1981).

The adoption of new authors raised problems: many of them were Protestants who supported heretical theses. For this reason a new literature was produced, expurgating the heretical aspect of new ideas (Pérez Perdomo, 1982). The elite wanted a political modernization and a moderate intellectual change, not a devastation of social structures. It is a *traditionalist modernization*, as Trazegnies (1980) suggests, analyzing the Peruvian changes. Much of the originality of Bello's Civil Code comes from the moderation in the modernization: many of the traditional rules passed under the new form of the Code.

For the 19th century elite the biggest issue was the place of the Catholic Church. *Conservatives* favored a close cooperation between Church and State. The Church sought to maintain control of education and family regulation and some power of censorship. Conservatives went along with this because they wanted to use the Church to keep social order. *Liberals* wanted a secular State and a tight control on the Church. They sought to place education and family regulation under the national legal system, the lay law. In the second half of the 19th century in most Latin American countries liberal ideas gained dominance, and the liberals' political platform was put into effect (Pérez Perdomo, 1991).

In the 20th century Latin American countries have adopted at least two contradictory sets of policies on law and economic modernization. Between the 30s and 70s, most countries passed abundant *regulatory law* based on the model of an interventionist State. For example, there was labor legislation, agrarian reform statutes, the nationalization decrees, restrictive banking statutes, complex regulation on import trade and so on. Many of the blueprints for these statutes came from international organizations, such as the International Labor Organization, the U.N. Economic Commission for Latin America, or from other countries. They were attuned to the economic science of the time, development economics. Recently, however, Latin American countries have jumped on the liberalization/privatization bandwagon. Much of the regulatory legislation was abrogated and the legislation is being retuned to the liberal economic policies. Organizations such as the International Monetary Fund, the World Bank and the Interamerican Development Bank are the great providers of experts who give more or less the same advice to the different countries. As a consequence there is an important law reform now underway. Even some very important codes, such as the Penal Code or the rules of civil or criminal procedure, are being modified everywhere in Latin America following the same general lines. There is no conspiracy, even if some people love to see it that way. In reality, the economic and legal *sciences* today happen to agree on certain diagnoses and cures for Latin American problems, just as they also agreed -albeit on different diagnoses and cures- thirty years ago.

Does this mean that Latin American law is a mere copy of codes and laws produced elsewhere? While much of the literature on *influences* or *transfers* supports this conclusion, in fact this overly privileges the importance of legislative texts. Law, in the uncritical version of traditional civil lawyers, is part of an universal knowledge, like chemistry, economy or psychology. Law reformers do not think their mission is to write

original pieces, the way novelists or poets do. They are scholars who are quite well informed of legal literature, both scholarly and legislative, of the main European countries and the United States. Of course, these scholars and law reformers encounter different *models* and they can choose one or the other. As necessary, they make adaptations. This has been the tradition. More recently, the persuasive power of legal or economic sciences, has been enhanced by the more material persuasion of multilateral banks: if the Government goes in the direction indicated by *science* and follows the recommended policies, the country can get credits, grants and other aid. No wonder our legislators have little incentive to be original.

The adoption of codes and legislation very frequently is seen as the importation of law. Usually this is associated with the gap between law in the books and law in practice (Hurtado Pozo, 1979). We have to understand that often is a way to criticize the change of law. Our perspective is completely different. The adoption in Venezuela of an Italian code is not exactly *import* of law, nor the adoption of Mexican *amparo*. This is part of the same tradition. Legislation, as intellectual production, is part of jurists' internal legal culture. The socio-legal question is why this specific model is adopted and how well could work in the society *receiving* it. The problem of lack of adaptation is another. A locally made law could be completely inconvenient because wrong diagnosis of the ills to cure, the disregard of problems of costs and resistance and, in general, the lack of knowledge or studies on the working of law.

Latin America is part of the Civil Law tradition. In terms of the theory of dependency we are a *peripheral* part of it. In practice, Latin American legal scholars and law reformers are constantly looking to Europe for inspiration and models whereas European scholars and law reformers rarely look to Latin America. From the scholarship perspective, Latin Americans tend to be more cosmopolitan (or informed of different laws and cultures) than their European peers⁸. But how to explain such an European internal legal culture in countries that are socially quite different? How the social and political differences could change the reading of texts, the use of rules, or impact the jurists' legal culture? Is anything interesting to learn from Latin America? These are the last question we will try to answer.

III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA

Jorge Luis Borges tells the wonderful story of Pierre Menard who undertook to write a new version of *Don Quijote*. He avoids the temptation to modernize the text or change the actions. Menard's *Don Quijote* is, line by line, exactly the same as the one written by Cervantes. But it means other things for many reasons. One of the reasons is that Cervantes already wrote it and we all know the novel. Perhaps my memory is modifying Borges' story but my point is very close to this paradox. No matter how similar are the laws, the *meaning* would be different. My colleagues in Latin America probably would find this metaphor unacceptable. They look at the rules and they can cite the many occasions in which a Latin American code or scholar found a more ingenious solution to a problem of law that haunted French or German jurists in their time. It is true. Law is a collective construct. Each one makes a contribution and the great authors or codes are those most able to summarize the contributions in an elegant way. We have

8. FUENZALIDA, (1972) made a similar observation for scientists many years ago.

quite a few great jurists, even if they are not much read in Europe. For the sake of my argument, it does not matter how *original* are our codes and authors, and I prefer to stress how close Latin American jurists are to the Civil Law tradition.

Latin America is the result of the expansion of the European world system in the 16th century. We are Latin Europe's scions, or at least, the Latin American elite think we are. 19th and 20th century legal texts are part of an effort of modernization within this tradition. The modernization was led by Latin American natives and they look to France, Italy (and Spain and Portugal too) for legal models. They read Locke, Rousseau, Montesquieu, Bentham, Constant. The distinction between internal and external legal culture is here very important (Friedman, 1975). The *culture* or ideas and beliefs about law held by Latin American jurists are quite close to those held by jurists in Latin Europe. The literature and the teaching of law are quite similar. Even the ideas about the role of lawyers and judges are quite similar to those found in Europe (Abel, 1988; Merryman, 1985). Even in this century many didactic books written by European or Latin American authors were used throughout Latin America and in Latin Europe. Colin and Capitant, Del Vecchio, Jiménez de Asúa, García Pelayo, García Maynez, Recansens Siches, were widely read and used as textbooks. Kelsen's impact was bigger in Latin America than in Germany, as was Krause's in the 19th century. The rules may be different, but the notions of law, the legal language and values, are the same. There is no doubt that the internal legal culture of jurists (especially the legal scholars) has been transplanted.

In this perspective Latin America is well placed in the Civil Law tradition. But this does not complete our analysis. Legal texts are cultural artifacts and they can have a plurality of meanings. The *social* meaning could be different from the mere textual one and could also be different to the social meaning of a similar text in very different circumstances. The example we will choose to illustrate the point is the constitution. Latin America, as a whole, has been probably the biggest producer of constitutions in the world from the early 19th century on. This literature has been quite well established in the world from that time on: every constitution has a part regulating the state structure and functioning and a declaration of rights (or bill of rights).

Latin American constitutions, like many others, establish three national powers: the legislative, the executive and the judicial. Like the US constitution, they are presidentialist, but we can find peculiarities. The President's power generally is quite extended. In addition, there are articles on emergency situations, which increase military and presidential powers. The other part of the constitution is a declaration of rights. The declared rights have changed over time. The list is much bigger now than 100 or 60 years ago. Many constitutions establish accelerated procedures for protections of endangered rights. The Mexican, Argentinean, Costa Rican and Venezuelan *amparo*, the Brazilian *mandado de segurança* and the Colombian *tutela* are examples. The development of *amparo* is usually thought of as an important Latin American contribution to law (Fix Zamudio, 1964, 1988; Barbi, 1977; Rondón de Sansó, 1988).

There are several possible interpretations of these constitutional trends. Loveman (1993) charges that the provisions on states of emergency make them *the constitutions of tyranny*. Latin American scholars, by contrast, see in the *amparo* the highest testimony of our love for freedom and a wonderful example on protection of rights. Which of these contrasting interpretations is right? The answer cannot be found in the constitutional texts, where most jurists look for them, but in the social uses of law. In this case, in the social and political uses of the constitution.

If we look to the analysis of Latin American political systems in historical perspective, we find that *political personalism* is an important feature (Soriano, 1996, 1997). Personalism implies that charismatic or strong leaders have had (and have) a very important role in the political system. The legal and institutional system is important but it is considered legitimate to change the constitution, or to push its interpretation to the limits, to accommodate political needs. In today's Latin America, Cardozo, Menem and Fujimori are examples of personalism, but we should not take them as tyrants or think that the constitution has no meaning whatsoever in Brazil, Argentina and Peru. The constitution is important and for this reason is changed quite frequently. It would not be true to say that most Latin American dictators were completely indifferent to law or the constitution. In fact some aspects of the legal systems fared quite well under dictators like Venezuela's Gómez (Capriles, 1992).

Generally speaking, Latin American countries have not had stable political systems built on legal institutions. Some countries have had long periods of stability, like Chile before the 1970s, Costa Rica since 1950 and post-revolutionary Mexico, but, as a general trend, stability was brought about by the working of networks inside the social and political systems (Lomnitz, 1988). In general terms, Latin America is a region known for frequent revolts or revolutions. There is street violence too. In these circumstances there is a need for strong government and even the punishment of the body looks legitimate (Caldeira, 1996). The rule of law was not always considered adequate to manage a turbulent time. Strict respect of human rights and broad support of legality are not typical features of Latin American legal and political systems.

Yet there is a long tradition of constitutionalism. Constitutional law is taught at the universities, even in the worst authoritarian regimes. Scholars publish monographs and handbooks on the matter. In most countries the national constitution is a bestseller. You can buy it for few pennies in Caracas, Bogota, Lima or Rio. In good bookstores or in the libraries you can find thick volumes on constitutional subjects. When political fortunes change, the constitutional text is a very important criterion for evaluating a regime and, at the same time, frequently a constitutional assembly is called to modify the constitution. There is always the aspiration for a respected constitution and rights. Much of the development of *amparo* has to do with this desire for a true rule of law.

How is this experience with constitutionalism comparable with Europe's. Europe's history has not been a paradigm of political stability and rule of law. Some European countries have suffered long dictatorships, like Hitler's, Mussolini's and Franco's, as have most Latin American countries. The European dictators seem to care very little about the law, while the Latin Americans were very careful adapting the constitutions, resolving a host of legal problems arising from the dictatorship and tricking elections. Of course, it is not a question to decide which dictators were better. Juan Vicente Gómez or Augusto Pinochet were always careful in organizing (manipulating or stealing) elections and changing the constitution, while Franco declared himself *caudillo de España por la gracia de Dios* (Fernández Segado, 1986)⁹. López Ayllón (1995) points out the almost absolute (even if temporary) power of the Mexican President, but the 1927 constitution has been amended 300 times¹⁰. This reveals the importance of consti-

9. Dictators usually pretend a charismatic legitimacy. European dictators like FRANCO, SALAZAR, MUSSOLINI and HITLER pretended too a type of traditional legitimacy, appealing to old historical roots. Latin American appeal to constitutional legitimacy. But I have not studied or seen any comparative study of dictatorship.

10. LÓPEZ AYLLÓN (1995) explains the extreme presidentialism of Mexican political and institutional systems by, among other factors, the heritage of Aztec *Tlatoami*. Nevertheless he does not explain how the institution sur-

tutions in Latin American politics. Legitimization of power passes by constitution writing and electoral processes. Tradition or a mythical history (like in the cases of European dictators) is not a valid source of legitimization.

Hurtado Pozo (1979) made a careful analysis of penal law *import* in Peru. In 1862 Peru adopted the Spanish code that was much in line with her own tradition, but in 1924 adopted a new code, mostly following Swiss projects. It was a very modern penal code for the time. Nevertheless, the social conditions were quite different. For example, an important part of Peruvian population was Indian. For this reason, the Peruvian code distinguished between *savage*, *semi-civilized* and *civilized* Indians, establishing different types of penal responsibility. On the other hand, the Swiss code required a plurality of penal institutions that Peru could not afford (or were not interested in). The practice of penal law resulted far more repressive in Peru, even if the codes were identical in structure and quite similar in their contents.

A similar analysis could be made for other institutions like urban property. The law on the books is quite similar to the law of other countries of the Civil Law tradition. There may be slightly different rules, but the structure is more or less the same. Law in action offers quite a different story. For example, most Latin American cities faced an explosive growth, mostly due to the migration of low-income people. They squatted and established themselves in the cities (the *favelas*, *barrios*, *ciudades perdidas*) and created *illegal cities* (Fernandes & Varley, 1998; Karst et al., 1973; Santos, 1977; Pérez Perdomo & Nikken, 1979; Azuela de la Cueva, 1989). This is relevant for the law even if books on property or urban law do not treat the subject.

The examples of urban law problems are not unknown in Europe. The *chabolos*, the *crecита urbana abusiva* (Piazzo, 1982) and the *okupas* could have some parallelisms with the mentioned *barrios* and *favelas*, but there is a dimension which is different. Perhaps because of the size of the illegal sector the European countries can take measures to eradicate it, while in Latin America the effort of solution passes by the recognition and regularization (Pérez Perdomo & Bolívar, 1998; Becker, 1996).

Other examples could be brought. Violence and institutional violence are present in many countries, but the scale in which we know them in most Latin American countries has probably a qualitative difference. Concepts like institutional violence and marginality has been very much associated with the criminological research in Latin America (Birkbeck, 1994). The relationship between the State and criminal violence is much more ambiguous in Latin America because the police force and the army are part of the problem (Chevigny, 1995). This affects very much human rights and the concept of citizenship that have in Latin America a special resonance, as we have seen for the case of the constitution (Caldeira, 1996; Velho & Albito, 1996; Soares *et al.*).

In this perspective the obvious question is why the Latin American jurists and legislators keep looking to Europe and transplanting legal texts if the rate of *successful transplants* is so low. A provisory answer should look at the analysis of jurists' internal legal culture. For most Latin American jurists, legislation is a cultural object and tool. A code could have aesthetic values and is comparable to a picture. I could like it because it is clear, systematic, plenty of ethical content and closer to most modern doctrines. In addition, it is an instrument that can shape society. Reproducing the Swiss Penal Code, the

vived 500 years of history. In fact, Mexican presidents never call on the Tlatoami, they use republican symbols and every year proffer the *Grito de Dolores*, that is a freedom call. LÓPEZ AYLLÓN's explanation would not be valid for other Latin American countries, highly presidentialist too, that did not have an equivalent figure in their pre-Columbian past (Argentina, Paraguay, Colombia, Venezuela).

Peruvian legislator could expect (or dream) of having a penal system working as well as the Swiss penal system. Of course, they know there will be difficulties, but if society could be molded by law and reason, why could not be molded the Peruvian society? The additional advantage is that rulers show how modern they are and how much they care of transforming society.

We are not talking only of historical or past ideologies. Venezuela approved in 1997 a very modern Código Orgánico Procesal Penal. Venezuelan legislators and judges traveled to Germany (invited by the German agency for international cooperation) and observed carefully the functioning of the German courts and penal systems. They put a lot of attention to the codes. German legal scholars visited Venezuela. After theoretical discussions and political maneuvering, we got a beautiful and modern code. Nobody put attention to the institutional infrastructure for handling cases and condemned people (Feest, 1997). Studies in the country, even of the organizational culture of key institutions for the working of the system, were not considered necessary (Pérez Perdomo, 1997).

From the sociology of law perspective the foolishness of the idea that legislation could easily shape society is obvious, but unfortunately most jurists have a completely different view. We have not worked enough in the analysis of jurists' legal culture, even if some interesting efforts should be pointed out (Squella, ed., 1988, 1994; León Pastor, 1996). A hypothesis could be that rationalism is still an important belief among jurists and other professionals. It would be enough to enact a rational piece of legislation to command the citizens' spontaneous adhesion. In this perspective, resistance by organizational culture, high costs of State apparatus and other plausible obstacles are not important.

We know still less on the external (or general society) legal culture in Latin America. There are several studies on specific concerns in national frameworks (Gessner, 1984; Rosen, 1971; López Ayllón, 1995, 1997; Castañeda y Cuellar, 1997; Junqueira, 1998). Perhaps it would be excessive to talk about one single (external) legal culture in Latin America. The argument we have made is that, perhaps, we could. There is a common history, many social problems are similar and policies -determined by economic *science*- and by multinational banks are the same. The hypothesis of some common traits in the external legal culture is plausible, but, at this moment, only a hypothesis. Let's make abstraction for the moment that the concept of legal culture is quite problematic (Nelken, 1995, 1997; Salter, 1995; Cotterell, 1997, Friedman, 1997). Fortunately, for my argument now, I do not have to prove that we have this common legal culture. The core of the argument is that social and political circumstances are different and the constitutions, codes, rules and principles could have a different social meaning. The similarity of legal texts probably should be taken with a grain of salt, because their social meaning and function are different.

We now can answer the question if there is anything to learn from Latin America. The area has produced many important jurists and in most important fields of law probably there are contributions by Latin American legal scholars. Institutions like the *amparo* have been developed in the region. Nevertheless, in my perspective, the most important contribution is putting in evidence aspects of the relationship between law and society that in other areas of the world are present, but not with the intensity, or sometime the nakedness, of Latin America. Unfortunately, the research on law and society in Latin America is clearly underdeveloped.

REFERENCES

ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinaires du Code Civil français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París 1969.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, México, El Colegio de México.

BARBI, Celso Agrícola, *Do mandado de seguranca*, Forense, 3ª ed., Río de Janeiro.

BARRETTO, Vicente- "O Estado de Direito e os cursos jurídicos: Debate original", in BASTOS, A.W., (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras*, Câmara dos Deputados, Brasília.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

BASTOS, Aurelio Wander, "O Estado e a formacao dos currículos jurídicos do Brasil", in BASTOS, A.W. (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileira*, Câmara dos Deputados, Brasília.

BEVILACQUA, Clovis, *Historia da Faculdade de Direito de Recife*, INL, Brasília 1977.

BIRKBECK, Christopher, "Conceptos criminológicos derivados de la experiencia latinoamericana", *Revista Cenipec* 15, 1994.

BORAH, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, Fondo de Cultura Económica, México.

CALASSO, Francesco, *Medio evo del diritto*, Milan 1954.

GIUFFRÈ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio, "Crime and individual rights: Refraining the question of violence in Latin America". E. JELIN & E. HERSHBESRG: *Constructing democracy, Human rights, citizenship and society in Latin America*, Westview, 1996.

CAPRILES, Ruth, *Los negocios de Román Delgado Chalbaud*, Academia Nacional de la Historia, Caracas.

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando & CUÉLLAR VÁZQUEZ, A., (Coordenadores), *El uso y la práctica de la ley en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

CHEVIGNY, Paul, *Edge of the knife. Police violence in the Americas*, New Press, New York 1995.

CLAVERO, Bartolomé,

- "La disputa del método en las postrimerías de una sociedad: 1789-1808", *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLVIII, 1978.

- *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994.

COTTERRELL, Roger, "The concept of legal culture" in D. Nelken (ed.), *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth.

FALCAO, Joaquim de Arruda, "Os cursos jurídicos e a formacao do estado nacional", BASTOS, A.W. (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras*, Câmara dos Deputados, Brasília.

"Lawyers in Brazil. Ideals and practices", *International Journal of the Sociology of Law*, 7.

FEEST, Johannes, *El proceso penal en Alemania. Una visión social y comparada*, Conferencia en el IESA, No publicada.

- FERNANDES, Edesio & VARLEY, A. (eds). *Illegal cities*, Zed Books, London.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas*, 4th ed. Civitas, Madrid 1986.
- FERRARI, Vincenzo (ed), *Developing sociology of law*, Giuffrè, Milano.
- FIX ZAMUDIO, Hector, *El juicio de amparo*, Porrúa, México 1988. *Latinoamerica: Constitucion, proceso y derechos humanos*, Uduel-Porrúa, México.
- FRIEDMAN, Lawrence, *The legal system. A social sciences perspective*, Russell Sage Foundation, New York 1975.
- “The concept of legal culture. A reply” en D. Nelken (ed.), *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth.
- GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- GILISSEN, John, *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique*, Université Libre de Bruxelles.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, “Literatura jurídica mexicana, 1821-18701”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año II, N° 4, 1987.
- 1988 *El derecho civil en México, 1821-1870*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HURTADO POZO, José,
La ley “importada”, Recepción del derecho penal en el Perú, Cedys, Lima 1979.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho, *Literatura & direito. Uma outra leitura do mundo das leis*, Letra Capital Editora, Río de Janeiro 1998.
- KARST, Kenneth, *Latin American legal institutions. Problems for comparative study*, University of California, Los Angeles.
- KARST, Kenneth, SCHWARTZ, M., SCHWARTZ, A., *The evolution of law in the barrios of Caracas*, University of California, Los Angeles 1973.
- KOSCHAKER, Pablo, *Europa y el derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.
- LEÓN PASTOR, Ricardo, *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*, Academia de la Magistratura, Lima 1996.
- LOMNITZ, Larissa Adler, “Informal exchanges networks in formal systems. A theoretical model”, *American Anthropologist*, 90, 1988.
- LOMNITZ, Larissa and “Cultural elements in the practice of law in Mexico. Informal networks in a formal system”, Paper in *New challenges for the rule of law: lawyers internationalization and the social construction of rules*, America Bar Foundation and University of California, (Not published), Santa Barbara.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “Notes in Mexican legal culture”, *Social and legal studies*, vol 4, n. 4, 1995.
- Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, Universidad Nacional Autonoma de México.
- LOVEMAN, Brian, *The constitution of tyranny*, University of Pittsburgh Press, 1993.
- MAFFEI, Domenico, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano 1956.

MARILUZ URQUIJO, José M., "El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos de derecho castellano" en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid.

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law tradition*, 2nd ed., Stanford University Press, 1985.

MERRYMAN, J.H., CLARK, D., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems*, Bobbs Merrill, Indianapolis.

MERRYMAN, J.H., CLARK, D., FRIEDMAN, L., *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America. A handbook of legal and social indicators for comparative study*, Stanford Studies in Law and Development, 1979.

NELKEN, David, "Disclosing/invoking legal culture: An introduction", *Social and legal studies*. vol 4, 4. 1997. "Puzzling out legal culture. A comment on Blankenburg" in D. Nelken (ed), *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth.

PÉREZ y LÓPEZ, Francisco Javier, PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Los abogados en Venezuela. Estudio de una élite intelectual y política, 1780-1980*, Monte Avila, Caracas.

- "Bello y la literatura didáctica en derecho", *Revista Nacional de Cultura* n° 249, Caracas 1982.

- "Teoría y práctica de la legislación en la temprana República (Venezuela, 1821-1970)" in GIULIANI, A. & PICARDI, N., (a cura de), *Modelli di legislatori e scienza della legislazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia.

- "Liberalismo y derecho en el siglo XIX de America Latina", *Sociología del Derecho*, XIX, 2.

- "Proceso y castigo. Tradición hispánica y cambios republicanos en la primera mitad del siglo XIX", A. Giuliani & N. Picardi (a cura de), *Modelli storici della procedura continentale*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia 1994a.

- "Western and non-Western themes in the Latin American sociology of law" M. Chiba (ed), *Sociology of law in non-Western countries*, International Institute for the Sociology of Law, Onati 1994b.

- "Corruption and political crisis", L. Goodman; J.M. Forman; M. Naim; J. Tulchin; G. Bland (eds), *Lessons of the Venezuelan experience*, Washington. *The Woodrow Wilson Center Press*, John Hopkins University Press, Baltimore.

- "Corrupción: la difícil relación entre política y derecho", *Politeia* 19.

- "El Código Orgánico Procesal Penal y la administración de justicia", No publicado, 1997.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio & NIKKEN P., *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*, Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela, Caracas.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio & BOLÍVAR, T., "Legal pluralism in Caracas", E. Fernandes & A. Varley (eds), *Illegal cities*, Zed Books, London.

PIAZZO, Pietrenzo, *Roma. La crescita metropolitana abusiva*, Officina Edizioni, Roma 1982.

RODRÍGUEZ O., Jaime, *The independence of Spanish America*, Cambridge University Press.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El amparo constitucional*, Librería Venespa, Caracas 1988.

ROSENBLAT, Angel, *La población indígena y el mestizaje en América*, Nova, Buenos Aires 1954.

-*La población en América en 1492*, El Colegio de México.

ROSSEN, Keith, "The jeito: Brazilian institutional bypass of the formal legal system and its development implications", *American Journal of Comparative Law* 19.

ROSTI, Marzia, *Come la Spagna perse l'America*, Unicopli, Milano 1996.

SALTER, Michael, "A dialectic despite itself? Overcoming the phenomenology of legal culture", *Social and legal studies*, vol.4, n.4.

SANTOS, Boaventura de Sousa, "The law of the oppressed: The construction and reproduction of law in Pasargada", *Law and Society Review* 12.

SNYDER, Frederick (Compiler), *Latin American society and legal culture. A bibliography*, Greenwood Press, Westport 1985

SOARES, Luiz Eduardo, e colaboradores, *Violência e política no Rio de Janeiro*, Re-lume Dumará, Río de Janeiro 1996.

SORIANO DE GARCÍA PELAYO, Graciela, *El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX. Criterios y proposiciones metodológicas para su estudio*, Monte Avila, Caracas 1996.

-"El personalismo político latinoamericano del siglo XIX", *Politeia* 20, 1997.

SQUELLA, Agustin (ed)

-*La cultura jurídica chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile 1988.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina (1810-1870)*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires.

-*Nuevos horizontes en el estudio histórico del desrecho indiano*, Instituto de Investigaciones del Derecho, Buenos Aires 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid 1983.

TRAZEGNIES, Fernando de, *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

VAN HOECKE, Mark and WARRINGTON, M., "Legal cultures and legal paradigms: Towards a new model for comparative law", *International Comparative Law Quarterly*, vol 47, 3.

VALADAO, Haroldo, *Historia do direito, especialmente do direito brasileiro*, Freitas Bastos, Río de Janeiro 1972-3.

VALLENILLA LANZ, Laureano, *Cesarismo democrático*, Tipografía Vargas (2ª edición), Caracas 1929.

VELHO, Gilberto & ALVITO, Marcos (organizadores).

-*Cidadania e violência*, Editora UFRJ, Editora FGV, Rio de Janeiro 1996.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchrestien, París 1968.

VOLKMER, Antonio Carlos (Organizador), *Fundamentos de historia do direito*, Del Rey, Belo Horizonte 1996.

-*Historia do direito no Brasil*, Editora Forense, Ríó de Janeiro 1998.

WATSON, Allan, *The making of the Civil Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1981.

-*Legal transplants*, 2d ed. Athens, University of Georgia Press, Georgia 1993.

WEHLING, Arno

-*O direito brasileiro nos seculos XIX e XX*, Unpublished, 1998.

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO

Ignacio De León

Ex Superintendente. Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia de Venezuela

Este ensayo explora de qué manera las políticas regulatorias basadas en la corrección de fallas de mercado pudieran encontrarse reñidas con la búsqueda de eficiencias corporativas en América Latina. La regulación de la economía se basa en la aceptación de un paradigma que visualiza los mercados como estructuras, y a la función regulatoria, como orientada a corregir fallas de mercado y mejorar la asignación de recursos sociales existentes. Sin embargo, los mercados evolucionan, en un ambiente donde la competencia define constantemente nuevos escenarios que el empresario debe interpretar para triunfar, y cuya maleabilidad el regulador debe comprender a fin de regular adecuadamente con miras a elevar la capacidad del sistema social y los mercados para generar innovaciones. En el caso de las políticas de competencia, ellas son vistas, bajo la perspectiva convencional, como instrumentos para lograr un punto óptimo de eficiencia social, generalmente percibido en el *equilibrio* del sistema económico. De esta manera, se deja de lado el factor evolutivo del tiempo y la incertidumbre, los cuales son esenciales para comprender de qué manera las firmas se comportan en el mundo real, afianzando sus expectativas, para tomar decisiones de inversión. Por ello, el enfoque convencional no explica de qué manera surge la necesidad de celebrar acuerdos entre empresas para facilitar el intercambio de información, para asegurar sus inversiones a largo plazo y reforzar sus expectativas recíprocas. Por esta razón, las políticas regulatorias convencionales lucen inadecuadas para *interpretar* esta realidad; en lugar de ello, consideran estos arreglos como estratagemas dirigidos a imponer de mala fe condiciones monopolísticas, y explotar *fallas de mercado*. Este ensayo intenta esbozar el problema conceptual de esta visión paradigmática de los problemas sociales, y a la vez, intenta delinear una visión institucional alternativa, la cual permitiría apreciar los problemas de competencia en un contexto de largo plazo y en una realidad de *desequilibrio*. Para ello, aboga por una política de promoción a la competencia que refuerce, antes que destruya, las expectativas de las empresas en los mercados, lo que en los países en vías de desarrollo es particularmente importante, dada la incertidumbre que generalmente caracteriza sus instituciones. En particular, se hace énfasis en la necesidad de reforzar los derechos de propiedad y la desregulación, como formas de intervención pública para la promoción a la competencia.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Este ensayo propone que, más allá de reflejar una inspiración ideológica definida, la intervención estatal de los mercados obedece a la percepción que de éstos posee el agente regulador encargado de implementar la intervención pública.

Generalmente se afirma que el Derecho Público posee un evidente contenido ideológico que define en la mente del regulador la relaciones entre los individuos y el Estado. Loughlin, por ejemplo, destaca dos tipos generales de *estructuras* en el pensamiento del derecho público o *tipos* que inciden en la actitud de los poderes públicos hacia los individuos, la primera el *normativismo* del pensamiento liberal, y el segundo, el *funcionalismo* de inspiración positivista. (Loughlin, 1992). Ambas estructuras de pensamiento moldean el carácter del derecho público en claves completamente opuestas; así, en tanto que el normativismo propone el respeto por las reglas abstractas del orden natural para el buen funcionamiento de la sociedad, el funcionalismo sugiere la adopción de una acción moduladora de la realidad social en atención a objetivos estimados por la autoridad como socialmente deseables. Cohen-Tanugi destaca de qué manera este carácter impreso en uno y otro caso es producto de una tradición histórica que diferencia los sistemas jurídicos anglosajones de los romano-canónicos. (Cohen-Tanugi, 1985). Asimismo, al explicar el surgimiento histórico del derecho público en la tradición continental, García de Enterría razona la concepción *ius publicista* de la Ley, como personificación de la voluntad popular, en marcado contraste con el carácter *ius privatista* dado a la Ley en el derecho anglosajón, como factor de protección de los espacios individuales frente al Poder. (García de Enterría, 1994). Esta diferencia obedece, en su origen histórico, al contraste mismo entre *common law* y derecho continental, cuyas características comparadas Merryman expone brillantemente. (Merryman, 1969).

Sin embargo, pocas veces se examina *el origen* de la posición ideológica tenida por el regulador hacia la realidad social que le toca administrar. El propósito de este ensayo es destacar la influencia del factor epistemológico o modo de aprehender la realidad que determina en el regulador una preferencia ideológica a favor o en contra de la eliminación de los mecanismos espontáneos de interacción social que se producen en el mercado. A tales efectos, se examina la política de promoción a la competencia como caso de examen.

Concretamente, se afirma que la visión convencional de la competencia propiciada por las políticas antimonopolios adolece de severas limitaciones para servir de base a la regulación eficaz de los mercados, pues distorsiona la imagen de los mercados, ya que emplea un lente teórico inadecuado para dicho examen. Por esta razón, conduce a conclusiones normativas insostenibles acerca de prácticas y estructuras corporativas cuyo propósito puede ser justificado en razones muy distintas de la supuesta intención monopolística que se da por sentada en dichas políticas.

Igualmente, se perfila una línea de acción de políticas públicas para la promoción de la competencia, que permita resolver las críticas hechas contra el paradigma convencional de los mercados y de su regulación.

II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS

La promoción de la eficiencia económica como objetivo de las políticas públicas está asociada con la visión positivista en el estudio de los procesos de mercado. Si bien en el campo de la filosofía de la ciencia, el positivismo científico ha perdido ya mucho de su anterior ascendiente como método de investigación científica, no es menos cierto que el

empiricismo que ha perfilado el estudio de los fenómenos sociales es aún dominante entre los científicos sociales.

Esta *forma de entender* la realidad ha inducido a los responsables del diseño de las políticas de intervención estatal a visualizar su acción interventora según la percepción recibida del dato social, y su comprensión acerca de la causalidad económica de los mercados. F. A. Hayek, reconoció tempranamente este proceder al señalar: “Me parece que muchas de las controversias actuales sobre teoría económica y política pública tienen en común un malentendido sobre la naturaleza del problema económico de la sociedad. A su vez, este malentendido se debe a una aplicación errada sobre los fenómenos sociales de los hábitos de pensamiento que hemos desarrollado en el análisis de los fenómenos de la naturaleza”. (Hayek, 1948: 78). Estos *hábitos de pensamiento* fueron un factor decisivo de la percepción predominante entre los economistas sobre los fenómenos sociales, lo que vino a influenciar la dirección que habrían de tener las políticas públicas en países en vías de desarrollo al momento de abandonar sus antiguas políticas *desarrollistas* por otras de mercado. Se trataba de ideas ya consolidadas en el debate intelectual de la teoría económica prevaleciente hacia 1930, con el triunfo del positivismo científico en la ciencia económica, sobre la generación anterior de economistas clásicos.

En esencia, los economistas clásicos habían intentado analizar las *leyes de la naturaleza* mediante la formulación de conceptos metafísicos que pudieran dar una explicación última a la manera cómo se producen los fenómenos sociales. Para ello, centraron su atención en el proceso por el cual las firmas descubren las preferencias de los consumidores y los mecanismos de reducción de costos más eficaces para satisfacer esas preferencias. Su método no consistía en escoger datos empíricos que pudieran verificar o falsear una hipótesis o teoría sobre el acaecimiento de un fenómeno, lo que pudiera, a su vez, anticipar o predecir el futuro mediante *leyes* de comportamiento social. Para comenzar, su interés no estaba en predecir eventos futuros, sino en explicar comportamientos pasados. Por ello, como se indicó, su método se basaba más bien en la formulación de premisas apriorísticas, respaldadas en conceptos metafísicos. Por ejemplo, la afirmación de derechos de propiedad, que servía de base a la formulación de explicaciones sobre la manera en que la competencia entre empresas habría de producirse, en una contienda en que “las firmas aprendían qué producir y cómo hacerlo” (Machovec, 1995: 16) se basaba en la idea de un derecho natural que los justificaba.

Este análisis de los fenómenos sociales cambió hacia finales del siglo XIX, con el advenimiento del positivismo en la filosofía de la ciencia. A partir de entonces, los científicos sociales examinaron los problemas sociales bajo la formulación de teorías sujetas a verificación empírica. Al hacerlo de esa manera, implícitamente reconocían una suerte de analogía entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, lo que permitía a las segundas explorar la existencia de regularidades o patrones de comportamiento supuestamente existente en el comportamiento de los individuos en sociedad. A través de esos patrones, los científicos sociales podrían entonces formular *leyes sociales* que pudieran predecir eventos sociales futuros, y de esa manera, corregir aquellas tendencias indeseables.

Contra esta idea, Mises posteriormente indicaría que el comportamiento económico no puede ser asimilado a los fenómenos de la naturaleza. Ciertamente, los eventos físicos y de la naturaleza están sujetos a *leyes*, susceptibles de ser idealizados en patrones de conducta o regularidades fácilmente predecibles mediante la observación empírica. En consecuencia, los eventos pasados permiten de alguna manera predecir los futuros.

Sin embargo, en la economía las cosas son diferentes, pues la economía trata sobre las percepciones que podemos construir sobre el comportamiento de los individuos, y los individuos hacen depender su comportamiento de acuerdo con finalidades o propósitos personales que no pueden ser predichos. (Mises, 1962). En este mismo sentido, y de manera más extensa, Lachmann argumentaría más tarde: “¿Cómo puede un sistema de lógica pura, como el de la lógica de la escogencia (que caracteriza las decisiones de los individuos en el mercado), proveer conocimiento fáctico? La respuesta sigue la esencia de mi planteamiento: La distinción entre conocimiento lógico y conocimiento fáctico se justifica en el campo de la naturaleza, donde no existe un concepto cuyo significado nos sea directamente accesible, y donde por tanto, debe ponerse constante cuidado para distinguir entre nuestros conceptos sobre la realidad, y la realidad misma. En el campo de la acción humana ello es diferente. Aquí, una distinción como esa parece injustificada. Por una parte, somos incapaces de verificar o falsear nuestros patrones de pensamiento a través de hipótesis que predicen eventos concretos. Los tests científicos son inútiles pues ellos requieren de una completa claridad sobre aquella *posición inicial* concreta en la cual el test desplegará su análisis. Cada acción humana, sin embargo, depende del estado y nivel del conocimiento de los actores en juego. Una verificación mediante test, por tanto, requeriría una descripción exhaustiva del estado del conocimiento de todos los actores, así de cómo está repartido entre ellos -una imposibilidad evidente. De lo contrario, (...), la posición inicial no estará exactamente definida, y se hace (por tanto) imposible cualquier verificación mediante test. En economía esto significa que cada transacción concreta depende, entre otras cosas, de las expectativas de los participantes. Para sujetar una teoría económica a un test *in concreto*, debemos, entonces, ser capaces, en el momento actual en que se formula la teoría, de predecir las expectativas de los agentes en el momento (futuro) de realizar la verificación mediante test”. (Lachmann, 1977: 57-58).

A pesar de la contundencia de este planteamiento, y de los que se formularon en su contra, el positivismo ganó la partida al despuntar el presente siglo, influenciando con ello la ciencia económica, la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. En particular, los economistas asumieron cada vez más que la verificación empírica podía de alguna manera dotar de *objetividad* la apreciación sobre la actividad económica.

Basada en estas premisas, la teoría económica evolucionó hacia un conjunto de *modelos* explicativos en términos positivos de cómo funcionan los mercados. El cuadro esbozado por la naciente escuela neoclásica de la economía intentaba delinear regularidades y mediciones cuantitativas de los fenómenos sociales. Para hacer asequible este análisis, se impuso la necesidad de visualizar la existencia de un *equilibrio* bajo el cual habrían de examinarse los procesos económicos. Mediante esta herramienta heurística era posible entonces apreciar los fenómenos de mercado, estableciendo cuán lejos o cuán cerca las situaciones de mercado habrían de estar de este *equilibrio* ideal.

Esta visión de equilibrio sobre la realidad social ha marcado profundamente la comprensión de los fenómenos sociales entre los economistas y otros científicos sociales, llegando a constituirse en el paradigma convencional de la ciencia económica contemporánea. Como expuso Thomas Kuhn en *The Structure of Scientific Revolutions* (Kuhn, 1970), la ciencia no avanza en una visión whig, que busca una verdad objetivamente, por medio de la solución progresiva de hipótesis; esta forma de razonar científicamente tiene un punto de agotamiento, donde la formulación de nuevas soluciones se hace cada vez más difícil para problemas no resueltos situados en la periferia científica. Por ello, este autor afirma que en lugar del avance progresivo, la ciencia avanza por

oleadas o paradigmas donde no sólo las soluciones, sino aun más, los problemas planteados, tienen sentido dentro de una determinada *visión* o perspectiva, fuera de la cual se hace imposible formular problemas científicos a resolver.

En el campo de la ciencia económica, es posible afirmar que la formulación de problemas a partir de la visión de *equilibrios* que arranca con los clásicos, pero se consolida con los neoclásicos, constituye un paradigma dentro de dicha ciencia, y por tanto, una forma localizada históricamente de comprensión a los problemas a resolver, en el campo de dicha ciencia.

III. LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS

Bajo la tradición neoclásica de los mercados, los procesos económicos son representados como una combinación de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya interacción llevaría a un estado de reposo o *equilibrio*. Este equilibrio podría ser alterado únicamente a través de un *shock* externo como un cambio en las circunstancias, que iniciase en el sistema un proceso de interacción entre las diversas fuerzas, hasta encontrar un nuevo estado de reposo, y así sucesivamente. Nótese que lo determinante en el análisis propuesto no es tanto el proceso de cambio en sí, como la determinación inicial y final de los estados de reposo, que son los que dan la precisión cuantitativa al análisis. El cambio en sí mismo era dejado de lado en el análisis.

El equilibrio requería que los agentes en el mercado tuvieran conocimiento pleno de las circunstancias que pudieran afectarlo (*información perfecta*). Incluso, en estados no equilibrados, el paradigma asumía que el observador podría conocer aquel nivel de información faltante para alcanzar el equilibrio en el sistema (*asimetrías de información*). De no asumirse que los individuos tenían a su alcance toda la información necesaria, era imposible formular modelos de equilibrio general o parcial estables, pues siempre estaba presente la posibilidad de que alguien en el sistema descubriera la existencia de *vacíos* de conocimiento que estimularan su interés por aprovechar la oportunidad, haciendo caer todo el sistema en desequilibrio. Y el desequilibrio, como se verá más adelante, era percibido como un defecto de los mercados; como una *falla*.

Desde luego, suponer que cada agente económico posee información perfecta es otra forma de expresar que el observador del sistema social dispone de un conocimiento omnisciente sobre todas las circunstancias posibles, presentes y virtuales, que pudieran afectar el comportamiento de los participantes en dicho sistema. Se supone por esta vía que el diseñador de políticas públicas puede apreciar el sistema social como quien estudia un fichero de ajedrez, donde es posible conocer anticipadamente todas las estrategias y jugadas posibles que determinan las diversas posiciones para alcanzar sucesivos equilibrios, por medio del cálculo matemático. Dicho de otro modo, asumir que los individuos en el sistema poseen información perfecta era en realidad un ejercicio mental de omnisciencia de parte del observador externo al sistema social, que le permitía cómodamente establecer la asignación óptima de recursos existentes, conforme a su destino más valorado por los participantes en el sistema.

Además, bajo el estado de equilibrio los recursos sociales son asignados de la manera más eficiente entre los agentes económicos, de acuerdo con su valoración más elevada.

(Stiglitz, 1994: 418-424). Desde luego, para identificar y hacer efectiva esa valoración social óptima se requiere también de conocimiento omnisciente sobre las condiciones presentes y futuras determinantes de las capacidades técnicas de la industria particular examinada, información completa no sólo sobre las estrategias de los rivales actuales y potenciales, sino también sobre las preferencias actuales y futuras de los consumidores. Además, esa *eficiencia social* precisa uniformar en una medida única (utilidad) las diversas preferencias y aspiraciones de los agentes acerca de la utilización de esos recursos sociales, para lo cual se impone la necesidad de valorar la realidad de acuerdo con fórmulas que suponen mediciones interpersonales de las utilidades de cada individuo. De modo que estamos en presencia de un cálculo hecho de acuerdo con los intereses y preferencias de quien lo efectúa, dejando de lado la opinión de quienes en definitiva son los que participan en las transacciones de mercado.

Por otra parte, el equilibrio sólo es posible dentro de estructuras de mercado donde la competencia es tan *perfecta* (o cuando menos, *efectiva*) que las firmas individualmente son incapaces de manipular las condiciones de mercado en su propio provecho, teniéndose que conformar con adoptar el precio que les determinen los demás por vía de presión competitiva. Esto es posible en mercados desconcentrados, donde las firmas no pueden ejercitar individual o colectivamente un poder de mercado manipulador de las condiciones prevalentes, particularmente, los precios. El caso opuesto, el de monopolio puro, dibujaba la situación de una empresa que gozaba de entera libertad para aplicar condiciones monopolísticas. De esta manera, los estados de desequilibrio fueron cada vez más percibidos como *imperfectos* o constitutivos de *fallas de mercado*.

La idea de que los mercados, si poseían la estructura *adecuada*, podrían alcanzar un *óptimo social* tuvo sin duda alguna un profundo efecto entre los hacedores de políticas públicas, quienes asumieron indirectamente la idea de que mientras las estructuras de mercado estuviesen más cercanas al estado *óptimo* de desconcentración, era mayor la posibilidad de que pudiera emerger la competencia.

Basados en estas premisas teóricas, los economistas neoclásicos desarrollaron más tarde razonamientos complejos dirigidos a explicar de qué manera en mercados concentrados las firmas eran propensas a restringir la competencia y a generar condiciones monopolísticas. Con el tiempo, los modelos *límites* de *competencia perfecta* y de *monopolio puro* fueron evolucionando a modelos *intermedios* que intentaban aprehender toda la variedad de situaciones intermedias posibles de competencia *imperfecta* (Robinson) o *monopolística* (Chamberlin). (Ekelund y Hébert, 1992: 485-486) Guiados sin duda por lo que pudiera calificarse de *error intelectual* acerca de la esencia y propósito de sus modelos idealizados de situaciones de equilibrio, referidos a estructuras de mercado más o menos concentradas, los académicos neoclásicos asumieron que la realidad habría de encontrarse entre los dos modelos extremos de *competencia perfecta* y *monopolio puro*. Las desviaciones de la competencia *perfecta* requería intervención correctiva de la Autoridad.

Fue gracias a la aplicación práctica de políticas públicas *correctivas*, propiciada por esta visión *estructural* de los mercados, que estas ideas ganaron respetabilidad científica. De hecho, la perspectiva estructural *invitaba* a la intervención del colectivo a cada paso. Así, desde entonces, la regulación correctiva sería considerada necesaria para controlar toda suerte de prácticas monopolísticas capaces de ser adoptadas por inescrupulosas firmas dominantes en el mercado. Dicha posición dominante habría de existir en donde los mercados presentasen barreras al ingreso de nuevos competidores. En consecuencia, la concentración de mercados fue juzgada esencial para establecer el grado de

competencia existente en ellos: mientras más concentrados, los mercados habrían de ser considerados menos competitivos.

En resumen, este paradigma, surgido de la influencia ejercida por el positivismo científico en la teoría económica, creó un cuadro positivo y normativo de las transacciones económicas, donde la clave esencial para establecer cuán competitivos podían llegar a ser los mercados, está dada por su estructura más o menos concentrada. En particular, esta perspectiva subraya la debilidad inherente de los mercados para producir riqueza social, debido a la existencia de *fallas* inherentes que supuestamente les impide alcanzar un óptimo social. Tales fallas inducen los mercados a caer en *desequilibrios*, en los cuales los recursos sociales han de ser asignados ineficientemente. Por esta razón, las políticas públicas han de regular la conducta de los participantes en el mercado, para asegurar que ninguno de ellos introduzca distorsiones o costos sociales en el sistema, con el propósito de beneficiarse a costa del bien común. Igualmente, en la medida en que propiciaba situaciones de *desequilibrio* en el mercado, las restricciones introducidas por los agentes económicos para inhibir la rivalidad entre ellos, eran inevitablemente vistas como un alejamiento de los requisitos de desconcentración necesaria para configurar una situación de competencia perfecta, y por tanto, como iniciativas que producían una asignación ineficiente de los recursos sociales, presumiblemente en favor de monopolistas, inescrupulosos *buscadores* de renta pública.

Es fácil comprender por qué esta regulación correctiva fue inmediatamente percibida como de *interés público*, y por tanto, fácilmente susceptible de ser incorporado a la visión positivista que en el campo del Derecho proponía la realización de cometidos de intervención pública, cuando el derecho declarase un objetivo como de *interés público* sin cuestionar si, en esencia, dicho objetivo perseguía realmente dicho fin, o antes por el contrario, era una coartada que perseguía en realidad obtener una *renta* producida por otros miembros de la sociedad.

Sin entrar a especular sobre las *intenciones* ocultas de quienes apoyan la intervención estatal sobre la base de vagas consideraciones de interés público, sí resulta interesante y objetivamente comprobable poner de relieve las inconsistencias lógicas de la visión de *fallas de mercado* para formular políticas de intervención pública sobre los mercados. A continuación concentramos nuestro análisis en dichas inconsistencias.

IV. ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

La visión convencional de intervención pública de *fallas de mercado* sufre de severas limitaciones epistemológicas que el paradigma neoclásico, dominado por la perspectiva de *equilibrio*, no ha permitido identificar adecuadamente. Así, al permanecer inmune, el paradigma neoclásico ha propiciado que la crítica a los modelos presentados para explicar la realidad se circunscriban a la mera forma, manteniendo intactas las premisas esenciales sobre las cuales se asienta.

Cuando menos, puede decirse que no se han cuestionado las implicaciones normativas de políticas públicas nacidas de aplicar el paradigma neoclásico, porque las sucesivas teorías formuladas con base en nueva evidencia empírica han mantenido las premisas esenciales del paradigma intacto. Estas limitaciones conceptuales han llevado durante décadas a pensar equivocadamente a quienes diseñan políticas públicas, que es

posible alcanzar un estado *óptimo* de asignación en los recursos sociales a través de una política antimonopolios que corrija las *fallas* observadas en la estructura de los mercados, para propiciar una competencia *perfecta*, o cuando menos *efectiva*. La represión de prácticas restrictivas de la rivalidad, de exclusión de competidores, así como el control de concentraciones de mercado ha sido el corolario inmediato de hacer efectiva esta perspectiva en el terreno de las políticas públicas.

Esta sección examina los problemas conceptuales asociados con esta perspectiva, tanto en la descripción positiva equívoca que realiza de los fenómenos sociales, como en la debilidad de las implicaciones normativas que cabe esperar de dicho análisis. Finalmente, se pone de relieve de qué manera, y pese a todas las buenas intenciones y esfuerzos, este enfoque propicia más bien el surgimiento de una discrecionalidad administrativa carente de control efectivo a cargo de las agencias antimonopolios, lo que ha lesionado el funcionamiento de los mercados e inhibido la competencia empresarial, a través del debilitamiento de la regla de derecho y de la erosión efectiva de los derechos de propiedad.

1. Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia

Para comenzar, es preciso insistir en la naturaleza y propósito de los modelos de mercado propuestos bajo la visión estructural neoclásica que inspira todas las ocasiones de intervención sobre los mercados que visualiza el paradigma como necesarios para corregir *fallas de mercado*.

Este recordatorio es preciso, ya que la confusión reside en la imposibilidad última de distinguir normativamente la intencionalidad de los agentes al optar por restringir de alguna manera la rivalidad en el mercado. Esta intencionalidad *la deduce* el paradigma a partir de las inferencias hechas con base en los modelos explicativos de la realidad. Sin embargo, se olvida, o cuando menos, no se enfatiza suficientemente en que estos modelos son simples representaciones de la realidad, lo que de entrada pone en duda su viabilidad para *juzgar* la conducta de los empresarios en el mercado.

Podría afirmarse, con razón, que la representación ideal que los modelos de mercado realizan, *en sí misma* no limita la validez de las inferencias hechas sobre la conducta de las fuerzas del mercado. Nadie duda de la conveniencia del análisis positivo para explicar la interacción entre estas fuerzas, que a la postre define las relaciones de mercado. Pero el empleo de modelos ideales no puede dissociarse tanto de la realidad que la termine por caricaturizar, pues de lo contrario corre el riesgo de propiciar inferencias y establecer causalidades que nada tienen que ver con ella. Esto es exactamente lo que sucede con los modelos de competencia imperfecta o monopolística que inspira la teoría antimonopolios. Ellos definen una causalidad entre concentración de mercados y nivel de competencia (mejor expresada en el “Paradigma S-C-P”), basados en una idealización que poco o nada tiene que ver con la realidad. El origen del error conceptual reside en creer que tales modelos describen situaciones *más reales*, por dibujar situaciones de mercado intermedias entre los dos extremos de *competencia perfecta* y *monopolio puro*. Esto es falso, pues el *realismo* nada tiene que ver con tal condición de los modelos *intermedios*, que *sigue siendo percibida estáticamente*. La realidad, en cambio, es un devenir constante donde las cosas cambian constantemente y es imposible (e irrelevante)

predecir el final, o la etapa siguiente, mientras que el dibujo neoclásico siempre recrea una situación estática de los mercados, como quien toma una fotografía de ellos.

Siendo un proceso de *cambio permanente*, no es posible argumentar la existencia de *fallas de mercado*, las cuales solamente encuentran sentido al ser comparadas con un referente de eficiencia *estática* como es el caso del criterio Pareto óptimo, o Kaldor Hicks. En efecto, para poder determinar normativamente si una situación en la realidad representa una *falla* o situación *sub-óptima* es preciso contar con toda la información relevante que permite al regulador alcanzar dicha conclusión. Naturalmente, esto es fácil -e incluso obvio- si el modelo utilizado para comparar con la realidad asume la existencia de dicha información en cabeza del regulador. Lamentablemente, las cosas no son tan sencillas en la realidad. Los modelos neoclásicos inexorablemente dan por descontado un hecho que en la realidad está lejos de verificarse, esto es, que la autoridad cuenta con la información necesaria para regular adecuadamente la realidad.

Más allá que un problema práctico -que muchas veces lo es- lo que enfatizamos aquí es la inconsistencia intrínseca de dichos modelos con la realidad. Los modelos neoclásicos de equilibrio (llámense de competencia perfecta, monopolio puro o de competencia imperfecta) explican la integración de las fuerzas de mercado, según sea el caso, desde puntos *desequilibrados* (i.e., competencia imperfecta) o en el *equilibrio* (competencia perfecta) pero no permiten explicar los cambios que conducen a alterar dichas situaciones. Se pasa de un equilibrio a otro, simplemente por el acaecimiento de modificaciones exógenas -y por tanto, extrañas- al modelo. Es más, cualquier sentido de movimiento en un sistema tendente al equilibrio es implícitamente negado por la premisa misma de información perfecta, asumida bajo los presupuestos neoclásicos.

Para demostrarlo, Morgerstern planteó lo que sucedería de asumir que los individuos poseen información perfecta respecto a las acciones de los demás: la total inamovilidad del sistema. (Morgerstern, 1976: 250, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). Para ilustrar el punto, propuso como ejemplo la persecución entre Holmes y Moriarity. Según este autor, "Sherlock Holmes, perseguido por su oponente Moriarity, abandona Londres hacia Dover. El tren se detiene en una estación intermedia, y él resuelve aparecerse antes que continuar hacia Dover. Había visto a Moriarity en la estación Victoria de Londres, y conociendo la sagacidad de éste, esperaba que tomaría un tren más rápido para llegar antes que él a Dover. La sospecha de Holmes era, en efecto, correcta. Pero, ¿Qué tal si Moriarity, siendo aún más suspicaz de lo que suponía Holmes, había evaluado correctamente la capacidad de éste y había anticipado su acción? En tal caso, hubiera decidido ir directamente a la estación intermedia, a esperarlo. Entonces, Holmes, nuevamente, hubiera anticipado tal acción y hubiese decidido seguir hasta Dover, en lugar de bajarse del tren. Con lo cual Moriarity hubiese de nuevo *reaccionado* de manera diferente. Después de pensarlo mucho, es probable que no hubiesen podido actuar en absoluto, o que aquel intelectualmente inferior se hubiese rendido en la estación Victoria de Londres, ya que todo el viaje hubiese sido innecesario". (Morgerstern, 1976: 173-174, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). La moraleja de esta historia es que la información perfecta de cada uno sobre los planes del otro hace que sea imposible que el sistema *se mueva* para alcanzar el nuevo equilibrio, ya que el movimiento (vale decir, la competencia) es por definición excluido del sistema.

Este ejemplo pone de relieve cuán lejos están los modelos *intermedios* entre competencia perfecta y monopolio puro, donde siempre se asume la información plena, pues en uno y otro caso, la información que se maneja es completa. En ambos, el observador

asume que los actores del mercado conocen todas las alternativas actuales y potenciales capaces de influenciar su decisión de actuar en el mercado.

Es una falacia asumir que la realidad se verá mejor interpretada por modelos *intermedios* como los de competencia monopolística, y en consecuencia, que ellos pueden servir de guía en la regulación de los mercados. Claramente este no es el caso, pues la esencia de estos modelos asume dos condiciones ausentes de la realidad: Primero, que los individuos que interactúan en el mercado tienen información perfecta sobre los planes de los demás. Se asume, por tanto, que se trata de información cuya naturaleza es posible transmitir a una agencia central planificadora (o correctiva de fallas de mercado). Segundo, que las acciones de las empresas en los mercados ocurre instantáneamente; en otras palabras, que los modelos dibujan un *retrato* de los mercados en un momento único, abandonando todo el sentido de movimiento evolutivo que tienen los mercados en la realidad. El tratamiento del conocimiento o información y del tiempo constituyen el nudo central de la diferenciación que existe entre el paradigma estructural neoclásico, y el paradigma institucional del subjetivismo que se le opone.

Por una parte, el tipo de conocimiento que los individuos en los modelos de equilibrio se supone que poseen es diferente de aquél que se encuentra en la realidad. En ésta, el conocimiento está disperso, fraccionado en pedazos e interpretado subjetivamente por los distintos agentes según los planes de cada quien. Por el contrario, los modelos neoclásicos, como se dijo, asumen que el conocimiento es homogéneo, que puede ser interpretado de igual forma por todos, y que puede por tanto ser sistematizado y procesado por una agencia central. Cuando menos, asume que habiendo asimetrías de información entre los agentes, dicha agencia central (u observador externo) puede conocer su extensión, vale decir, la cantidad de información *faltante* entre los agentes (y esto, sin duda, es otra forma de omnisciencia) para hacer las correcciones pertinentes. Esta posibilidad se extiende no sólo al caso de información directamente percibida a través de los sentidos, sino también a la que cabe deducir de probabilidades objetivas, e incluso, las que puedan resultar de probabilidades Bayesianas.

En el enfoque del subjetivismo, en cambio, se asume que los individuos son ignorantes de la información relevante que necesitan para poder alcanzar sus objetivos y fines. La naturaleza de esa información es subjetiva, en el sentido de que será relevante para determinar sus acciones económicas (y por tanto, será relevante para la economía) en tanto y cuanto sea útil para alcanzar sus fines subjetivos particulares. Es también información incompleta, en el sentido de que nadie la posee en su totalidad, sino que está dispersa a lo largo y ancho de todo el sistema. Bajo esta perspectiva, ningún individuo es capaz de aprehender la totalidad de la información relevante que precisa para actuar, porque tal información está sujeta a un constante cambio de acuerdo con las expectativas y acciones de otros individuos en el sistema, quienes también perciben la información de manera subjetiva. (O'Driscoll y Rizzo, 1985: 35-51, 71-91; Huerta de Soto, 1992: 41-86).

En relación con el análisis del fenómeno de la competencia, el diseño de modelos de equilibrio general o parcial intermedios entre el monopolio puro y la competencia perfecta no los hacía menos estáticos, y en este sentido, incapaces de aprehender el carácter evolutivo y creador que la competencia supone. Incluso, los llamados modelos *dinámicos*, los cuales dibujan relaciones entre los agentes asociadas con comportamientos estratégicos derivados de asimetrías de información, no reflejan realmente el movimiento evolutivo e irreversible de los mercados, por lo que no pueden vencer el estatismo que vicia tales modelos, y por tanto los aleja del comportamiento que tienen los agentes

económicos en la realidad. Tal como lo expresa McNulty: “Que la competencia perfecta es un estado ideal, incapaz de realizarse, es tema familiar en la literatura económica. Que por varias razones pudiera ser menos que conveniente, incluso aún cuando fuera alcanzable es también ampliamente reconocido. Pero que la competencia perfecta es un estado ideal completamente reñido con la idea de cualquier competencia [en la realidad] no ha sido suficientemente enfatizado. (agregado nuestro)” (McNulty, 1975: 65-66).

El fondo de la cuestión reside en que los defensores de las políticas antimonopolios dejan de lado en su análisis la importancia que juegan las expectativas subjetivas de los participantes en la definición de los mercados reales. Estas expectativas recogen, en tanto aproximaciones tentativas del futuro que son, elementos esenciales que permiten comprender integralmente el fenómeno de la competencia. En efecto, contrariamente a lo predicado por los modelos estructurales neoclásicos, la competencia no está asociada al conocimiento pleno o información perfecta de los agentes, quienes sólo de esta manera podrían realizar el proceso de toma de decisiones para asignar los recursos en un instante temporal determinado. Todo lo contrario, la competencia está determinada por la ignorancia inerradicable de los agentes, causada por el cambio constante de información acontecido durante el paso del tiempo. No hay tal cosa como la posibilidad exitosa de erigir una autoridad de promoción a la competencia, para que ésta calcule el grado de competencia que existe en mercados estáticos, basándose en la suposición de que le sea posible conocer toda la información requerida para precisar la máxima de que los precios transados estén cercanos a los costos marginales, condición ésta indispensable en el análisis antimonopolios. Tales costos cambian en el tiempo, y en las distintas percepciones que los agentes van teniendo de ellos, en tanto suponen renunciadas a otros cursos de acción (*costos de oportunidad*). La competencia es precisamente el proceso en el cual los agentes intentan vencer su propia ignorancia acerca de las condiciones futuras que han de afectar sus inversiones actuales.

En un reciente libro, Gene Callahan pone de relieve lo absurdo que resulta aplicar políticas regulatorias con base en el criterio de eficiencia normativa, pues el mismo desdeña que los actores en el mercado calculan sus costos antes de actuar, en tanto que bajo el criterio de eficiencia, se considera que una situación es deseable por eficiente, sin tomar en cuenta dichos costos, lo que hace aparecer cualquier cálculo empresarial como *ineficiente*. Imaginemos por un momento, -nos propone Callahan- que preguntamos en un club de natación para niños quiénes de ellos estarían dispuestos a hacer sacrificios para convertirse en campeones olímpicos. Muy posiblemente tendríamos muchas respuestas a favor, a pesar de que sabemos que solamente uno de cada diez mil niños se convertirá en campeón olímpico, pues estará dispuesto a pagar el precio que ello supone. El análisis de eficiencia supone que un regulador haría un mejor trabajo si conociera y después designara los nadadores que se convertirán en campeones olímpicos. De esta manera, se ahorrarían cientos de horas de entrenamiento. El problema, claro está, se encuentra en que no basta con simplemente declarar que se desea formar parte del equipo olímpico, sino que se debe incurrir en los costos necesarios para convertirse en campeón olímpico, y he ahí que esa es información cuya naturaleza privada está vedada al regulador, y que no basta simplemente con la declaración de interés. (Callahan, 2002).

2. La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales

La concepción errada sobre el uso de los modelos positivos de equilibrio, tales como el de competencia perfecta, monopolio puro, y derivados intermedios de competencia imperfecta, es aún más notoria en el intento por dotar tales modelos de propiedades

normativas capaces de orientar la acción de políticas públicas. Por esta vía, quienes formulan políticas públicas simplemente asumen que sus acciones deberían reproducir, donde sea posible, estructuras de mercado ideales o cuando menos, aproximar los mercados reales al estándar óptimo de eficiencia social determinado en el modelo de *competencia perfecta*. Posteriormente, y debido a la imposibilidad evidente de reproducir las condiciones límite de tal modelo, algunos han abogado por alcanzar un estándar menos exigente, como lo es el de *competencia efectiva*. En uno y otro caso, tales propuestas se dirigen a establecer una asignación eficiente de los recursos sociales a lo largo y ancho de la sociedad.

Procediendo de esta manera, sin embargo, los promotores de la idea antimonopolios han dejado de lado la esencia real (y las limitaciones) de los modelos sobre los cuales cifran sus esperanzas de lograr alcanzar un mundo mejor a través de un norte normativo *óptimo*. Tal como sostiene Harold Demsetz, en políticas públicas carece de sentido comparar el desempeño de los mercados con un inalcanzable ideal de *Nirvana*. (Demsetz, 1969). Veinte años antes, Hayek ya había indicado en este mismo sentido: “El problema económico es un problema de hacer el mejor uso de los recursos que tenemos, y no uno relativo a qué deberíamos hacer si la situación fuese diferente de lo que en realidad es. No tiene sentido debatir acerca del uso de los recursos *como si (as if)* existiese un mercado perfecto si esto significa que los recursos tendrían que ser distintos de lo que en realidad son; o en discutir acerca de lo que alguien dotado de conocimiento omnisciente (información perfecta) haría si nuestra tarea debe ser en realidad cómo lograr el mejor uso del conocimiento [escaso y fraccionado] que la gente de carne y hueso tiene. (...) En consecuencia, el argumento a favor de la competencia no descansa en la imaginación de las condiciones que existirían si ella fuera perfecta”. (Agregado nuestro) (Hayek, 1948: 104). Ciertamente, tal ejercicio mental deja de lado los costos requeridos para alcanzar ese estado *óptimo*, lo que, de emplearse, le quitarían tal condición a esa posición imaginaria. (Kirzner, 1973: 231-234).

En conclusión, no es razonable esperar que los modelos estáticos puedan comprender toda la complejidad del mundo real, y mucho menos, que puedan dar pistas sobre consideraciones de carácter normativo acerca del mundo que examinan. Incluso, como el propio *positivista* Friedman señaló, es irrelevante que el análisis positivista de la economía se base en premisas que son irreales (vale decir, la información perfecta); lo que importa es que puedan propiciar predicciones adecuadas sobre cómo la realidad *se comportaría* si otros factores permanecieran constantes. Pues el propósito de los modelos positivos no es dibujar la realidad tal cual es, sino más bien, crear una herramienta que nos permita entender cómo lo individuos se comportarían *como si (as if)* ciertas fuerzas guiaran su acción. En otras palabras, ellos no son más que modelos, y por tanto, no se suponía que fuesen apreciados como medidas normativas para medir la realidad. (Friedman, 1953). Claro, para Friedman la condición de movimiento que caracteriza la realidad es irrelevante, por ser igualmente irrelevante la postulación de la realidad misma. La economía, en sus ojos, debió ser una ciencia cuyo objeto de análisis no debían ser tanto las personas como la resolución de ecuaciones establecidas en elegantes modelos predictivos.

En este sentido, Rizzo señala que la capacidad de predicción en un modelo de atar causalidades entre dos factores no puede ser traducido en una supuesta capacidad de predecir el mundo real, pues la suposición opuesta sólo recrea una realidad que no existe. (Rizzo, 1979: 3). La utilidad de los modelos dependerá por tanto de los usos que les damos: “Que veamos el equilibrio en términos dinámicos, o adoptamos una visión está-

tica más conservadora es en realidad cosa de conveniencia heurística y analítica. Ciertamente, la noción de equilibrio (...) es sólo una herramienta mental sin significación operacional alguna. Dependiendo del propósito a la mano, podemos usar cualquier (...) concepción". (Rizzo, 1979: 9).

Por esta razón, las políticas públicas no deberían centrar su atención en comparar los mercados reales con un supuesto ideal, pero inalcanzable estado de cosas. En lugar de ello, y frente a la propuesta dominante neoclásica (*mainstream*) deberían más bien examinar y comparar los alternativos conjuntos de reglas e instituciones que mejoran o empeoran las condiciones en las cuales los empresarios se animan a competir. (Sowell, 1980: 203-205). En este sentido, el paradigma institucional representado en escuelas como la *Austríaca* de Economía (inaugurada por Menger en el siglo pasado y desarrollada en el presente por Mises, Hayek, Lachmann y Kirzner), la Subjetivista (G. Shackle), y la Post-Marshalliana (E. Pemrose, G. B. Richardson, P. Earl, N. Foss) han enfatizado la necesidad de enfocar la atención en los constreñimientos institucionales que determinan los intercambios de mercado, antes que en el intercambio mismo. Para esta perspectiva *institucional* es irrelevante juzgar como *eficiente* los resultados sociales resultantes del intercambio en los mercados; ciertamente, cualquier criterio normativo aplicado para juzgar la realidad bajo estas coordenadas habrá de ser por necesidad, arbitrario. En lugar de ello, el observador (autoridad) debería centrar su atención en la *eficiencia de los procesos* que determinan uno u otro resultado social. En esta segunda acepción, la eficiencia no se refiere a una fórmula específica para realizar comparaciones interpersonales de utilidad individual que permitan homogeneizar las preferencias individuales en la realización del gran cálculo social. Más bien, la eficiencia institucional depende de la capacidad con la que se permite a cada individuo alcanzar sus propios fines, de acuerdo con los planes individuales de cada quien en el mercado, de la manera más expedita y en armonía con los fines y planes de los demás. (Cordato, 1992).

Estas salvedades parecieran ser excesivamente notorias como para merecer recordatorio alguno; sin embargo, aquellos defensores de las políticas antimonopolios parecieran olvidarse de ellas a cada paso. Como Klein destaca: "Cuando se conduce un análisis antimonopolios, es crucial que los economistas no hagan lo que llamo *economía del pizarrón*. Esto es, que el economista no debe emplear modelos abstractos abiertamente divorciados de las condiciones del mundo real para derivar explicaciones económicas e implicaciones de políticas públicas. Aunque parecería obvia e innecesaria la advertencia de que los economistas deberían *ensuciarse las manos* y conocer los hechos inherentes a las situaciones que están examinando, mucho del análisis económico, tanto en la ahora dominante *Escuela de Chicago* como en las variedades de la *Nueva Economía Industrial*, frecuentemente está disociado de los eventos sometidos a investigación". (Klein, 1990: 419).

3. Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales

La perspectiva positivista no sólo influyó la percepción de los economistas acerca de los fenómenos sociales. También influyó la de otras disciplinas sociales, entre ellas, el Derecho. En particular, cambió el sentido que los juristas habían tenido acerca del rol de la legislación en un entorno social. Con el advenimiento de la nueva filosofía, las inferencias normativas deducidas de los modelos positivos de teoría económica reemplazaron las explicaciones anteriormente dadas por la ciencia del Derecho a la esen-

cia de las normas jurídicas, las cuales estaban basadas en conceptos metafísicos tales como el *derecho natural*. A partir de entonces, las reglas jurídicas comenzaron a ser percibidas como la simple expresión de un poder soberano, representado en una fría *autoridad*; más como herramienta para alcanzar un fin *de interés público* predefinido por la teoría económica, que como la expresión de un sentido de *Justicia* compartido por la sociedad.

Por esta razón, no sorprende que la doctrina legal antimonopolios se asiente en las teorías e hipótesis de la ciencia -positivista- económica. Por ejemplo, doctrinas legales en el campo de marras, tales como la doctrina del paralelismo colusorio, la de la exclusión automática o la de los precios predatorios, están basadas en las premisas deducidas del pensamiento económico. (Bork, 1978: 134-160).

La política antimonopolios erosiona la regla de derecho porque concede a las autoridades administrativas el poder de aplicar sus propios principios éticos de política social en una forma que no admite control por terceros. En particular, les permite aplicar responsabilidades legales sobre la base de simples predicciones esperadas (teorías económicas); y no, según sean las intenciones reales monopolizadoras de las firmas investigadas.

Desde la perspectiva de teoría jurídica, los partidarios de las políticas antimonopolios sostienen que la legislación en esta materia es necesaria para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos económicos, que de otra manera pudiera ser comprometido por conductas anticompetitivas. Como hemos visto, la definición de conductas anticompetitivas tiene, en la tradición neoclásica de las políticas antimonopolios, una ligazón muy precisa a las situaciones estáticas (estructura) de mercado, antes que a los procesos reales de rivalidad e innovación que promueve la competencia, tal como la conocemos.

Por esta razón, la legislación antimonopolios no puede evitar considerar todo tipo de cooperación en el mercado como presuntivo de una intención monopolística. Ciertamente, no cabe más que considerar tal cooperación como restrictiva de la competencia, si definimos ésta según el número de agentes actuando independientemente en el mercado. Bajo otras nociones de competencia, como la que ciertamente se propone en este ensayo, las cosas adquieren otro color. Vista la competencia como asociada a la capacidad de las empresas para descubrir nuevos conocimientos útiles a su actividad, y para encontrar nuevos hechos antes que otros participantes, los cuales le confieren al descubridor una ventaja que de otro modo hubiese pasado desapercibida, el número de empresas que incidentalmente exista en el mercado es un dato irrelevante y superfluo. Al adoptar un enfoque estructural, la teoría antimonopolios no puede explicar satisfactoriamente, más allá de invocar la coartada de la intención monopolística, por qué razón los individuos se asocian con otros para cooperar en el mercado bajo una gama de modalidades variadas que comprenden desde la centralización de la planificación en una firma, hasta la toma de decisiones descentralizadas en el mercado, pasando por una variedad de formas corporativas intermedias: cartelización, suministro, *outsourcing*, distribución exclusiva, franquicia, etc.

De otra parte, el cálculo de eficiencias económicas, que pudiera permitir una atenuación en las consecuencias de aplicar a la colaboración de empresas en el mercado un análisis tan sesgado, es a la luz del derecho, tan arbitrario como la determinación misma de una intención monopolística en la realización de la restricción. En efecto, dicho cálculo depende de una valoración interpersonal de utilidad que sólo quien realiza el análisis está en capacidad de acometer, para establecer, bajo una regla de la razón, si los be-

neficios sociales son mayores que los costos de alejar los mercados del *ideal* de competencia perfecta.

Bajo el análisis de la regla de la razón, las agencias antimonopolios deben distinguir las conductas restrictivas *monopolísticas* de las que son expresión de eficiencias compensatorias. Sin embargo, este análisis tiene pocas posibilidades de éxito, en la medida que está apoyado en un estándar objetivo de *eficiencia social* que tiene poco que ver con las intenciones y aspiraciones (preferencias, en términos familiares en la economía) que están detrás de los arreglos celebrados de hecho por los empresarios.

No es casualidad que las decisiones judiciales y administrativas hayan sido particularmente erráticas en considerar si una restricción debería ser considerada *monopolística*, pues al final del camino todo depende, como se dijo, de las opiniones y valoración *ética* que le atribuya el observador externo (autoridad) a tales arreglos; no del peso de decisiones anteriores o de otro modo racionalmente objetivas. Esta apreciación realizada sobre la base de un cálculo arbitrario hace desaparecer toda consideración a la individualidad de quienes en realidad son los que celebran tales arreglos. Por ello, Rawls considera este análisis utilitarista como fraudulento, “por no considerar seriamente la distinción entre personas”. (Rawls: 1971, 27).

Schumpeter percibió claramente este problema de apreciación en el enfoque de los reguladores hacia los mercados. “Primero, en vista de que estamos en presencia de un proceso en el cual cada elemento toma tiempo considerable en revelar sus características reales y efectos últimos, no tiene caso apreciar el desempeño de ese proceso *ex visu* de cada punto en el tiempo; debemos juzgar su desempeño en el curso del tiempo, tal como se presenta a lo largo de décadas o siglos (...) Segundo, en tanto estamos ante un proceso orgánico, el análisis de lo que sucede en cada parte del mismo -digamos, en un interés o industria en particular- puede ciertamente aclarar detalles de mecanismo pero será poco concluyente más allá de eso. Cada pieza de la estrategia empresarial adquiere su verdadero sentido sólo comparándolo con antecedente de tal proceso y dentro de la situación creada por ella. Debe ser apreciado su papel en el contexto del vendaval permanente de la destrucción creativa; no puede ser vista sin conexión con ésta, o de hecho en la hipótesis de que existe un reposo (equilibrio) en el sistema. (...) Por ello, los economistas quienes, *ex visu* en un punto en el tiempo, observan por ejemplo el comportamiento de una industria oligopolística (...) y observan los bien conocidos movimientos y contramovimientos dentro de ella parecieran que apuntan nada más que a establecer la existencia de altos precios y restricciones de oferta, haciendo precisamente esa hipótesis. Ellos aceptan la evidencia empírica de la situación momentánea, como si ella no tuviera pasado o futuro y creen que han entendido lo que hay que entender si interpretan el comportamiento de esas empresas bajo el principio de maximización de las utilidades con referencia a esa evidencia. El papel del teórico usual y del reporte usual de la comisión gubernamental virtualmente jamás intenta apreciar ese comportamiento, por una parte, como resultado de una pieza de historia pasada y, por otra parte, como un intento de adecuarse a una situación que con certeza cambiará -como un intento de esas empresas en mantenerse en pie, sobre un terreno que se desliza debajo de ellos. En otras palabras, *el problema usualmente visualizado es cómo el capitalismo administra estructuras existentes, en tanto que el problema relevante es cómo las crea y destruye. En tanto esto no sea reconocido, el investigador realiza un trabajo sin sentido. Apenas es reconocido, su apreciación sobre la práctica restrictiva capitalista y sus resultados sociales cambia considerablemente*”. (Énfasis del autor) (Schumpeter, 1950 [1942]: 84).

De manera esclarecedora, Schumpeter concluye lo siguiente: “Al analizar tales estrategias empresariales ex visu en un punto dado en el tiempo, el investigador economista o el agente del gobierno evalúa las políticas de precios, las cuales se le presentan como predatorias y las restricciones de oferta que se le presentan como sinónimos de pérdidas de oportunidades para producir. No ve que las restricciones de este tipo son, bajo las condiciones del vendaval permanente, incidentes, a menudo inevitables, de un proceso de expansión en el largo plazo que en lugar de ser impedido es protegido. No hay más paradoja en esto que en decir que los automóviles viajan más rápido de lo que podrían porque tienen frenos”. (Schumpeter, 1950 [1942]: 88).

V. UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS

Predicar la inconveniencia de las políticas antimonopolios en la promoción de la competencia de ninguna manera representa una suerte de renuncia al papel de promotor que el Estado puede y debe tener en dicha tarea. Más bien, significa un cambio cualitativo de enfoque hacia el papel que las instituciones han de tener de cara a la promoción de un fenómeno que, como la competencia, ha sido desvirtuado por la doctrina económica reinante en políticas públicas, y que por tanto, amerita un tratamiento diferente.

En efecto, la rectoría del Estado en la formación de los mercados es no sólo indispensable, sino que renunciar a ella sería impensable. Las transacciones económicas no ocurren en el vacío institucional. Los mercados sólo pueden funcionar en el contexto de un marco definido de derechos, lo que es sin duda tarea del Colectivo.

Esta sección tiene por tanto como propósito delinear las características generales del paradigma alternativo de regulación, para precisar las condiciones que debe cumplir en la tarea de promover la competencia en los mercados exitosamente.

Comencemos por explorar los motivos por los cuales los derechos individuales sobre los recursos sociales deben estar lo más claramente definidos, de forma tal de propiciar transacciones de mercado más transparentes y predecibles. En este punto, se hace imperativo explicar el papel y funcionamiento de las expectativas empresariales en el mercado, para comprender por qué es preciso protegerlas a través de las políticas públicas.

Contrariamente a la omnisciencia predicada por el análisis estático neoclásico en cabeza de los agentes en el mercado, los individuos carecen de la información acerca de las condiciones futuras que pudieran determinar el éxito o fracaso de sus respectivas inversiones. Por tanto, el problema económico no es uno relativo al empleo de los recursos sociales, que puede ser resuelto por un tercero que *desde lo alto* recoge la información necesaria para orientar la acción de las empresas hacia el *óptimo social*. Más bien, es tratar de coordinar la actividad de los agentes, para vencer la incertidumbre que poseen al actuar en el mercado.

En efecto, la actividad de los individuos está constantemente signada por una *niebla de ignorancia* que los sujeta a conformarse con formular simples especulaciones sobre lo que habrá de depararles el futuro. En la difícil tarea de anticipar el futuro, los individuos pueden, como mucho, guiarse por sus instintos, lo que en parte depende de su experiencia pasada ante hechos semejantes; a partir de esa experiencia ellos pueden aprender a relacionar ciertas tendencias o identificar posibles resultados futuros. Sin embargo, en la elaboración de sus respectivos planes hacia el futuro, nunca podrán estar

del todo seguros y por tanto, siempre deberán enfrentarse a un problema insoluble de incertidumbre genuina inerradicable (*sheer uncertainty*) acerca del futuro.

A la luz de esta realidad subjetiva y especulativa, los empresarios se ven constantemente forzados a buscar y asegurar información suficiente sobre eventos futuros como para animarlos a invertir *hoy*. De modo que son las inversiones presentes las que determinan los niveles futuros de producción. En un sistema donde las decisiones son descentralizadas, como es el caso de los mercados, cada individuo ignora, en principio, las acciones futuras de los demás; por ello, su propia información no entraña más que la simple conjetura de un futuro incierto y por tanto, susceptible de error. La significación de estas conjeturas va más allá de lo que pudiera calificarse de una simple especulación sobre el acaecimiento de un hecho. Los cálculos actuariales, por ejemplo, permiten establecer la regularidad en que ciertos eventos habrán de suceder, lo que ayuda a los empresarios a internalizar el costo de que ocurran y el riesgo se materialice. Pero no es a esta clase de eventos futuros que nos referimos aquí, los cuales constituyen el objeto de los seguros contra riesgos calculados y futuros. A diferencia del riesgo, la incertidumbre genuina inerradicable se refiere a un hecho absolutamente impredecible, por versar sobre conjeturas humanas y no sobre acaecimiento de sucesos de la naturaleza. (Knight, 1921).

Quizás el mejor ejemplo de incertidumbre genuina sea el dado por Keynes en su conocido ejemplo del *Concurso de Belleza*. La esencia especulativa de las decisiones que adoptan los agentes en el mercado es semejante a la de un concurso de belleza donde la votación ha de resolverse, no con base en la escogencia de la candidata que los jueces juzgan la más bonita o talentosa, sino con base en la candidata que cada juez cree que será la más votada por los demás jueces. La ganadora será aquella escogida de acuerdo con las expectativas recíprocas de los jueces. En efecto, como quiera que la decisión de cada juez depende de lo que él cree que otros miembros del jurado decidirán, pero sin tener absoluta seguridad de ello (obviamente, si no media comunicación entre ellos), por basarse en las expectativas subjetivas de éstos, y no en hechos objetivos, su decisión estará basada en la incertidumbre sobre quién ganará. (Keynes, 1964 [1936]: 156). La votación no tendrá fin, pues será un proceso de conjeturas sobre lo que decidirá el otro, a su vez determinada por la conjetura sobre qué decidirá el primero. La única forma de terminar con esa inmovilidad paralizante es apelando a la decisión de una autoridad superior, o resolver el problema mediante convención entre los jueces (o participantes en el mercado), permitiéndoles, por ejemplo, que se puedan comunicar entre sí. Como lo han indicado O'Driscoll y Rizzo: "En principio, no existe límite al nivel de formulación de conjeturas recíprocas. No existe razón lógica suficiente para detenerse en algún punto en particular; detenerse es, en buena medida, arbitrario o resultado de convención". (O'Driscoll y Rizzo, 1985: 73). En el caso de transacciones de mercado, estas convenciones algunas veces adoptan la forma de cooperación explícita a través de variados acuerdos y arreglos, o mediante entendimiento tácito en donde una forma aprecia los elementos que le dan forma a sus expectativas sobre el comportamiento de las demás: Vale decir, la reputación, la práctica comercial previa, y otras semejantes.

Una redefinición del paradigma convencional de regulación de los mercados, debe por tanto dejar de lado la suposición de que el regulador posee toda la información necesaria para identificar el *interés público* y hacerlo realidad. En su lugar, debe partir de la premisa de que el regulador posee un nivel de información ni más ni menos equivalente -posiblemente incluso sea menor- al poseído por los demás participantes de mercado, y por tanto, debe ser mucho más cauteloso al momento de regular los mercados.

Por ello, debe depender mucho más de la información provista por los mercados, que de su propia percepción *ideal* sobre la eficiencia social.

Dicho de otro modo, la propuesta de una política pública de intervención estatal sobre los mercados incluye lo siguiente:

1. Definición precisa de derechos de propiedad privada sobre los recursos sociales.
2. Protección contra actos que erosionen aspectos constitutivos de la propiedad (por ejemplo, actos de piratería y otros de competencia desleal).
3. Definición precisa de las condiciones de traspaso de la propiedad por vía contractual y protección de los contratos por medios judiciales efectivos.
4. Libertad para negociar las condiciones dentro de las cuales las empresas han de coordinar sus actividades, para anticipar situaciones futuras inciertas, y para excluir buscadores de renta. En este sentido, sería conveniente que las prohibiciones sobre acuerdos que estructuralmente restrinjan la libre competencia (si se acepta que deberían ser objeto de control por la autoridad) sean sujetas a calificaciones temporales muy precisas que definan su licitud e ilicitud. Claro está, esta tarea puede ser compleja en la definición de restricciones según cada industria.
5. Limitación del ámbito público a funciones de reforzamiento de las actividades de los agentes económicos en el mercado.
6. Sujeción de la propiedad pública al control político del Colectivo.
7. Replanteamiento y eliminación de toda regulación que busque alterar los resultados de las transacciones en el mercado, salvo de aquéllas que tengan una causa política debidamente justificada.

VI. CONCLUSIONES

El examen de la ideología del regulador es útil porque permite explorar el alcance en que las decisiones de política son influenciadas por las creencias, valores y percepciones sobre la realidad que le toca juzgar a los responsables de diseñar y aplicar dichas políticas.

Puede resultar un tanto extraña la afirmación de que las políticas públicas están ancladas en ideología y no en ciencia *dura*; así, parecería haber una suerte de predisposición contra la idea de que la ejecución de políticas descansa en la ética y no en la ciencia, ya que de aceptarse lo contrario, se supone que ello de alguna forma erosionaría la respetabilidad de la intervención estatal. Sin embargo, contrariamente a la creencia generalizada, los responsables de diseñar y aplicar políticas públicas no son inmunes a la ideología, antes por el contrario, la incorporan como parte de su rutina pues ella forma parte esencial de su actividad.

Esta afirmación es particularmente cierta en el campo de la economía normativa, de donde las políticas de intervención sobre los mercados toma mucho de sus inferencias y deducciones sobre la causalidad y conductas de mercado, para orientar su acción moduladora sobre la realidad.

Nada extraño hay, pues, en aceptar la carga ética e ideológica existente en la regulación económica. Lo que sería deseable, sin embargo, es considerar que dicha ideología está anclada en una visión epistemológica determinada de la realidad, y que ciertas for-

mas de aprehensión de la realidad adolecen de limitaciones que frecuentemente son ignoradas por quienes plantean la intervención pública a cada instante, sin meditar sobre sus consecuencias en delicados sistemas de intercambio de información y de cooperación social, como son los mercados y la sociedad. Aquí yace la distinción entre la intervención necesaria para hacer florecer la libertad de la ley, de aquella que utiliza un concepto positivista del derecho para imponer la voluntad desmedida del Poder.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.
- ADAMS, W. and BROCK, J., *Antitrust Economics on Trial: A Dialogue on the New Laissez-Faire*, Princeton University Press, Princeton 1991.
- AGOSIN, M. and TUSSIE, D., "Globalization, Regionalization and New Dilemmas in Trade Policy for Development", 15 *World Competition* (1992): 37-63.
- BAER, W., "Changing Paradigms: Changing interpretations of the public sector in Latin America's economies" 88 *Public Choice* (1996): 366-368.
- BAIN, J., *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1956.
- BAUMOL, W., PANZAR and WILLIG, R., *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt Brace Javanovich, Inc., New York, 1982.
- BORK, R., *The Antitrust Paradox*, Basic Books Publisher, New York, 1978.
- BRENNER, R., 'Market power: Innovations and Antitrust', in *The Law and Economics of Competition Policy*, F. MATTHEWSON; M. TREBILCOCK and M. WALKER (eds.), The Fraser Institute, Vancouver 1990.
- BUTOS, W., and KOPPL, R., "Hayekian Expectations: Theory and Empirical Applications" 4 *Constitutional Political Economy* (1993): 303-329.
- CALLAHAN, G., *Economics for Real People: An Introduction to the Austrian School*, Ludwig Von Mises Institute, Auburn 2002.
- CAVES, R., and PORTER, M., "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition", *Quarterly Journal of Economics*, (May 1977): 241-262.
- CHEUNG, S., *The Myth of Social Cost: A Critique of Welfare Economics and the implications for Public Policy*, Institute of Economic Affairs, London 1978.
- CLARKE, R., *Industrial Economics*, Basil Blackwell, Oxford 1985.
- COASE, R.H., "The Nature of the Firm", 4 *Economica* n.s. (Nov. 1937): 386-405.
- COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'Etat*, Quadrige, Presses Universitaires de France, París 1985.
- CORDATO, R., *Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe: A Modern Austrian Perspective*, Kluwer Academic Publishers, Boston 1992.
- DAVILA, C., and GÓMEZ SAMPER, H., "Innovative Management and Organizational Development in Latin America", 36 *The International Executive* (1994): 671-688.

DEMSETZ, H., "Information and Efficiency: another viewpoint" 12 *Journal of Law and Economics*, (1969): 1-22.

DEMSETZ, H., "Market Structure, Market Rivalry and Public Policy", *Journal of Law and Economics*, (1982): 376-383.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ta. Edición, Victor de Zavala Editor, Buenos Aires 1991.

EGGERTSSON, T., "The Economics of Institutions in Transition Economies" in *Institutional Change and the Public Sector in Transitional Economies*, S. Schiavo-Campo (ed.), World Bank Discussion Papers 241, The World Bank, Washington, D.C. 1994.

EKELUND, R., and HÉBERT, R., "Reconsideración de la Competencia: Chamberlin y Robinson", in *Historia de la Teoría Económica y de su Método*, Mc Graw Hill, Madrid 1992.

FRIEDMAN, M., "The Methodology of Positive Economics", *Essays in Positive Economics*, M. Friedman (ed.), University of Chicago Press, Chicago 1953.

FRISCHTAK, C., HADJIMICHAEL, B., and ZACHAU, U., *Competition Policies for Industrializing Countries*, Policy and Research Series N° 7, Industry and Energy Department, The World Bank, Washington, D.C. 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Lengua de los Derechos: La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid 1994.

GODEK, P., "One U.S. Export Eastern Europe doesn't need", *International Merger Law*, September 1991.

HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty, Vol 2*. University of Chicago Press, Chicago 1976.

- "The Use of Knowledge in Society" in *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Routledge, London 1948.

- "The Meaning of Competition", in *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Routledge, London 1948.

HUERTA DE SOTO, J. *Socialismo, Cálculo Económico y Función Económico*, Unión Editorial, Madrid 1992.

JATAR, A., and RODRÍGUEZ, A.E., *Elementos de una política de competencia para Honduras*, Informe preparado para Management Systems International, Washington, D.C. Septiembre de 1995.

JATAR, A., and TINEO, L., *Competition Policy in the Andean Countries: The Ups and Downs of a Policy in Search of its Place*, Paper presented at the conference "U.S. - Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices" sponsored by the Andean Development Corporation, Organization of American States and Inter-American Dialogue, September 3-4, Brookings Institution, Washington, D.C. 1997.

KELLY, M., and MCGUIRK, A.K., "Trade Policies of Developing Countries", in *Issues and Developments in International Trade Policy*, World Economic and Financial Surveys (Appendix II), IMF, Washington, D.C. 1992.

KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Harcourt, Brace & World, New York, (1964) (1936).

KHEMANI, R.S., and DUTZ, M., "The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development" in *Regulatory Policies and Reform: A Com-*

parative Perspective, Private Sector Development Department, The World Bank, Washington, D.C. 1995.

KIRZNER, I., *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, 1973.

KLEIN, B., "The Use of Economics in Antitrust Litigation: Realistic Models of the Competitive Process" in *The Law and Economics of Competition Policy*, F. Mathewson, M. Trebilcock and M. Walker (eds.), The Fraser Institute, Canadá 1990.

KNIGHT, F., *Risk, Uncertainty and Profit*, Reprints of Economics Classics, Sentry Press, New York 1964 (1921).

KOPPL, R. and YEAGER, L., "Big Players and Herding in Asset Markets: The Case of the Russian Ruble" 33 *Exploration in Economic History* (1996): 367-383.

KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago 1970.

LACHMANN, L., "The Significance of the Austrian School of Economics in the History of Ideas" in *Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy*, Institute for Humane Studies, Sheed Andrews and McMeel, Inc. Kansas City 1977.

LOUGHLIN, M. *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992.

MACHLUP, F., "Competition, Pliopoly and Profit", vol IX, N° 33, *Economica*, (1942): 1-2.

MACHOVEC, F., *Perfect Competition and the Transformation of Economics*, Foundations of the Market Economy, Routledge, London 1995.

MASON, E., "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises", *American Economic Review*, Supplement 29, March 1939.

MCNULTY, P., "Economic Theory and the Meaning of Competition" in *The Competitive Economy*, Y. Brozen (ed.), General Learning Press, Morristown, New Jersey 1975.

MEANS, G., *Industrial Prices and their Relative Inflexibility*, Senate Document, N° 13, 1935.

MERRYMAN, J.H., *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford 1969.

MISES, L., *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method*, Van Nostrand Company, Inc., Princeton-New Jersey 1962.

MORGERSTERN, O., "Perfect Foresight and Economic Equilibrium", *Zeitschrift für Nationalökonomie* 6 (part 3). Trans. F.H. Knight in A. Schotter (ed.), *Selected Writings of Oskar Morgerstern*, New York University Press, New York 1976.

O'DRISCOLL, G., and RIZZO, M., *The Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell, Oxford 1985.

RICHARDSON, G.B., *Information and Investment*, Oxford University Press, London 1960.

RIZZO, M., "Disequilibrium and All That: An Introductory Essay" in *Time, Uncertainty and Disequilibrium*, M. Rizzo (Ed.), Lexington Books, Toronto 1979.

RODRÍGUEZ, A., and COATE, M., "Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies", 18 *Houston Journal of International Law* (1996), 311-358.

ROTHBARD, M., "Monopoly and Competition" in *Man, Economy and State: A Treatise on Economic Principles*, vol. II, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey 1962.

ROWAT, M., *Competition Policy in Latin America: Legal and Institutional Issues*, The World Bank, Washington, D.C. 1995. URL: http://www.worldbank.org/html/lat/english/papers/trade/cmp_plcy.pdf.

SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Row Publishers, New York 1950 (1942).

SOWELL, T., *Knowledge and Decisions*, Basic Books, New York 1980.

STEVENS, R.B., and YAMEY, B.S., *The Restrictive Practices Court: a Study of the Judicial Process and Economic Policy*, Weidenfeld and Nicolson, London 1965.

STIGLER, G., *Memoirs of an Unregulated Economist*, Basic Books Inc., Publishers, New York 1988.

STIGLITZ, J., *Principios de Microeconomía*, Editorial Ariel (Economía), Barcelona 1994.

TINEO, L., *Competition Policy and Law in Latin America: From Distributive to Efficient Market Regulations*, Center for Trade and Commercial Diplomacy, Working Paper Series CTCD N° 4, Monterrey-California, February 1997.

SEGUNDA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Lolymar Hernández Camargo

Profesora de la Universidad Católica del Táchira

La situación jurídica venezolana nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes en torno a la eficiencia del Estado de derecho y de la validez de la Constitución como norma suprema, esto nos mueve a tratar de ratificar la pretensión teórica que une la Constitución con la democracia.

En la doctrina constitucional este punto ha sido tratado con vehemencia, pues es notable la preocupación en torno a la eficacia jurídica del principio democrático. El proceso reciente de cambio constitucional venezolano, nos ha hecho reflexionar en torno al significado jurídico de la democracia, y ha corroborado que la democracia en términos jurídicos aparece como un hilo conductor de la distinción entre constituciones rígidas y flexibles, además podemos expresar con vehemencia que la democracia es el presupuesto de la Constitución auténtica, es decir, de la Constitución normativa. Sólo a través del principio legitimador de la democracia la Constitución adquiere su condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.

A pesar de las consideraciones que expresan la imposibilidad de unir al concepto de Constitución con términos esencialmente políticos como la democracia, coincidimos con el profesor español Manuel Aragón¹, en que la concepción de democracia como categoría jurídica, a través de su concepción como principio y no sólo como noción exclusivamente política, forma parte fundamental de la reconstrucción de la teoría de la Constitución.

La concepción de la democracia es determinante para entender el concepto jurídico de Constitución, y la positivación de la democracia como principio constitucional produce consecuencias jurídicas de excepcional magnitud.

Intentaremos pues abordar la teoría constitucional de la democracia y no la teoría política de esta, en reconocimiento de nuestras limitaciones, por tanto nos ceñiremos a analizar la democracia como principio legitimador de la Constitución, esto es, ubicar en el contexto constitucional la soberanía del pueblo como categoría jurídica.

El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclama que la “soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley e indirectamente, mediante el sufragio”. Queda establecido claramente que al pueblo pertenece el poder constituyente puesto que en él reside la soberanía, la Constitución basa en el principio democrático su legitimación. Por tanto se requiere darle significado jurídico a esa legitimación, indagar en las condiciones y el modo en que ese principio opera. Por tanto debemos examinar el

1. ARAGÓN, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 215 y ss.

poder constituyente en el entendido que es éste el elemento principal de la legitimación democrática de la Constitución.

Previamente es necesario abordar el concepto de soberanía, que ha ocupado numerosas páginas de tratamiento doctrinal, y que requiere ser enfocado aquí aunque sólo de una manera somera, ya que las amplias discusiones de los tratadistas respecto al tema, desbordan nuestros objetivos actuales.

Es de todos conocida la definición clásica de soberanía dada por Bodino (1530-1596), quien se refiere a ella como el poder absoluto y perpetuo de la República. Este concepto debió, con el transcurso del tiempo, ser adaptado a la realidad del Estado Constitucional, para lo cual se cambió el titular de ese poder: el soberano será el pueblo y no el príncipe. Esto obliga a reconocer a esa colectividad como un cuerpo unitario, con capacidad para ejercer el poder, esto es, para expresar su voluntad. De ello se deduce, que dicha colectividad se encuentra organizada y que en la misma rige el principio de la mayoría como regla determinante en la toma de decisiones comunes.

Para el ya citado profesor Manuel Aragón², se debe atribuir a la soberanía carácter absoluto, ilimitado, lo que significa que no se encuentra sometida al Derecho, que está situada lejos de su alcance. La diferenciación entre poder constituyente y poder constituido es de naturaleza jurídica porque el último es un poder limitado y por tanto jurídico, mientras que el poder constituyente como poder sin límites, no puede ser jurídicamente caracterizado, puesto que es incompatible con el mundo jurídico la definición de absoluto, ya que el derecho es el mundo de la relativización y de las limitaciones.

El Estado constitucional es sinónimo de Estado de Derecho, y por tanto la democracia constitucional implica que el concepto democracia ha sido juridificado, como consecuencia será necesario concebir jurídicamente a la propia soberanía, puesto que el derecho conlleva limitación, se requerirá *limitar* la soberanía. Es por ello que en el propio texto de las constituciones se proclama al pueblo como titular de la soberanía y se le impone en su ejercicio la observancia a las disposiciones constitucionales. Con ello se dota a la soberanía de un carácter jurídico y no sólo fáctico. Aragón refiere que esto no significa atribuir a la Constitución el carácter de fuente de la soberanía, como señala Mortati, ni que la Constitución sea entonces la auténtica soberana. Tampoco equivale a compartir la afirmación de Kriele, respecto a la desaparición del pueblo soberano, ante la soberanía de la Constitución. Por el contrario, el Estado constitucional se sustenta en el reconocimiento normativo del soberano: el pueblo, quien se autolimita a través de la Constitución. “autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría, esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de Derecho. [...] sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho *constitucional* sino mero Derecho *estatal*”³.

El poder soberano que no actúa a través del derecho, que lo hace en términos absolutos, es una noción *jurídica*, un “concepto político de imposible normativización”, que sólo puede ser concebida en el campo de las ideas o en el terreno fáctico como el “ejercicio de la revolución”. Esta revolución se servirá siempre, en la creación del nuevo orden, de normas anteriores o creará algunas provisionales, porque “el poder actuando sin regla es sólo un acto de desnuda fuerza”.

2. *Ibid.*, pp. 28 y ss.

3. *Ibid.*, p. 32.

Para Aragón, con quien coincidimos, la soberanía sólo es posible de entender como concepto político, por medio de una explicación sociológica. Como consecuencia de esto, la soberanía popular como cuestión de hecho, se debe fundamentar en la noción de consenso político. El cual es cambiante como lo es el juego de las interacciones sociales, por tanto se hace necesario que la Constitución prevea en su texto las normas que regulen la materialización de tales cambios, las normas que permitan, en su momento, garantizar al pueblo que su voluntad no será suplantada. Como ya se ha dicho, la regulación normativa de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía, el asegurar al pueblo su libre autodeterminación, en suma el poder absoluto de decidir sobre su destino.

Es preciso señalar de nuevo y con total precisión, que tal juridificación de la soberanía implicará la autolimitación procedimental, esto es el establecimiento de unas normas sobre la formación de la voluntad soberana, pero nunca una autolimitación material, es decir no se podrá regular el contenido de esa voluntad, porque “el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución”⁴.

Es pues necesario abordar también el tema de la reforma constitucional, porque es por esta vía por la que se institucionaliza en el texto constitucional la juridificación del poder soberano del pueblo.

I. ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE

Si el origen del ordenamiento jurídico está desligado de la tradición y la moral, la doctrina del poder constituyente ha hecho posible la fundamentación del sistema normativo positivo en sí mismo, en un principio con dos componentes equilibrados entre sí: el poder constituyente, compuesto por la armónica conjunción de la soberanía popular como principio político democrático y el principio de supremacía constitucional. El fundamento del poder normativo no deriva ya de la historia o de la religión, sino de la voluntad explícita de la comunidad organizada que se da a sí misma una norma de obligatorio cumplimiento para todos y que estructura el ejercicio del poder por parte de unos representantes que la propia comunidad designa para que les gobierne. Esa voluntad es expresada a través del poder constituyente.

El Poder constituyente es aquel en virtud del cual un pueblo se da su primera Ley política fundamental o modifica en aspectos esenciales su norma suprema preexistente. Es la expresión del principio democrático que consagra la capacidad de *autolegislación*, la facultad que tiene el pueblo de darse las normas que le regirán en su convivencia dentro de la sociedad inmerso en el marco de la democracia. Gianluigi Palombella⁵ se manifiesta en este sentido, al afirmar que la fuente de la validez - eficacia de las constituciones, la encuentra el Estado democrático constitucional, en el “profundo presupuesto de consenso/disenso”, en su presencia en el tejido jurídico, institucional. Situados dentro de las coordenadas jurídicamente definidas de las democracias, dentro de sus principios fundamentales y sus estándares jurídicos, normativos, el origen de las constituciones y

4. *Ibid.*, p. 34.

5. PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. de CALVO GONZÁLEZ, José, Comares, Granada 2000, p. 35.

el reconocimiento de su validez y eficacia sólo es posible gracias al principio del reconocimiento popular.

Partiendo de las premisas esenciales que caracterizan al Estado Constitucional podemos entonces acercarnos a la explicación del contenido de la Teoría del Poder constituyente, ya que éste, como antes se ha dicho, se fundamenta en dos principios básicos: uno jurídico, el de la supremacía constitucional que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga en igual medida a gobernantes y gobernados; y otro político democrático, que faculta al pueblo como titular de la soberanía, en el ejercicio indiscutible del poder constituyente, que es la génesis de la organización estatal, puesto que por conducto suyo se elabora la estructura del Estado Constitucional a través de la consolidación del texto normativo rector de la vida estatal. El origen de la Constitución es esa decisión política fundamental que corresponde al soberano, y es origen también del Estado constitucional y todas sus implicaciones para la vida social. Esa decisión política fundamental se consolida a través del Poder constituyente.

Para dar un concepto jurídico de poder constituyente, algunos autores, como Antonio Negri, le equiparan a la democracia. Ambos conceptos han tenido un desarrollo paralelo, históricamente han evolucionado juntos, así entonces, el poder constituyente no ha sido sólo considerado la “fuente omnipotente y expansiva que produce las normas constitucionales de todo ordenamiento jurídico”, sino también el sujeto de esta producción. Para Negri, el poder constituyente tiende a identificarse con el concepto mismo de política, en la forma como ésta es entendida en una sociedad democrática, por tanto para poder “calificar jurídicamente, constitucionalmente, el poder constituyente, no bastará con producir normas constitucionales, estructurar poderes constituidos, sino sobre todo, ordenar el poder constituyente en cuanto sujeto, regular la política democrática”⁶.

En la perspectiva de la ciencia jurídica, el poder constituyente es la fuente de producción de las normas constitucionales, la facultad de hacer una Constitución, de dictar las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado. Es el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una comunidad políticamente organizada. Pero el poder constituyente tiene una doble dimensión que debe tomarse en cuenta, la jurídica y la política, de cuyo equilibrio surge su estructura. Su fuerza política no puede ser contrapuesta con el derecho, puesto que este se surte de la política para dar legitimidad a su contenido.

En palabras de Carlos Santiago Nino, “el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la política”⁷. Señala este autor que cuando la actividad política es democrática, el derecho requiere de la política para obtener legitimación y esto aportará valores sustanciales al producto de la actividad política. Para Nino, la actividad de los constituyentes en tanto que obra colectiva, esto es, “como desarrollo del derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad”⁸; no puede ser controlada y sólo influye parcialmente, en cuanto a sus contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras. Esto implica que esta acción deberá ser guiada por una racionalidad apropiada a ese tipo de conductas, y esta no es otra que la política. Por lo tanto, “toda acción jurídica es una acción

6. NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. de MARCO DE, Clara, Libertarias/Prodhufi, Madrid 1994, pp. 17 y ss.

7. SANTIAGO NINO, Carlos, *Derecho, Moral y Política, Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 11 y ss.

8. *Ibid.*, pp. 137 y ss.

política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)⁹. Esto explica la naturaleza esencialmente política del derecho, éste mantiene una conexión directa con la política, ya que toda acción o decisión jurídicamente relevante que se tome, debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, ya sean estas pasadas, contemporáneas o futuras.

Luis Recaséns Siches señala en cuanto a la vinculación del derecho y la política, que ambas disciplinas son inseparables en el curso vital de la realidad jurídica. La reflexión crítica sobre las normas históricas y la elaboración de las pautas para el derecho constituyente es cabalmente la esencia de la política. Así, esta última puede ser considerada como la causa y el derecho como el efecto, “la política es el derecho como aspiración, el derecho es la política lograda”¹⁰.

Las revoluciones, francesa y americana, demostraron una paralela inspiración política, democrática, que impregnaron a las constituciones sucesivas. No expresaron simplemente la confianza en el derecho, sino también en proyectos de reconstrucción de un orden común, el cual en opinión de Gianluigi Palombella, “no debía agotarse en el producto natural de una armónica combinación de los individualismos, ni dentro de una lógica *jurídica* que no se hallare apoyada en la institucional, política y democrática”¹¹. Las instituciones políticas unitarias surgidas de las constituciones, hicieron converger directrices jurídicas y políticas, en el ámbito garantista liberal y democrático.

Las bases del nuevo concepto de Estado permiten el surgimiento de la noción del poder constituyente, puesto que se hace imprescindible la adopción de la fórmula de la democracia representativa, y ésta efectúa la distinción entre representantes (gobernantes) y representados (gobernados). Se crea así la necesidad de hacer eficaz el principio democrático, de dejar clara la autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, con este fin la alternativa más viable ha sido la de establecer de manos del propio pueblo una norma suprema (el texto constitucional), de obligada observancia tanto por los representantes como por los representados. La Constitución entonces ordena y limita los poderes constituidos, y en contraposición aparece el poder constituyente como poder previo y por tanto, ilimitado por ésta.

Para tratar de ubicarnos con toda precisión en el ámbito de la afirmación precedente, es necesario que retomemos someramente las dos líneas de pensamiento claramente diferenciables, que confluyen en la organización del Estado moderno o Estado constitucional. Una de éstas líneas de pensamiento, según señala Pedro de Vega¹², tiene como fin *la justificación en términos de razonabilidad del poder*, y se inicia con las formulaciones de la doctrina pactista de Nicolás de Cusa (1401-1464) y que concluye en la elaboración del iusnaturalismo contractualista de Althusius (1556-1617), Grocio (1583-1645), Wolff (1679-1754), Burlamaqui (1694-1748), Vattel (1714-1767), Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778)¹³, entre otros.

9. *Ibid.*, p. 147.

10. RECASÉNS SICHES, Luis, *El Poder Constituyente, su teoría aplicada al momento español*. Ed. Javier Morata, Madrid 1931, pp. 31-32.

11. PALOMBELLA, Gianluigi, *ob. cit.*, p. 31.

12. DE VEGA, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 1985, pp. 15 y ss.

13. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, Espasa-Calpe, Madrid 1993.

La otra línea intenta propiciar la *limitación del poder* y se ubica inicialmente en la “teoría medieval de la supeditación del gobernante a la ley” de Bracton (1216-1268), transita luego el camino del derecho de resistencia y concluye en la acabada formulación de la obra de Montesquieu (1689-1755) que coincide temporalmente con el triunfo de la revolución burguesa.

La contraposición entre ambas corrientes de pensamiento es la que hace surgir la problemática desde la que es posible comprender el significado, el fundamento y el alcance de la previsión de la institución de la reforma constitucional, como equilibrio de estas y como mecanismo de juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo conforme a la racionalidad del Estado constitucional democrático.

La doctrina del contrato o pacto social de Rousseau, permitió la precisa diferenciación entre el principio político democrático y la teoría limitadora del poder perteneciente a Montesquieu, en la que en definitiva se encuentran los precedentes y fundamentos más sólidos sobre los que fue elaborada posteriormente la concepción de la Constitución como ley suprema. Para Rousseau la única democracia posible por ser coincidente con los postulados del contrato social, es la directa o democracia de la identidad, ya que en tanto que el pueblo es soberano y su soberanía es inalienable, el pueblo sólo deberá obedecerse a sí mismo y para ello deberá ejercitar por sí mismo, directamente el poder político. Así pues en el Capítulo I del Libro Segundo del *Contrato Social*, dice Rousseau¹⁴: “no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, más no la voluntad”. Esto nos aleja de la posibilidad de pensar en establecer límites al poder, puesto que por esencia un poder soberano es ilimitado. Además si es inadmisibles la idea de Constitución como instrumento limitador del poder, tampoco será posible su función de instrumento de organización de la vida del Estado. Así pues, “la comunidad política surge por mediación del *pactum societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de la *societas naturae* a la *societas civilis sive politica*. La única Constitución posible sería la que se identifica con el mismo contrato social”¹⁵.

Para lograr la limitación al poder y la existencia de un instrumento apto para organizar los poderes del Estado, esto es para atribuirle a la Constitución estas tareas, la doctrina del pacto social no resulta apropiada, puesto que la democracia directa se agota en el terreno fáctico por ser imposible materialmente de implantar. Surge entonces la democracia representativa como alternativa viable y es desde este punto de donde partirá la construcción de la teoría constitucional.

La democracia representativa ubica los miembros de la sociedad en dos grupos diferenciados, los gobernantes y los gobernados, los últimos son los titulares de la soberanía y designan a los primeros para que ejerzan el poder que previamente ha sido definido y limitado en un texto superior de obligatoria observancia para ambos grupos: la Constitución. Un gobernante que carezca de soberanía no podrá por su propia voluntad organizar el Estado, sino que recibirá sus competencias y atribuciones directamente de una ley; es entonces la Constitución mecanismo de control del poder y ley suprema, en tanto y en cuanto es mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Es esta la esencia de la democracia representativa, a dife-

14. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, trad. de DE LOS RÍOS, Fernando, Espasa Calpe, 5ta. Ed., Madrid 1990, p. 57.

15. DE VEGA, P., *ob. cit.*, p. 17.

rencia de la democracia directa que expresa la espontaneidad política y por tanto no requiere de organización alguna.

En opinión de Pedro de Vega, la aparición de la teoría constitucional y el triunfo en el terreno práctico de la democracia representativa frente a la democracia de la identidad, no obedece precisamente al desarrollo del principio político democrático, todo lo contrario, en realidad lo que se ha dado es “la amputación y la negación más rotunda de sus consecuencias en el terreno de la práctica”¹⁶. Es el contexto propio de la democracia representativa, el caldo de cultivo que ha permitido plantear la teoría de limitación al poder a través del establecimiento de la figura de la Constitución como norma suprema, lo que ha implicado el abandono de la democracia de la identidad como *posibilidad histórica*.

La noción de poder constituyente y su implantación en la práctica constitucional trae consigo una evidente contradicción y ambigüedad. Partiendo del reconocimiento de la soberanía popular, el pueblo tiene *per se* la facultad de darse su propia Constitución, con lo que se resguarda el principio democrático. Esto implica que una vez cumplida la misión del poder constituyente, una vez que se elabora el texto constitucional, se debe entender que el poder en cuestión desaparece como tal y cede el rol protagónico, como axioma efectivamente operante en el Estado Constitucional, al principio de supremacía constitucional. Entones es lógico preguntarse: ¿qué principio es el norte en la orientación de la vida estatal?, ¿quién es realmente soberano, el pueblo o la Constitución?, esto llevó al planteamiento por parte de Kelsen y de Krabbe, de la “auténtica soberanía de la Constitución y el Derecho” que se enfrenta a la soberanía política del pueblo.

Esta noción de poder constituyente traerá problemas prácticos cuando la realidad social y política del Estado, generen condiciones tales que hagan imposible la continuidad de su texto constitucional, por ineficaz ante las situaciones que regula, y exija una adaptación lógica de sus postulados jurídicos, a través de su reforma. Se plantea aquí en toda su intensidad la confrontación de los principios fundamentales que inspiran ese Estado constitucional: es posible que la propia Constitución como norma suprema pueda regular el proceso de reforma sin que se vea lesionado el poder soberano del pueblo, que es en definitiva la razón de ser del Estado. De ser así el principio democrático no sería más que una *declaración retórica*, o por el contrario si con el fin de salvaguardar la soberanía popular, será el pueblo, titular del poder constituyente, el único apto para reformar la Constitución, entonces el principio vulnerado será el de la supremacía de la Constitución, dice al respecto P. de Vega, “difícilmente cabrá otorgarle a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma”.

La praxis del Estado constitucional ha solucionado esta confrontación de principios jurídicos y políticos, a través de la institucionalización en los textos de la Constitución del procedimiento de reforma, que respetando la supremacía constitucional deberá llevarse a cabo cumpliendo con todas las exigencias que ella contempla, requisitos que hacen bastante agravado el proceso, y que en la mayoría de los casos, atendiendo al alcance de dicha modificación, hará imprescindible la participación directa del soberano a través de las vías de participación popular.

16. DE VEGA, P., *cit.*, p. 19.

II. LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA

La naturaleza política de la Constitución, expresa la síntesis de las relaciones entre Estado y derecho, entre el Estado y la norma básica del sistema jurídico, para Burdeau la conexión entre el poder constituyente y el Estado es “el punto de intersección entre política y derecho”¹⁷. Tal intersección es el resultado de un compromiso, de un pacto entre las distintas fuerzas sociales políticamente operativas. Por tanto, una vez alcanzado dicho pacto, en el texto de la norma suprema, se hace reserva expresa de la potestad para introducir cambios similares a los que condujeron a la adopción del pacto constituyente, el poder constituyente establece una serie de condiciones para evitar que cualquier mayoría parlamentaria pueda tener acceso al contenido de esta norma suprema. Para Javier Pérez Royo, en la propia idea del poder constituyente está ya implícita, hasta cierto punto, la idea de reforma, “poder constituyente y poder de reforma van casi necesariamente juntos”¹⁸.

De acuerdo con las teorías de la soberanía popular y del poder constituyente originario del pueblo soberano, se ha adoptado en forma general, un procedimiento para la elaboración de la Constitución: la convocatoria de un cuerpo de representantes elegidos por el soberano, que se reúnen bajo la figura de asamblea nacional constituyente, la cual recibe el mandato del pueblo de realizar una misión específica y claramente determinada. Una vez redactado el texto constitucional se requerirá que el pueblo le dé su ratificación final, para que la norma suprema adquiera la mayor solemnidad y legitimidad.

Una Constitución integra el estado de la realidad política y social, el *statu quo*, presente en una sociedad en el momento en que es elaborada. Por tanto, no puede pretenderse que su adecuación a las necesidades sociales se prolongue más allá de la permanencia de las condiciones determinantes de su surgimiento, a lo que podrá aspirarse es que en la redacción de las normas constitucionales se hayan previsto las necesidades futuras y se hayan adoptado *válvulas*¹⁹ que puedan dar cierta facilidad de nuevas interpretaciones a las normas constitucionales.

Atendiendo a lo que el profesor Luciano Parejo ha llamado la reorientación del derecho público y de la dogmática jurídica hacia la renovación, teniendo presente que el *tiempo social* y el *tiempo estatal* no son plenamente coincidentes²⁰, y debido a que las normas no pueden ser dadas para siempre, es necesario evaluar la influencia del tiempo en las situaciones que dichas normas regulan, lo que obliga a una constante adecuación de los sistemas normativos a las situaciones fácticas. Por todo ello se hace necesario

17. BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, vol. III, París 1950, p. 171. Citado por PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid 1987, p. 13.

18. PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, *ob. cit.*, p. 13.

19. LOEWENSTEIN K., les da esta denominación y además llega a la conclusión de que es necesario resignarse con el carácter de compromiso inherente a toda Constitución, puesto que “toda Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas”, *ob. cit.*, p. 164.

20. El profesor PAREJO se refiere a la disociación del tiempo de los procesos de la vida social, respecto al tiempo de la formación y ejecución de la voluntad estatal, lo que impulsa la necesidad de cambios en el sistema jurídico y obligan a un replanteamiento dogmático del derecho público, y su orientación hacia la renovación. V., PAREJO, L., “El tiempo y el Derecho: los valores de la estabilidad y la innovación en el Derecho Público”, en *Revista Tachirense de Derecho* n° 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1998, pp. 159 y ss.

prever la flexibilidad de las normas por vías alternativas, interpretativas, pero sin descuidar la necesidad de la seguridad jurídica que debe inspirar a todo sistema normativo.

Estas inevitables adecuaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional nos ubicarían frente a la llamada *mutación constitucional*, que pudiera dejar expuesta frágilmente la seguridad jurídica, en la misma forma que lo hace el uso alternativo del derecho, puesto que la mutación implica una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, en suma del *statu quo*, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional; así pues, el texto constitucional permanece inalterado. La vía para lograr esa adaptación temporal sin atentar gravemente contra el principio de seguridad, en el ámbito constitucional, no es otra que la reforma.

Teniendo claramente delimitado que las exigencias de adecuación de la normativa constitucional a las realidades cambiantes de la comunidad política que regula, como cuerpo social en constante evolución, ponen de manifiesto la contradicción y el conflicto frontal entre el principio político democrático de la soberanía popular y el principio de supremacía constitucional, y que esto genera la necesidad de articular una respuesta que permita la aquiescencia de ambos postulados, dentro de la lógica del Estado constitucional, podemos deducir la necesidad, para conseguir uno de los fines propuestos con nuestra exposición, de abordar el mecanismo de reforma, siquiera en forma breve, teniendo presente que un estudio profundo de esta importante institución se escapa de los propósitos de este trabajo.

Esta función de *reforma constitucional*, puede ser asignada al poder constituyente, con lo cual se estaría salvaguardando el principio de la soberanía popular, pero atentáramos contra la superioridad de la Constitución como norma, dentro del ordenamiento jurídico. Tendríamos entonces que admitir como actos políticos de soberanía, los cambios operados a través de la vía de la reforma de la Constitución y no podrían ser explicados como cambios jurídicos. Esto implica admitir como lo hace Esmein,²¹ que lamentablemente la dinámica y la evolución del Estado constitucional, no ha sido en realidad un grandioso esfuerzo de racionalización política, sino una acción revolucionaria casi permanente y peor aún, reconocida como legítima.

Recorriendo otro camino, podríamos asignar la tarea de realizar cambios en el texto constitucional, a determinados órganos con competencias en la materia, definidas por la propia Constitución. Así se estaría dejando incólume el principio de supremacía constitucional, pero ahora se estaría cercenando el principio de soberanía popular y aún más, se estaría asignando a poderes constituidos funciones que por su naturaleza son propias en forma exclusiva del poder constituyente, conforme a la racionalidad que rige el Estado constitucional. Los poderes constituidos por definición no son aptos de cambiar la Constitución, puesto que están sometidos plenamente a ella en todas sus actuaciones; en palabras de Sieyès: “como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución”.

Para conciliar esta confrontación entre principios elementales de la estructura constitucional del Estado democrático, la ciencia jurídica ha desarrollado la institución de la reforma constitucional. Su fundamento está basado en dos pilares: uno la afirmación absoluta del poder constituyente, como único capaz de realizar cambios en la norma suprema de un Estado, dejando claramente establecido la incompetencia de los poderes constituidos para actuar en este campo. En segundo término, el reconocimiento de la

21. Autor citado por el profesor DE VEGA, Pedro *ob. cit.*, p. 60.

capacidad por parte del poder constituyente, como expresión de sus facultades soberanas, de crear un procedimiento y un poder especial, capaz de ordenar las transformaciones del ordenamiento constitucional.

Así como es apto el poder constituyente para organizar y establecer atribuciones y competencias de los poderes constituidos, podrá también prever una vía especialísima que permita adecuar los contenidos constitucionales al *tiempo social*, es este el llamado poder de revisión o de reforma, que mantiene en su esencia los postulados que inspiran al poder constituyente, y que sólo variará en tanto que no se considera un poder constituyente originario sino un poder que actúa por derivación, un “poder constituyente instituido”, usando palabras de A. Brewer-Carías²².

No implica este poder de revisión una negación de las facultades soberanas del poder constituyente, que conforme a sus notas fundamentales de poder previo, ilimitado y sin control, podrá siempre y en cualquier momento reformar la Constitución. Lo que este poder tiene como elemento inherente a su estructura es una separación fundamental en el ejercicio de la facultad constituyente. Siendo un poder absoluto, no le está negada la posibilidad de ordenar *per se*, de regular el mecanismo que regirá las posibles modificaciones del texto constitucional que elabora, lo que implica una garantía de supremacía absoluta de ese poder, al abordar incluso sus futuras modificaciones. La actividad constituyente es libre y soberana, por tanto no está sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos, pero esto no niega la posibilidad de que el mismo poder que la ejerce fije en el fruto de su actividad: la Constitución, un procedimiento que garantice la validez y legitimidad del ejercicio del poder constituyente.

El profesor Pedro de Vega, refleja con total claridad las consecuencias de admitir la autolimitación del poder constituyente: en primer término aceptar la existencia del poder constituyente, como poder soberano, previo y total, el cual podrá en todo caso, modificar, transformar e incluso destruir el ordenamiento constitucional, operando como *res facti, non juris*, en el ejercicio de sus potestades soberanas. Lo que implica que por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar como poder jurídico y limitado. En segundo término, admitir la existencia de un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, como un poder limitado, en ningún caso soberano y libre. “Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución”²³.

Esta diferenciación clara y precisa, entre poder constituyente y poder de revisión, permitirá un desarrollo lógico de la teoría del poder constituyente²⁴ en la praxis de Estado constitucional. Por el contrario, su incompreensión acarreará graves confusiones que impedirán llevar a términos reales los postulados de la teoría, con lo cual la recta ordenación de las relaciones sociales a través de normas jurídicas, sufrirá duros golpes en cuanto a sus requisitos de legitimidad, puesto que en su origen la norma rectora, la norma suprema, no habrá sido concebida de acuerdo con las exigencias que la razón han establecido en el ámbito de la ciencia jurídica y que desde los orígenes del Estado constitucional han sido ratificadas como las más apropiadas por el decurso de la historia.

22. BREWER-CARÍAS, Allan, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, p. 89.

23. DE VEGA, Pedro, *ob. cit.*, p. 65.

24. DE VEGA, Pedro considera que la verdadera función de la reforma constitucional no consiste tanto en adaptar la Constitución a un mundo social y político cambiante, como en rescatar y dar continuidad histórica al poder constituyente. V., DE VEGA, Pedro, “Mundialización y Derecho Constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, Madrid 1998, p. 43.

III. EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD

Para algunos autores atribuirle a un poder la nota característica de soberanía, comporta la imposibilidad de hablar simultáneamente de límites en relación con ese poder. Así Rousseau en su *Contrato social* (1762), nos señala que “es absurdo que la voluntad se eche cadenas para el porvenir”, por tanto puede decir el soberano en un momento dado: “yo quiero actualmente lo que quiere tal hombre o, por lo menos, lo que dice querer”, pero no le es posible decir: “lo que este hombre querrá mañana yo lo querré también”²⁵.

La configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente, el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación del poder de revisión, tal como lo hace con la organización de las competencias de los poderes constituidos. Todo esto en virtud de las omnímodas y supremas atribuciones que son propias al poder constituyente, lo que le permite conferir a un órgano constituido la ejecución de sus facultades y derechos soberanos.

Ante estos planteamientos, *a priori* contradictorios entre sí, es preciso responder a dos interrogantes que se plantean: ¿es posible que el poder constituyente se autolimite? Y ¿hasta qué punto esa limitación respecto de las atribuciones de competencias soberanas al poder de revisión, pueden tener valor para poderes constituyentes futuros? Porque el mayor problema no es la autolimitación del poder constituyente derivada del establecimiento de un poder de reforma, sino la negación de las posibles actuaciones y la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del futuro. Es oportuno aquí traer el axioma que cita Pedro de Vega: “el poder constituyente de un día no puede limitar al poder constituyente del mañana”.

De aceptarse este axioma estaríamos de acuerdo con la conclusión de Burckhardt²⁶: “porque el poder constituyente actual no puede verse controlado, limitado y negado por el poder constituyente del pretérito, y porque las normas de reforma en quien actúan realmente es sobre él, la revisión constitucional, para no convertirse en una mera ficción de fantasmales operadores jurídicos, sin legitimidad política alguna, sólo podrá ser considerada como obra del poder soberano del momento en que ha de llevarse a cabo”. Esto significaría, entonces, admitir que la reforma, en cuanto acto de soberanía, no es una actividad jurídica, y por ende explicable jurídicamente, sino una pura y simple actividad política que, al romper la continuidad del ordenamiento, se adecua a las formas de una actividad revolucionaria.

De Vega resuelve esta cuestión con lo que él llama la “continuidad política del poder constituyente”, planteada por C. Schmitt. Para el último de los autores, la ejecución de la función del poder constituyente, al ser encargada a un órgano determinado y especial, no implica que tal órgano pueda identificarse con el poder constituyente, puesto que “no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución”²⁷. Esta postura debe ser entendida en el contexto que rodea la ideología de Schmitt (notoriamente ligada a estadios escasamente democráticos), para quien los conceptos *soberano*, *poder constituyente* vienen a coincidir en el vértice del

25. ROSSEAU, J., *ob. cit.*, p. 58.

26. Este autor es mencionado por DE VEGA, P. *ob. cit.*, p. 73.

27. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Trad. de AYALA, Francisco, Alianza, Madrid 1982, p. 108.

concepto de *pueblo (volk)*, idéntico a Nación como totalidad homogénea²⁸. Schmitt teoriza la estable presencia, la *permanencia* del poder constituyente como paralela totalmente a la permanencia de la Constitución que ha creado, la fuente de validez de la Constitución es su existencia en la voluntad colectiva del pueblo.

Así pues, si partimos de la premisa que admite que el poder constituyente y soberano es permanente, entonces la reforma constitucional aparecerá como una operación jurídica, que no rompe con la idea de continuidad estatal. De esta manera, su autolimitación inicial, producida simultáneamente con la aprobación de la ley fundamental, seguirá siendo perfectamente legítima y válida en el plano político en cualquier circunstancia temporal posterior que exigiera la realización de una reforma. Para de Vega, toda la problemática de la reforma y, en definitiva de la teoría de la Constitución, tendrá que radicar forzosamente en la explicación de la permanencia y continuidad del poder constituyente.

Para enfocar correctamente esta idea de continuidad y permanencia del poder constituyente, es preciso abordar las categorías de *Constitución y poder constituyente*, no sólo como meras abstracciones formales en el campo de la lógica, sino en su dimensión real, en su realidad histórica y social, realidades estas que han tenido una influencia determinante en el resultado final de la actuación del poder constituyente, en el texto de la Constitución. Así pues la Constitución real, esto es la Constitución material como forma efectiva de la vida política del Estado, se convierte en la base, en el presupuesto sobre el que luego se va a forjar la Constitución formal. “El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtuvo su traducción jurídica legal”²⁹. Y entonces, hablar de la continuidad del poder constituyente sería equivalente a hablar de continuidad de la Constitución material, que sirve de fundamento a la permanencia de cualquier colectividad humana políticamente organizada.

Para M. Kriele, el poder constituyente permanece latente y es esto lo que le lleva a mantener que *en* el Estado Constitucional no existe soberano. El aceptar como válido que el poder constituyente es ejercido por el pueblo, equivale a admitir que la soberanía del pueblo significa la facultad para decidir sobre la Constitución y esta “se agota en el acto de otorgar la constitución y permanece *latente* en la constitución como poder constituido hasta un nuevo acto de dictar la constitución”³⁰ (la cursiva es nuestra). Si en el contexto del Estado Constitucional, la soberanía del pueblo significa, que el poder constituyente y la titularidad del poder estatal los tiene el pueblo; la soberanía del pueblo es perfectamente compatible con la afirmación de que no hay ningún soberano dentro de tal Estado, ya que “la soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado Constitucional”. Propone la tesis de que el *soberano democrático* renuncia a su soberanía en el momento en que hace uso de su poder constituyente, puesto que entonces estará impedido de actuar en forma directa, inmediata, así pues “como factor político sólo existe en forma latente [...], la soberanía democrática descansa mientras existe el

28. Al respecto se puede ver la presentación de AYALA, Francisco al libro de SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, antes citado, p. 17. Con relación a SCHMITT, en la misma publicación, GARCÍA PELAYO, Manuel señala en el epílogo a esta, al tratar de mostrar la ubicación del autor en su tiempo, y compararlo con HEIDEGGER y JÜNGER, que en “los tres se hace patente, de un modo o de otro, el sentido trágico de la historia de su tiempo, y los tres fueron espíritus libres aunque sin olvidar la máxima *non possum scribere in eum, qui potest proscribere*”, *ob. cit.*, p. 375.

29. DE VEGA, Pedro, *ob. cit.*, p. 75.

30. KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado*, Trad. de BULYGIN, Eugenio, Depalma, Buenos Aires 1980, p. 317.

Estado Constitucional”³¹. El pueblo como poder constituyente es soberano, en esta medida el pueblo está por encima del Estado Constitucional, es anterior a este, lo crea o lo deroga, pero no está *dentro* del Estado Constitucional, por lo tanto “la tesis: en el Estado Constitucional no hay soberano, queda intacta”³². El meollo de la cuestión está pues, en aceptar la continuidad, el estado latente del poder constituyente una vez que ha creado la Constitución, y la posibilidad de actuar cuando sea requerido, conforme al procedimiento que él mismo ha instituido en el texto de la Constitución que ha creado.

El poder constituyente permanece, y a la par la reforma constitucional, la cual en tanto que institución jurídica, se verá legitimada siempre políticamente, mientras no se produzca la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución real. La reforma no va a vulnerar la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino por el contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente, entendiendo a esta como propia de la Constitución material, en la Constitución formal elaborada en el pasado. Esto permite ubicar a la institución de la reforma como aquella donde convergen los supuestos políticos y los imperativos jurídicos que forman la esencia del derecho constitucional, el cual deberá tener un contenido tal que abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídica - normativa.

Se ha expresado reiteradamente que el poder constituyente no puede autolimitarse materialmente, puesto que la juridificación del tal poder, persigue cumplir con la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra, según el profesor Manuel Aragón, que “enlazar y no disociar, democracia y Estado de Derecho”. Poner barreras al contenido de la voluntad del poder constituyente, sería tanto como permitir que el Derecho imponga a las generaciones del mañana la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones actuales, lo que dejaría en entredicho el carácter democrático del Estado constitucional y además obligaría a los ciudadanos del futuro a expresar su voluntad al margen de la norma, lo que dejaría al Estado Constitucional sin su esencia de Estado de Derecho, de Estado democrático. Por esto, las únicas fronteras posibles de imponer por el pueblo a su mandato constituyente son las procesales, pero siempre deberá preservar su libertad de disponer ampliamente, sin límite material alguno de su Constitución.

Manuel Aragón considera que el intento por *positivar* el poder constituyente puede ser una utopía, una vana ilusión de los juristas, pero intentar realizar esa utopía es intentar dotar de estabilidad la democracia, conseguir que el Derecho deje al pueblo las puertas abiertas para que en forma pacífica y jurídica, “adopte en cada momento histórico el orden político que desee”³³. La democracia puede ser vista en dos perspectivas, la primera es la idea de democracia que tiene la Constitución para su realización, esto es el contenido de valores en los que descansa la democracia como orden, su ideología, es decir su *legitimidad*; y la segunda perspectiva es la idea de democracia que tiene la Constitución para su transformación, que se traduce en su *validez*.

La democracia es el principio legitimador de una Constitución, tanto porque esta emane en forma democrática, como porque el Estado que ella regula y organiza es un Estado que asegura la democracia, un Estado en el que la atribución de la soberanía al pueblo no es una mera declaración retórica, sino que está garantizada a través de deter-

31. *Ibid.*, p. 318.

32. *Ibid.*, p. 152.

33. ARAGÓN, M., *ob. cit.*, p. 38.

minadas normas que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, porque sus derechos de libertad e igualdad son reconocidos como fines, como valores materiales que la Constitución propugna.

Una Constitución que emane democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez pero no su legitimidad. Una cosa es el principio democrático como principio legitimador de la Constitución, como expresión de la convergencia entre la soberanía popular y el Estado democrático que el pueblo a través de la Constitución se da, y otra cosa totalmente diferente es el principio democrático como fundamento de la validez del constituyente mismo, como modo de la expresión de la voluntad del soberano, y no como modo de expresión de la voluntad del Estado. En este sentido la juridificación congruente con la noción de soberanía no puede ser de carácter material sino sólo formal.

A este planteamiento se le han contrapuesto una serie de situaciones problemáticas que intentan restarle valor. Todas son resultado, para M. Aragón, de la “viciosa utilización de términos absolutos, por el traslado, incorrecto, de razonamientos procedentes de la teología, o de la lógica abstracta, a la realidad política y jurídica”³⁴.

La primera situación conflictiva es la que se genera ante el sometimiento del poder constituyente a las normas que él mismo crea para modificar la Constitución, a esta es obvio responder que en la lógica del Estado de Derecho, del Estado constitucional, es imprescindible que se establezcan normas que regulen las formas de ejercicio en cada momento constituyente, como garantía para el titular de la soberanía. “La omnipotencia del soberano, en la democracia constitucional, no es una omnipotencia continuada, por utilizar palabras de Hart, sino autocomprensiva, capaz de autolimitación procedimental, capaz de definir y redefinir las formas de emanación de su voluntad”³⁵.

Ignacio de Otto señala como deficiencia de la teoría del poder constituyente, su incapacidad para sustentar el fundamento, la validez de la Constitución, puesto que al atribuírsele a la voluntad del pueblo el origen de la Constitución, la teoría no brinda un camino expedito en aclarar el origen y la estructura del ordenamiento constitucional. Considera que “la doctrina no sirve para dar cumplida legitimidad a los procesos constituyentes que parecen ser su principal objeto [...], aquellos procesos que tras la ruptura del orden constitucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva Constitución que no aparece como fruto de una reforma de la anterior”³⁶. En estos casos es preciso que la Constitución se elabore democráticamente por medio de una asamblea elegida para tal fin y con la aprobación de un referéndum. Esta participación popular no puede calificarse en ningún caso como originaria o prejurídica, sino que está consolidada en un procedimiento reglado mediante normas que regulan las elecciones o el referéndum y el procedimiento de elaboración constitucional. La participación del pueblo estará precedida por una fase previa al proceso constituyente, en la que se elaboran las normas que regulan la participación popular, señala de Otto, que “tal fase previa no se abre necesariamente a su vez con un proceso democrático, sino más bien con un acto de fuerza que no tiene por qué ir precedido de ninguna manifestación inequívoca de la voluntad popular”³⁷.

34. *Ibid.*, p. 45.

35. *Ibid.*, p. 47.

36. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 53.

37. *Ibid.*, pp. 54 y ss.

Aunque no siempre será la fuerza la vía de expresión popular, puesto que en algunos casos la voluntad de cambio se expresa por la vía de las elecciones, como ocurrió recientemente en Venezuela, según se intentará explicar en el capítulo siguiente. Es probable que los deseos de cambio se expresen por el camino contrario a las normas jurídicas, entonces la voluntad popular atentaría por vías de hecho contra la lógica del Estado Constitucional, y partiendo de una actitud ajurídica, emplearía su *poder originario* para crear normas que reglen la formación de su voluntad constituyente y en virtud de esta limitación jurídica de su voluntad se formaría el nuevo texto constitucional. En este caso el orden resultante tendría legitimidad si emana de la decisión popular de darse un nuevo orden jurídico, pero no tendría validez de acuerdo con la Constitución anterior, que se ha dejado de observar por actuaciones fácticas y no jurídicas. La doctrina del poder constituyente no podría sustentar este mecanismo de actuación popular, obviamente, porque no estaríamos ubicados en el mundo del derecho sino en el de la fuerza, la doctrina del poder constituyente pretende juridificar las expresiones de la voluntad popular en normas de obligatorio cumplimiento, para hacer de estas garantías del desarrollo armónico de la sociedad políticamente organizada, pero no es garantía para evitar actuaciones fácticas, en las cuales se apele al mismo como patente de corso para iniciar un proceso que formule una nueva Constitución.

Señala además De Otto que la teoría del poder constituyente no es apta tampoco de dar fundamento a la validez de la Constitución como norma jurídica. El pueblo a través de la Constitución formula una norma básica del ordenamiento, de la cual emanará la validez de todas las demás y que obligará tanto a gobernantes como a gobernados, e incluso determinará la forma de realizar sus cambios futuros a través del procedimiento de reforma, con lo cual, el pueblo se autolimita. Pero asumiendo la imposibilidad de un poder para autolimitarse (de acuerdo con los “teóricos del principio monárquico del siglo XIX”³⁸, adaptándola a la soberanía del pueblo) tendríamos que aceptar que la norma básica según la cual el pueblo soberano dispone de lo que es derecho, esto es, la propia Constitución, no le puede limitar, puesto que estaría contradiciendo su poder absoluto. Por lo tanto “si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la Constitución se declare irreformable”³⁹. La fuerza vinculante de la Constitución no reposa en el poder soberano del pueblo, puesto que este puede reformarla aún en contra de las normas que él mismo ha establecido en el texto constitucional.

Si se invoca al poder constituyente para fundamentar la validez de la Constitución, se obtendrá justo el resultado contrario, ya que “si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente”⁴⁰. Pero considera Ignacio De Otto, que en este razonamiento el punto de partida es erróneo, puesto que la teoría del poder constituyente formula en términos de *poder de un sujeto* (términos normativos), lo que no es más que un *problema de hecho*, esto es, la cuestión del fundamento de la validez de la norma suprema de un ordenamiento jurídico y de este como conjunto. Lo que trata de fundamentar la teoría del poder constituyente es la necesidad de adecuación entre la Constitución y la realidad social que regula, *la eficacia de la Constitución*. Lo que intenta es que el proceso constituyente se configure de modo tal que en él puedan expresarse democráticamente, los variados criterios en torno a la norma suprema, para que así pueda tener legitimidad y

38. *Ibid.*, p. 54.

39. *Ibid.*, p. 55.

40. *Idem.*, p. 55.

que además consagre la posibilidad de su reforma democrática. Considera De Otto, que la teoría expresa estas exigencias de forma incorrecta, porque si se recurre a un poder previo al derecho se está desconociendo que el proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a las reglas que aseguren la libertad y la igualdad de los miembros de la colectividad, *no hay democracia sin derecho*. Es por esta razón fundamental, por la que el procedimiento de elaboración de la Constitución debe estar siempre regulado y no es un mero hecho, al igual que su reforma. “La exigencia democrática se desplaza así hacia el contenido de esa regulación para asegurar que ésta sea el cauce adecuado de expresión de la voluntad democrática y no un obstáculo a la democracia”⁴¹. Queda así confirmada nuestra preocupación, ya expresada, por la necesidad de la autolimitación procedimental del poder constituyente y su actuación conforme con la legitimidad popular, esto es en la ruta democrática, única vía admitida por la sociedad políticamente organizada.

Otra duda planteada en tono problemático, es la que se refiere a la capacidad del poder de revisión total de la Constitución, respecto de la revisión de la misma norma que regula el procedimiento de reforma, es la llamada por Ignacio De Otto⁴², *autorreforma constitucional*, esto es, el principio que establece que una norma no puede aplicarse su propia reforma. En este caso se plantea la posibilidad de reformar las normas que regulan el procedimiento de reforma constitucional, empleándolas a ellas mismas para tal fin, y ante esta posibilidad De Otto considera que no es pertinente tal situación, puesto que no se correspondería con el principio fundamental que establece que una norma no puede aplicarse a sí misma. Este principio fue elaborado por A. Ross, quien defiende que las cláusulas de reforma son en sí mismas irreformables porque una proposición no puede aplicarse a sí misma. Sería admisible esta crítica, si calificáramos al poder de revisión total como un poder constituyente constituido, “sometido a unas condiciones que no puede cambiar”, pero si partimos, como lo hace M. Aragón con quien coincidimos, de afirmar que el poder de revisión total es poder constituyente *juridificado o instituido*, entonces apelando a la *omnipotencia autocomprensiva*⁴³ de Hart, podemos concluir que ese poder apto para definir su procedimiento de materialización, puede también redefinirlo.

Otro problema es el que se plantea ante la posibilidad que tiene el pueblo como soberano, de cambiar por medio del procedimiento de revisión total de su Constitución vigente, su esquema de valores, de querer abandonar, por ejemplo, la democracia como esencia del Estado. Esta variación puede ser perfectamente asumida por el pueblo, puesto que es dueño de darse a sí mismo los métodos que en cada caso considere apropiados para obtener el máximo bienestar posible, y no puede ser de otra manera si admitimos que con la constitucionalización, con la juridificación del poder del pueblo, este sigue siendo ante todo soberano.

Presente esta situación, la nueva Constitución sería válida, puesto que estaría conforme con las reglas procedimentales previstas por la anterior, se estaría cumpliendo el fin de autolimitación procedimental, esto es, se estaría expresando la voluntad del pueblo

41. *Ibid.*, p. 56.

42. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 65. Este autor mantiene que al igual que sucede con la autolimitación del poder constituyente, resulta imposible aceptar, por contradictorio, que tanto el poder constituyente como el “poder constituyente constituido”, puedan autolimitarse debido a que son poderes absolutos. “Expresado en lenguaje normativo: del mismo modo que la norma que confiere un poder absoluto no puede servir de fundamento a la norma que lo limita, la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma”.

43. ARAGÓN, M., *ob. cit.*, p. 47.

jurídicamente. Pero no sería legítima, puesto que respecto al contenido del orden imperante no estaría conforme con los valores democráticos inherentes a la Constitución, al Estado de Derecho. La nueva Constitución que no tiene como principio rector la democracia, que no se *realizará* conforme a los valores democráticos, no será en realidad una Constitución sino una ley fundamental. Tendrá pues una *legitimidad sociológica*, pero no una *legitimidad jurídica democrática*, debido a que el pueblo no tendrá asegurada por el derecho su condición de soberano.

Ignacio De Otto sostiene al respecto, que la nueva Constitución no democrática no podría tener su fundamento en la anterior Constitución democrática, porque si se vincula en forma esencial a la democracia con el pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, lo que implica que tal “supresión no podría llamarse decisión democrática”⁴⁴. Esto implica diferenciar la supuesta identidad de la voluntad de la mayoría con la voluntad del pueblo, ya que lo característico del principio mayoritario es que el titular de la decisión (la mayoría) no es idéntico al sujeto llamado a soportar sus consecuencias, (todo el pueblo). Así entonces, en sustitución de la *mayoría* se adopta el *pluralismo*, el cual es el reconocimiento jurídico de la garantía de quienes no decidiendo están llamados a soportar las consecuencias de la decisión, ya que la democracia es la posibilidad de todos los proyectos, un sistema en el que en principio cualquiera de ellos puede ser realizable. Lo que daría a la nueva Constitución fundamento sería su eficacia, su adecuación con el sustrato social, el cual habría modificado sus concepciones esenciales y eso le exigirá entonces alejarse de la democracia como sistema.

El Estado democrático de Derecho tiene entre sus fines garantizar jurídicamente al pueblo la libertad de autodeterminarse, puesto que la democracia reconoce que el pueblo es el único apto para decidir en forma libre sobre su destino. Por ello son necesarias las condiciones de validez y legitimidad en forma conjunta, por ello es admisible entonces que el poder constituyente se autolimite en cuanto a su forma de actuación, para evitar que los valores democráticos queden expuestos a voluntades ajenas al propio pueblo y se preserve así su soberanía.

IV. CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

Un sector de la doctrina actual pregona la idea del poder constituyente como una categoría histórica, por demás *agotada*, lo consideran un concepto teóricamente irrelevante, puesto que es una abstracción carente de todo referente. Los exponentes de esta corriente son principalmente M. Dogliati y M. Luciani⁴⁵, en Italia y en España Juan Luis Requejo Pagés. Para los italianos no es posible hablar de este poder dentro de los regímenes constitucionales, puesto que se incurre en una incorrección, ya que se le confundiría con el poder de revisión. Tal incorrección consiste en el empleo débil del poder constituyente, no “crudamente decisionista a lo Schmitt y no radicalmente refundador del orden civil, sino histórico-evolutivo, uso orientado a renegociar el pacto social en su

44. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 65.

45. Estos autores son citados por PALOMBELLA, Gianluigi en *Constitución y Soberanía, ob. cit.*, p. 13. Las obras en las que se emiten estos criterios son DOGLIATI, M., “Potere Costituente e revisione costituzionale”, en *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, pp. 7 y ss., y LUCIANI, M., “Quattordici argomenti contro l’invocazione del potere costituyente (sic)”, en *Democrazia e diritto*, 3-4, 1995, pp. 97 y ss, y del mismo autor “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, en *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, pp. 124 y ss.

momento estipulado, sobre bases actuales: el uso *débil* permitiría el ejercicio de la *libertad de las generaciones* presentes para diseñar un orden constitucional a la altura de su propia sensibilidad, pero se trataría de un error⁴⁶.

En la misma dirección Juan Luis Requejo Páges, señala que en términos positivistas el poder constituyente es innecesario e incluso perturbador, pues con él puede llegar a atribuírsele el fundamento de validez de una norma que, “por definición no precisa fundamento alguno”⁴⁷. Por tanto el único poder al que es pertinente referirse es al *poder constituyente constituido*, ya que este es el único que debe su condición a la propia Constitución y actúa conforme con procedimientos constitucionales, aún cuando obviamente, la nueva Constitución obtenida de la actuación del poder constituyente constituido, no pueda ser imputada a su voluntad, ni tampoco a la de la Constitución que lo regula.

En opinión de Gianluigi Palombella, estas tesis son contradictorias y discutibles, puesto que valorativa e ideológicamente parten de la idea del pueblo como una *multitud naturalista* y no son del todo coherentes con la definición de validez de Constitución que adoptan, la cual viene en función sólo del sujeto que la ha elaborado. Reiteradamente hemos expresado que la noción de pueblo aceptable es aquella sinónimo de comunidad políticamente organizada, por tanto compartimos las críticas de Palombella, ya que racionalmente no es admisible referirse al pueblo como una reunión de sujetos sin una estructura previa y unos fines comunes. La tesis del pueblo como naturaleza en estado puro es sólo una mitificación, del mismo modo que lo es la abstracta elevación del pueblo a fuente última de sabiduría, verdad y orden. Se ha reconocido que la noción de poder constituyente se refiere a aquel grupo de ciudadanos, formado en una determinada estructura y distribución de intereses y en una comunidad cualificada.

Los argumentos que esgrimen estos autores se refieren, en primer lugar al hecho de que el concepto tradicional de Constitución no contempla acto constituyente alguno y por tanto no recurre a dicho poder. Esto es discutible, se tiende a desvincular el concepto de Constitución del de poder constituyente, y sostienen que dicha categoría no es esencial para el constitucionalismo, al tiempo que desplazan el peso del acento hacia la Constitución como hecho social, como orden establecido e institucionalmente difuso.

Otro argumento se refiere a la independencia de la validez de las Constituciones de los sujetos que la han elaborado, y se le hace descansar únicamente en los sucesivos reconocimientos que remiten a una aceptación difusa y a la reiteración de prácticas de racionalidad apropiadas para desarrollar los principios en ella contenidos. Este postulado tiende a restar importancia, aún habiendo existido un acto constituyente, al eventual papel residual atribuido al poder constituyente como fuente de validez de la Constitución, por tanto la validez de la norma suprema no vendrá determinada por su origen en el poder popular, sino por la aceptación social e institucionalmente viva que le brinde la colectividad. El meollo del asunto estará en la manera como se entienda la relación entre validez y eficacia, ya sea desde una perspectiva realista o desde una normativista en teoría general del derecho. La solución defendida consiste en vincular validez a eficacia usando como ligamen el reconocimiento. Esto no implica rechazar el argumento de la validez de la Constitución, el cual es un problema de suma relevancia para la teoría jurídica. De lo que se trata es de hacer hincapié en la importancia que tiene la apropiación

46. *Ibid.*, p. 14.

47. REQUEJO PÁGES, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, ob. cit., p. 45.

de la Constitución como un todo necesario, por parte del pueblo. Es decir, la *apropiación histórica*⁴⁸ de la Constitución, lo que se traduce en aceptar que la validez y la obligatoriedad de la norma suprema no dependerán de la coincidencia de la filosofía actual de los miembros de la sociedad con la defendida por los *padres de la Constitución*, ni de la persistencia del grupo político y culturalmente hegemónico que favoreció el acuerdo de voluntades que permitieron la redacción del texto. La validez de la Constitución es un problema jurídico pero no solamente, sino también social y político. Esto lejos de explicar la irrelevancia de la categoría del poder constituyente, lo que deja ver es la necesidad de una vía que permita en todo momento la apropiación de la Constitución por la sociedad, así en caso de que esta sufra una paulatina pérdida de validez, y se haga necesaria su modificación para adecuarla a las nuevas circunstancias, se deberá recurrir al poder constituyente.

Otro argumento sostenido es la incompatibilidad existente entre el poder constituyente y la constitución de los derechos. Si existen los derechos, no podrá hablarse de poder constituyente, puesto que los derechos ya se encuentran afirmados, por tanto lo necesario será un poder que los expanda, perfeccione o modifique su disciplina, que transforme aspectos no inviolables de la Constitución, y el llamado a hacer esto, por naturaleza es el poder de revisión. Ahora bien, si existe el poder constituyente, no podrá hablarse de derechos, debido a que el único contenido posible actual del poder constituyente sería la negación de los derechos, “dado que si no los negase, en cuanto núcleo inviolable de la Constitución, no sería poder constituyente, sino poder de revisión”⁴⁹. El poder constituyente permitiría el arbitrio de una amplia y mayoritaria facción política en el contexto de una organización partidista, el cual es incompatible con el reconocimiento del derecho y de la naturaleza universalista de los derechos, cosa que no toleraría el poder de revisión.

Para hacer frente a estos señalamientos es preciso partir de la ubicación de la categoría poder constituyente en el marco del Estado democrático actual, en el cual el núcleo del ordenamiento jurídico es una Constitución, dada en un momento histórico determinado, válida por tener un contenido pertinente con los valores del Estado que organiza y por ser plausible con los fines que esa comunidad políticamente organizada se ha propuesto. En este contexto el sentido de un *pacto social* se remite al texto constitucional el cual le define orgánicamente y le dota de rigidez y de la protección-garantía de un tribunal constitucional que cuida de su recta interpretación. El papel y el significado de la voluntad popular se expresan de manera diferente, en la relación dinámica entre poder constituyente y poderes constituidos.

Un pueblo libre y autónomo, que ha superado su estado natural a través de la organización como una colectividad política, tiene el derecho y el deber, además de la necesidad inicial, de dotarse de una Constitución apta para convertir en elementos institucionales y positivos la creencia racional de la comunidad en principios fundamentales de convivencia. Estamos sin lugar a dudas, en presencia de un poder constituyente, el cual conforme con su naturaleza es el indicado para llevar a cabo esta misión, puesto que el mero poder de revisión se agota en la modificación de algo preexistente. Así pues el poder constituyente se “configura intrínsecamente como una proyección de la comunidad, en el sentido débil de conjunto social dotado de un *mínimum* de expectativas difusas”⁵⁰.

48. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, p. 18.

49. DOGLIANI M., *ob. cit.*, p. 26.

50. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, p. 25.

Esta proyección que se plasma en el texto constitucional lleva implícita el reconocimiento de los derechos inherentes al hombre, puesto que en la realización de la libertad y de la igualdad de los individuos es que se materializa el cúmulo de derechos. No puede llegarse a una organización política racional si no partimos del reconocimiento de tales derechos en el texto constitucional, y allí lo relevante será la voluntad democrática de dotarse de medios que garanticen tales derechos, uno de estos será la imposibilidad de legitimación de cualquier intento de desconocerlos o hacerlos ineficaces, basada, o bien en el recurso del poder constituyente, o bien, en una vía fáctica que pretenda alterar la esencia democrática de esa comunidad, el único recurso posible será el rechazo hacia ese intento y por tanto el desconocimiento de la Constitución por esta vía surgida, la cual en definitiva no tendrá el carácter de tal sino de ley fundamental, por no reconocer los derechos y al no hacerse este reconocimiento, entonces, nos ubicamos fuera del contexto democrático, que es el que hemos empleado como punto de arranque para nuestro razonamiento.

Si entendemos al poder constituyente como aquel que recoge y expresa las fuerzas, o las necesidades, las convicciones colectivas en un determinado momento histórico, capaces de traducirse en normas constitucionales, a través del llamamiento a la soberanía popular, no en forma abstracta, sino como una concreta referencia a la estructura organizativa en el ámbito sociológico, político, económico, de la voluntad constituyente⁵¹. No tendrá cabida aquí afirmar el *agotamiento* de tal poder, puesto que se admite que la diferencia entre poder constituyente y poder de revisión descansa sobre una diversidad de objeto, esto es, la modificación integral o la reforma parcial dentro del ámbito definido por la Constitución; además de una diversidad de grado, el poder de revisión será más limitado en comparación con el poder constituyente, puesto que el primero es un poder con un campo de acción definido previamente. Entre ambos se dan estrechas y vitales relaciones, por tanto no es lógico admitir que subsista el poder de revisión cuando el poder constituyente haya desaparecido. La permanencia y continuidad del poder constituyente han sido ya referidas como inherentes a su naturaleza en el desarrollo del punto 8, al cual nos remitimos, aceptamos pues que está presente en una forma latente, pero no llega a desaparecer totalmente.

El fortalecimiento de las Constituciones es directamente proporcional con la vitalidad, en términos de importancia, que estas representen para el titular del poder constituyente, admitir tal vitalidad desemboca en reconocer que toda Constitución está legítimamente expuesta al *riesgo* de ser reescrita, lo que obliga al sistema democrático a traducir la validez de la Constitución en un incesante esfuerzo de producción de eficacia que se traduzca en legitimación de la misma.

V. EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

La naturaleza del poder constituyente tiene dos vertientes, una jurídica y otra política, las cuales convergen como bases sobre las que se sustenta este poder. Y por lo tanto es relevante su existencia en ambas áreas del conocimiento.

51. En este sentido es definido el poder constituyente por MORTATI en “La costituente” en *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milán 1972, pp. 3 y ss. Esta cita es referida por PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, p. 27.

El ejercicio del poder constituyente representa el respeto y la tutela del principio democrático de dotarse de un ordenamiento jurídico, de la *autolegislación*⁵². En esto se diferencia de la imposición por medios de fuerza de una Constitución, por parte de un grupo que bien por detentar el poder fáctico, o bien, por contar con una mayoría circunstancial, pretendan hacer prevalecer sus ideas por vías distintas de la convicción popular respecto a la validez y eficacia del programa político que proclaman. Aún cuando la proposición de un texto constitucional pueda depender de acciones de fuerza y de cambios de hecho por obra de unos pocos, no puede ser esta fuente, contingente y arbitraria, donde los principios democráticos del Estado actual encuentren la legitimidad, los fundamentos racionales que justifiquen la norma suprema. Esta fuente sólo se encontrará, en el contexto democrático, en el esencial presupuesto de consenso-disenso, en su presencia en el tejido jurídico, institucional y moral de una sociedad, no prosperan en este lenguaje las Constituciones a la medida de ordenamientos impuestos por la fuerza. Además si nos ubicamos en las “coordenadas jurídicamente definidas” de la democracia, dentro de sus principios fundamentales y sus estándares jurídicos, normativos, tampoco será admisible aceptar coherentemente que la Constitución puedan nacer y adquirir validez y eficacia sin conexión alguna con el principio del reconocimiento popular y de la facultad del pueblo de autoregulación jurídica.

En esta perspectiva el poder constituyente es más que una fuerza extrajurídica, o sólo sociológico-política, es un concepto jurídico cuyo contenido está determinado por las características democráticas de los ordenamientos. Por tanto el poder constituyente pertenece al pueblo, así las cosas, todo acto que no se pueda catalogar como expresión de la autoregulación popular, aún teniendo pretensiones constituyentes, no forma parte del ejercicio de este poder. Es precisamente aquí cuando la noción de poder constituyente se hace más restringida y específica, desde el punto de vista jurídico y también político. El hecho de *dar* una Constitución puede no corresponder al ejercicio del poder constituyente, ejercicio que sólo se puede definir como el *darse* una Constitución.

La noción se hace más restringida ya que la actuación del poder constituyente deberá corresponderse sustancialmente con las aspiraciones e intereses del pueblo. En términos de José Juan González Encinar⁵³, esto significa que dicho poder deberá adecuarse a la “validez material del derecho”, a las “objetivaciones históricas que [...] se van introduciendo en la conciencia jurídica general”.

El sujeto constituyente o la fuente de producción de la Constitución es una categoría jurídica, y no simple hecho que se disipa y desaparece una vez que la Constitución es reconocida. Esta nace jurídicamente al ser reconocida, no antes. La fuente de producción de una Constitución sólo es aquella que puede ejercitar un poder constituyente, ya que ella es la titular y la única que puede disponer. Esta fuente en democracia es el pueblo. Históricamente se han dado situaciones en las que diferentes sujetos han asumido las funciones constituyentes por vías fácticas, pero no a todo acto de fuerza se le puede atribuir un resultado constituyente. El arbitrio que caracteriza estos hechos debe ser precisamente el punto que permita diferenciarlos del poder constituyente. Este puede y debe ser elaborado en una forma diferente, no como *espectro del decisionismo*, sino como la única fuente que la teoría jurídica y política puedan reconocer como legítima artífice de una Constitución.

52. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, pp. 35 y ss.

53. GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, “La Constitución y su reforma”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17 (1986), pp. 36 y ss.

La juridificación del poder constituyente contribuye decisivamente al fortalecimiento de la democracia, ya que a través de la previsión en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte, de conformidad con sus circunstancias, el orden político y jurídico que le sea apropiado a sus fines esenciales, garantiza la prevalencia de su voluntad en el marco del Estado, por encima de cualquier intento extraño a los canales de participación democrática.

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

Irene Loreto González
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Es importantísimo el aporte de los venezolanos en el ámbito del Derecho Constitucional. Para el momento de la independencia -salvo en el caso de Estado Unidos- no existen constituciones escritas, la misma España no la tiene. Los patriotas evidentemente son pensadores y políticos de avanzada. Estimamos equivocado el criterio erróneamente difundido en el que se define a nuestros legisladores como *copistas* de leyes de otros países. Como veremos mas adelante -en el capítulo referente al contenido de la Constitución- la Constitución de 1811 no es copia de la Constitución de Estados Unidos, no es copia de la Constitución de España, pues como hemos dicho, España no la tenía. A la vista de los textos de las constituciones provinciales que construyen nuestro Gobierno Federal, y a la vista de la propia Constitución Federal, lo que podemos concluir es que el Derecho venezolano constituye un aporte importantísimo al Derecho Constitucional. Observamos también cómo el Derecho Constitucional, entendido como la sujeción a una norma de rango superior que organiza las actividades del Estado, es producto del Continente Americano colonizado después del descubrimiento de América, ya que la Constitución de los Estados Unidos es la primera en el mundo y la de Venezuela la primera escrita en idioma Español.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos querido comenzar el desarrollo de este trabajo con una breve reflexión sobre el significado y alcance del término *Proceso Constituyente*.

Podemos decir que *Proceso Constituyente* es el ejercicio, en un periodo de tiempo, del *Poder Constituyente*, entendiendo este último como el poder donde reside la voluntad del pueblo: es un poder inicial, autónomo, omnipotente, incondicionado e insubordinado a ninguna regla. La Constitución emana de un *Poder Constituyente* con jerarquía superior a los poderes por ella constituidos.

El poder constituyente, tal como lo hemos descrito y lo conocemos hoy, es un concepto bastante nuevo. A pesar que en la antigüedad la democracia había sido concebida por los griegos, en la realidad el poder estaba en manos de reyes, arcontes, tiranos... y no era planteable, ni posible, que el pueblo o la Nación -como unidad política- se diera sus propias leyes¹.

Es a partir de la declaración de Derechos del Hombre, de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, que comienza el ejercicio de ese poder cons-

1. Cf., FAJARDO H., Angel R., *Compendio de Derecho Constitucional*, 6ª Edición, Editorial Lex, Caracas 1984, p. 355. LINARES QUINTANA, Segundo, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Editorial Plus Ultra, Tomo 2, Buenos Aires 1975, p. 405.

tituyente, y en consecuencia la creación de conciencia en el hombre sobre la posibilidad de intervenir en la formación política de su Nación, de su propio Gobierno.

En Venezuela nuestro primer proceso constituyente se desarrolla en 1811, en la época en la que la historia de los pueblos se encuentra iniciando ese ejercicio del poder en las manos del pueblo. Recordemos que este primer proceso constituyente tiene una doble finalidad: la declaratoria de la independencia y como manifestación de ella, la creación de una República a través de una Constitución que la formara y la definiera.

La idea de independencia y el ejercicio del poder constituyente se encuentra muy clara en la mente de los venezolanos que intervinieron en el proceso constituyente de 1811, sin embargo, por tratarse de un *ejercicio* mundialmente novedoso, ese poder constituyente concebido como el poder donde reside la voluntad del pueblo, inicial, autónomo, omnipotente, incondicionado e insubordinado a ninguna regla, es todavía tímidamente aceptado por algunos; especialmente, tal vez, por las circunstancias en las que se encuentra la Corona Española y la fidelidad debida por los venezolanos al Rey Fernando Séptimo -entonces en cautiverio- en virtud de la invasión de las tropas Napoleónicas en España.

De las investigaciones realizadas en los medios de publicidad de la época, encontramos en el *Mercurio Venezolano*, un texto bastante elocuente sobre la concepción de los venezolanos sobre el Poder Constituyente y la legitimidad del pueblo para declarar su independencia y construir su República a través de la Constitución, sin que esto constituya una deslealtad al Rey ni una infidelidad a la Iglesia, el texto dice lo siguiente:

Al ver al Pueblo reunirse milagrosamente, inflamarse con una rapidez maravillosa y desafiar con una constancia heroica el formidable poder de la tiranía que lo abrumaba poco antes, no puede menos de confesarse que hay un poder invisible e inmenso que combate a favor de la Independencia de las Naciones, que inducidas por justos y legítimos motivos, se resuelven a *usar del derecho imprescriptible de insurrección que todas ellas tienen para reformar su gobierno, y oponerse con la fuerza a los abusos introducidos por la tiranía*, y sostenidos por el despotismo contra el pacto social: un genio tutelar que la sostiene en medio de los peligros y los reveses, y que la hace renacer de entre los mismos escombros que amontona contra ella en su furor de monstruos asolador de la servidumbre: este agente formidable es el que sostiene a los Americanos. Su esencia no tiene nada de común con la rastrera política de la ambición, es muy imperceptible su existencia para que pueda compararse con la fuerza mecánica que hace obrar al despotismo: y sus efectos son muy diversos para que puedan parecersele. Este agente es en el mundo moral lo que la electricidad en el mundo físico; ni la distancia ni la opresión pueden impedir su propagación, y sus maravillosos fenómenos están aún fuera de las leyes conocidas de la mecánica². (Resaltado nuestro)

El contenido de la transcripción que antecede es la expresión del fundamento de legitimidad de la declaratoria de Independencia y la consecuente Constitución de 1811, la legitimidad con la que los venezolanos crean la República se fundamenta en conocer y aceptar que cada pueblo tiene derecho a escoger el gobierno que regirá sus destinos.

II. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811

El proceso constituyente de 1811 tiene una particular importancia política en nuestra historia pues crea un cambio radical en la forma de Gobierno. El objetivo principal es la

2. Cf., Texto completo en el Anexo 1. *Mercurio Venezolano*, n° III del mes de marzo de 1811.

creación de una República independiente y libre. Los venezolanos pretenden la libertad a través del Derecho, por ello, sin guerra ni derramamiento de sangre siete provincias constituyen un Congreso, que llamamos Congreso Constituyente, el cual produce el Acta de la Independencia y la primera Constitución de nuestro país que, además, viene a ser la primera Constitución en el mundo escrita en idioma español y la primera Constitución de Hispanoamérica.

1. Población, Gobierno, Geografía Política

La Población de Venezuela, para ese entonces, se calcula entre los ochocientos mil y el millón de habitantes; con una composición social mixta, determinada por los historiadores por castas y clases sociales sin determinar criterios étnicos, lo que dificulta entonces hacer una definición precisa de ella. Lo que sabemos es que estaba constituida por cuatro grupos relativamente homogéneos: (i) Los blancos (españoles y criollos), (ii) el de los negros (esclavos y libres), (iii) el de los indios y (iv) un grupo heterogéneo producto de las diversas y sucesivas combinaciones de los tres anteriores.

El contexto histórico en que se inscribe este proceso, reviste particular importancia por cuanto constituye la etapa de la independencia de Venezuela, el pase de una forma de gobierno a otra, de monarquía a República y que lejos de continuar con el modo de gobierno que llevaban los españoles, viene a ser la construcción política de un grupo de venezolanos que inspirados en los sucesos internacionales, fabrican una República. Debemos acotar que en el entorno histórico de la época, se vienen sucediendo acontecimientos importantísimos en la humanidad, como lo es la declaración de derechos en Francia y la Constitución de los Estados Unidos,³ acontecimientos estos que en cierto modo llevan a los Venezolanos a la búsqueda de la independencia optando por la vía jurídica más que por la violencia.

3. Dentro de este contexto histórico del Proceso constituyente nos ha parecido oportuno destacar algunos aspectos del contexto histórico de la época, que nos ayudarán a ubicarnos en el momento previo a la declaración de la independencia que concluye en la redacción de la Constitución. En 1799 José María España, líder del movimiento conspirativo de 1797 es apresado en La Guaira y condenado a muerte por la audiencia de Caracas. La conspiración de GUAL y ESPAÑA es un movimiento revolucionario de carácter a la vez independentista y social en La Guaira y en Caracas de 1797. La conspiración fracasó pero sus textos tuvieron influencia, tales como : A) ordenanzas, que son provisiones doctrinales para la acción revolucionaria. B) Alocución *Habitantes de la América Española*, proclama para la insurrección. C) *Canción americana* cantos de exaltación revolucionaria. D) *Los derechos del hombre y del ciudadano*. Por ejemplo, en 1801 Cayetano Carreño compone *Monte de los Olivos*, una de sus obras mas importantes; en 1801 José Ángel Lamas compone su *Popule Meus*, en 1804 llega a Caracas la expedición de la vacuna, encabezada por el Dr. Francisco Javier BALMIS, de Alicante, cirujano de Carlos IV, vacuna que inmunizaba contra una enfermedad de las *cuarentenables*, de elevadísima mortalidad. Se constituyó la Junta Central de la vacuna, cuyo secretario fue Andrés Bello, autor de la *Oda a la Vacuna*. En 1808 circula el primer número de la Gaceta de Caracas, editada por Gallagher y Lamb y redactada por Andrés Bello. En 1806 parte desde NY la expedición organizada por Francisco de MIRANDA para liberar a Venezuela del dominio español. El 2-2-1806 zarpa de NY con 200 norteamericanos. El 19-2 llega a Haití, alza el pabellón y toma juramento a sus hombres de hacer libre a Hispanoamérica. El 27 de abril se acerca a las playas de Ocumare y caen bajo la acción de dos buques españoles *argos y leves*. En 1808 surge la conspiración de los mantuanos. Constitución del sector económico social mas poderoso de la ciudad, encabezaron un intento para constituir una junta: José Félix Ribas, Manuel de Matos, Martín Tovar Ponte, Luis López, Vicente de Emparán y Orbe, en mayo de 1808 fue nombrado Gobernador y Capitán General de Venezuela por las autoridades napoleónicas, pasó luego a la España adicta a la Junta de Sevilla y Junta Central Suprema, donde abjuró su afrancesamiento. Gobernó inclinado a los mantuanos, entre los que tenía muchos amigos, incluyendo Bolívar, pero enfrentado al ayuntamiento y a la audiencia de Caracas. La agitación política era continua y se manifestó en las conspiraciones del 24 de diciembre de 1804 y del Norte de ganaderos de 1810 que pudo desarticular.

A este acontecer histórico internacional imbuido en las ideas de libertad, se unen las precarias circunstancias políticas de España, que al igual que el resto de Europa se encontraba con gravísimos problemas; Napoleón invadía Europa y fortalecía su imperio. Esta situación da origen a que en 1808, se realicen reuniones activas que se celebraban en la cuadra Bolívar, planeándose asuntos de Estado y la necesidad de la independencia⁴. Sin embargo, debido a la victoria de Bailén los movimientos de autonomía se suspenden por algún tiempo, ya que en 1809 España con la ayuda de los Ingleses obtiene la victoria de Talavera sobre cinco cuerpos del ejército francés. En 1810 los franceses condujeron a España a sitiar a Cádiz, estos hechos produjeron el estallido de la revolución en las colonias americanas.

En 1777 se crea la Capitanía General de Venezuela que viene a definir las provincias de Venezuela, que hasta entonces no tenían una integración definida, la Capitanía viene a constituir la separación de las cinco provincias de Venezuela del Virreinato y de la Capitanía General del Reino de Nueva Granada. Luego en 1786 se erige la Real Audiencia de Caracas. Es decir que para el momento de la independencia, “las provincias de Venezuela están integradas en una sola jurisdicción militar y de administración de justicia. El Gobernador de la provincia de Venezuela comenzó a ser, además, el Capitán General de las demás islas y provincias anexas, (...) finalmente por Real Cédula de 3 de julio de 1793, se erigió el Real Consulado de Caracas, con su Tribunal y jurisdicción en toda la Capitanía General de Venezuela, en los asuntos mercantiles (...) y para finales de 1810 el territorio de Venezuela estaba integrado por las siguientes nueve provincias: Margarita, Caracas (Coro pertenecía Caracas), Cumaná, Guayana, Maracaibo, Barinas, Barcelona, Mérida y Trujillo”⁵. Sin embargo, opiniones diversas giran alrededor de la anterior afirmación, pues Graciela Soriano en su obra *Venezuela 1810-1830* señala que “la realidad administrativa de 1810 tenía apenas treinta y tantos años de haber iniciado su existencia formal, lo que dado el ritmo histórico de aquellos tiempos, parecía todavía muy poco para que dichas provincias se considerasen efectivamente integradas -dada su relativa incomunicación- en una Venezuela en la que ni siquiera se conocía con certeza los propios confines del país. Se había incoado con ello, sin embargo un proceso luego jalonado por creaciones institucionales complementarias (Real audiencia 1786; y Real Consulado, 1793). “La creación de la Capitanía General de la Provincia de Caracas (o Venezuela) se le reconocía el carácter de Capitán General para todas las provincias (Caracas, Maracaibo, Barinas, Cumaná, Margarita y Trinidad), las cuales a su vez conservaban su respectivo gobernador y Capitán General en el cual se reunían el gobierno administrativo, civil y el militar. En consecuencia la Capitanía General de Venezuela no vinculaba efectivamente a la totalidad de las administraciones de las provincias afectadas por ella, ni a sus respectivas poblaciones, sino sólo a las doce o trece mil personas que jerarquizadas en las tropas veteranas regulares y en los cuerpos de milicia, estaban comprometidas en la débil defensa que podía ofrecer entonces el país. Por lo tanto las facultades del Capitán General en cuanto tal, eran mucho menos importantes en tiempos

4. LECUNA, Vicente, “Crónica Razonada de las Guerras de Bolívar”, *The Colonial Press Inc.* 2 vols., New York 1950, p. XIV. “A mediados de 1808 el capitán general Casas bajo la impresión de sucesos adversos en España, mostrose dispuesto al establecimiento de una junta de gobierno; los principales señores de la sociedad agitaron-se en ese sentido, pero cuando en noviembre introdujeron su representación pidiendo la Junta, envalentonado el gobierno por la batalla de Bailén y sus consecuencias, la desaprobó del todo. Bolívar no firmó esta petición por no parecerle suficientemente enérgica”.

5. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, p. 31.

de paz de lo que siempre se ha tendido a suponer. Desde esta perspectiva, el 19 de abril de 1810 cobra, evidentemente, otra significación”⁶.

A pesar de lo anterior, consideramos que dentro de las circunstancias difíciles y tal vez políticamente poco delineadas, el proceso de independencia de 1811 viene a constituir la lucha por crear y establecer una República en el territorio que ya estaba constituido por la Capitanía General de Venezuela establecida en 1777.

Los acontecimientos políticos en los que se ve envuelta España para estos momentos, inciden definitivamente en lo que tienen en la mente de los venezolanos para los años precedentes a 1810. El pueblo venezolano, en un intento de manifestar su solidaridad a la corona española, en Caracas depuesto el Capitán General, el 19 de abril de 1810 una junta de gobierno proclamó la autonomía de la provincia, bajo el cetro de Fernando VII, y el ayuntamiento tomó las riendas bajo el título de Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII. Sin embargo, como expondremos más adelante, en la mente de los patriotas se encuentran ideales de libertad, por lo que los actos del 19 de abril constituyen una vía que conduciría a la declaratoria de la independencia, más allá de una proclama de fidelidad a Fernando Séptimo.

2. 19 de abril de 1810

Nos resulta indispensable remontarnos a los sucesos 19 de abril de 1810 para explicar, en su total entorno, los objetivos del proceso Constituyente de 1811, pues consideramos que en esta fecha se da el origen de lo que más adelante va a constituirse como Congreso Constituyente⁷.

Como hemos expresado, España adolece de una grave crisis: en muchas provincias se formaron juntas de gobierno que rechazaron al nuevo Rey (José I hermano de Napoleón Bonaparte), a quien llamaban el intruso. Dichas provincias juraron fidelidad a Fernando VII a quien llamaban *el deseado*. Se formó una Junta Suprema, en Sevilla, que gobernó todo el territorio español no gobernado por los franceses.

Con Vicente Emparán, llegan a Caracas Fernando Rodríguez del Toro, su hermano el Marqués del Toro, coronel de milicias de infantería y tío político de Bolívar teniente de las mismas, Mauricio Ayala, teniente del batallón veterano, con Mariano Montilla, ex guardia de corps de la Corte, y con algunos regidores de la capital. “Muy jóvenes casi todos, sectarios entusiásticos de las ideas radicales que habían aprendido en viajes y lecturas, propensos por tanto a la rebelión, poco discretos en expresar sus ideas personales, como que su posición social, el nombre ilustre de sus familias y aun el prestigio de los empleos que desempeñaban permitían arrostrar impunemente la ya discutida autoridad del capitán general, apenas se cuidaban de ocultarse a éste de sus manejos y propósitos subversivos. “En el mes de marzo de 1810, convencidos ya de que la Junta Central no podía resistir a la invasión francesa, confabularon para proclamar la autonomía de

6. SORIANO, Graciela, “Venezuela 1810-1830: aspectos desatendidos de dos décadas”, *Cuadernos Lagoven (Serie Cuatro Repúblicas)*, Caracas 1988, p. 36 y p. 78.

7. En efecto, y así lo señala la Alocución del Presidente del Congreso Constituyente en fecha 23 de diciembre de 1811 “Ni las revoluciones del otro hemisferio, ni las conclusiones de los grandes imperios que lo dividen, ni los intereses opuestos de la política europea, han venido a detener la marcha política y moderada que emprendisteis el memorable 19 de abril de 1810”, contenida en la obra del CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1883, Tomo II. Anexo I, p. 49.

la colonia el próximo 1° de abril. Desgraciadamente, el Gobierno les desbarató la trama enseguida, por infidencia de algunos o por indiscreción de todos. Pero el capitán General, de quien eran amigos personales, se limitó a confinar a algunos a Aragua y Valencia, lenidad que pocos días después debía costarle su caída y expulsión. Los que permanecieron libres en Caracas continuaron en sus manejos, y los confinados, los Toros, los Bolívares, los Montillas, apresuraronse a hacer lo mismo. Teníamos tomadas todas las medidas necesarias al buen éxito de la empresa, cuando los caraqueños, ejecutándolo el 19 de abril, dejaron sin lugar nuestra tentativa (Manifiesto del Marqués del Toro publicado el 13 de mayo de 1811)”⁸.

El 17 de abril de 1810, llega un buque de España donde se sabe de la toma de Sevilla por los franceses y la disolución de la Junta Central y la creación del Consejo de Regencia el 14 de febrero de ese mismo año. El texto de creación de este Consejo de Regencia expresaba: “desde este momento españoles americanos, os veis elevados a la dignidad de hombres libres, nuestros destinos no dependen ni de los ministros, ni de los virreyes, ni de los gobernadores: están en vuestras manos”⁹.

El arzobispado de Caracas se hallaba vacante, había muerto el arzobispo Francisco González Ibarra, y su sucesor -Francisco Coll- aún no había llegado. El Presbítero José Ribas, hermano de José Félix Ribas, señala que “la provincia de Venezuela tenía derecho a crear su propia junta de gobierno, así como Galicia, Murcia, Aragón, Sevilla o Cádiz”¹⁰.

Como hemos señalado, el ejemplo de los Estados Unidos y Francia despertaba la admiración para constituir un régimen republicano o democrático. Estas ideas independentistas habían producido, sin éxito, varias tentativas de revolución: en 1795 la de los negros y mestizos en Coro, en 1797 la de Gual y España, en 1799 la de Maracaibo.

Esta aspiración no contaba todavía con todo el apoyo de la clase oligárquica criolla, que era entonces la única fuerza activa nacional. Y a esto se debió también, en gran parte, el fracaso de las expediciones de Miranda, “que muchos consideraron encaminadas a sustituir una dominación europea con otra, la española con la Inglesa. Efectivamente la única manifestación revolucionaria que se pudiera llamar nacional fue la que promovió la misma clase oligárquica. Para ella, la cuestión de la monarquía o República era aún secundaria. Buscaba ante todo la autonomía de la Colonia, sacudir el yugo secular de los gobernantes peninsulares, formar, en una palabra, Gobierno criollo, asegurando por fin aquel derecho de *tiranía doméstica*, como dirá Bolívar, que no se le permitió nunca a los americanos ejercer en su tierra”¹¹.

Todas estas circunstancias motivaron nueva agitación de los patriotas que convocaron, el 19 de abril de 1810, al Capitán General Emparan en el ayuntamiento. Allí se celebra la sesión en la que se exige la renuncia de las autoridades españolas y se realiza el nombramiento de la Junta Suprema de Caracas. (Emparan fue apresado y embarcado a Filadelfia).

8. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 193.

9. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 21.

10. Cf., POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 21.

11. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 192.

El 18 de abril llegan a Caracas dos comisionados del Consejo de Regencia recién formado en España, para hacer reconocer su autoridad. Por la noche del mismo día, el alcalde de segunda elección, Martín Tovar Ponte (hijo del conde) y el regidor Nicolás Anzola, revolucionarios desde 1808 y complicados en la última conjuración de marzo, convencen al alcalde primero, José de las Llamozas, de la conveniencia de reunir cuanto antes al ayuntamiento para considerar las noticias de España; y en seguida dieron voz a sus amigos para que a primera hora concurriesen, los unos al cabildo y los demás a la Plaza Mayor.

A las siete de la mañana del 19 de abril se reúne el cabildo y convoca a una sesión extraordinaria. A las ocho entraba Emparán en la sala capitular, se le informó que el Ayuntamiento pensaba que había llegado el momento de organizar un gobierno provisional que velase por la seguridad de la provincia a nombre del Rey Fernando VII. A esto replicó que existía un gobierno legítimo de la monarquía, representado por el Consejo de Regencia como sustituto de la Junta Central, y que en las actuales circunstancias lo único conducente era esperar nuevas noticias de la península antes de tomar ninguna resolución definitiva. Así que levantó la sesión, diciendo que más tarde se trataría el asunto, y se encaminó a la Iglesia Catedral, era jueves santo. “Al llegar Emparan al atrio de la Iglesia, Francisco Salías le asió por el brazo y le intimó a que volviese a la sala consistorial. A lo que no opuso ninguna resistencia, ni tampoco su guardia, mandada por el capitán Luis Ponte”¹².

Nuevamente en el Ayuntamiento, el capitán General encuentra otra novedad insólita: la representación de un poder político desconocido hasta entonces en la Colonia. “Cinco personas extrañas al cabildo tomaron allí asiento y voz titulándose diputados del clero, del pueblo y del gremio de pardos: el canónigo José Cortés de Madariaga, el Presbítero Francisco José de Ribas, los doctores Juan Germán Roscio y José Félix Sosa y el tribuno popular José Félix Ribas”¹³.

En esa reunión redactan el acta donde establecen un nuevo gobierno: el Gobernador y Capitán General, el intendente del ejercito y real hacienda, el subinspector de artillería y el auditor de guerra, así como la real audiencia, quedaban privados del mando que ejercían a la vez que suprimían esas instituciones. El Cabildo de Caracas con sus dos alcaldes (Llamozas y Tovar) asumió el poder, incorporando en su seno a los representantes del clero, del pueblo y de los pardos. El mando militar pasaba a Castro y Ayala. El acta fue firmada por todos los asistentes incluso los depuestos. La revolución se llevó a cabo sin derramamiento de sangre.

En esta sesión se celebra la llamada Junta conservadora de los derechos de Fernando VII, sin embargo en la voluntad de los venezolanos yace el propósito de encaminar a Venezuela hacia la plena independencia. Fernando VII estaba prisionero, el pueblo venezolano reconocía en él al monarca, sin embargo declaraban que la nueva Regencia no tenía derecho a exigir sobre Venezuela en nombre de Fernando VII.

El 19 de abril no fue declarada jurídicamente la independencia, pero políticamente se produjo un cambio radical, que conduce a la formación del Congreso Constituyente en marzo de 1811, cuyos objetivos, como lo desarrollaremos más adelante, son la redacción del acta de independencia que se firma el 5 de julio de 1811 y la publicación de la primera Constitución de la República el 21 de diciembre del mismo año.

12. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 195.

13. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 196.

III. CONGRESO CONSTITUYENTE

1. Formación del Congreso Constituyente

Los importantes acontecimientos del 19 de abril de 1810 desembocan en la constitución del primer Congreso Venezolano que se instala el 2 de marzo de 1811, que tiene como principales objetivos la declaración de la Independencia y la redacción de la Constitución Federal.

Los diputados se juramentaron después de una misa solemne celebrada por el Arzobispo, y nos resulta importante transcribir el texto de la juramentación, pues consideramos que de él se deriva la legitimidad de las actuaciones de los miembros del Congreso para declarar la independencia y producir la Constitución. Los términos del juramento son los siguientes:

¿Juráis a Dios por los sagrados evangelios que vais a tocar, y prometéis a la patria conservar y defender sus derechos y los del señor Don Fernando Séptimo, sin la menor relación o influjo de la Francia, independiente de toda forma de gobierno de la península de España, y sin otra representación que la que reside en el Congreso General de Venezuela, oponeros a toda otra dominación que pretendiera ejercer soberanía en estos países, o impedir su absoluta y legítima independencia cuando la confederación de sus Provincias la juzgue conveniente; mantener pura, ilesea en inviolable nuestra sagrada religión y defender el misterio de la Concepción Inmaculada de la Virgen María, Nuestra Señora; promover directa e indirectamente los intereses generales de la Confederación de que sois parte, y los particulares del distrito que os ha constituido; respetar y obedecer las leyes y disposiciones que este congreso sancione y haga promulgar; sujetaros al régimen económico que él establezca para su interior gobierno, y cumplir bien y exactamente los deberes de la diputación?

Tal juramento, hábilmente formulado, insinúa ya los dos grandes propósitos del congreso: la independencia absoluta y la forma federativa de la constitución política.

Se eligió en seguida un Poder Ejecutivo de tres miembros conformado por “Cristóbal Mendoza, Juan Escalona y Baltasar Padrón, los cuales acordaron que uno de ellos fuese presidente cada semana; y para suplir sus ausencias se nombró a Manuel Moreno de Mendoza, Mauricio Ayala y Andrés Navarrete. Consultores del Poder Ejecutivo fueron Juan Vicente de Echeverría, José Pineda y José Ignacio Briceño, sin voto deliberativo, y secretario del despacho general del Estado, Guerra y Marina el sabio licenciado Miguel José Sanz, con Carlos Machado como canciller mayor y José Tomás Santana como secretario de decretos. Para constituir el Poder Judicial de la Confederación se creó una Alta Corte de Justicia, presidida por el doctor Francisco Espejo, con cinco ministros y un fiscal”¹⁴.

La sociedad patriótica se había formado a raíz del 19 de abril, a imitación de los clubes de Revolución francesa. En ella renacieron los planes republicanos que Gual y España y sus compañeros iniciaron 1797 y los propósitos autonomistas de los criollos caraqueños de 1808 y 1809. La sociedad patriótica celebró el primer aniversario el 19 de abril con una sesión solemne. Miranda presidió. Los discursos pronunciados ese día por los tribunos populares Muñoz Tebar y Coto Paúl dan idea de la exaltación e impaciencia a que llegaba ya el partido radical.

Como antecedente al primer Congreso venezolano, tenemos conocimiento cómo en Venezuela, en el siglo XIV, en varias oportunidades los cabildos municipales de la pro-

14. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 222.

vincia de Venezuela se reunieron para analizar problemas comunes y enviar a España un comisionado que expusiera ante el Rey y ante el Consejo de Indias sus necesidades y aspiraciones, pero esta costumbre decayó. Sin embargo, a pesar de este antecedente, no se había constituido en Venezuela ningún otro Congreso.

La intención de convocar un Congreso estaba en la mente de los dirigentes del movimiento que triunfó en Caracas el 19 de abril de 1810. En una proclama firmada el 20 de abril por los 2 presidentes de la Junta Suprema de gobierno Martín Tovar y Ponte y José de las Llamozas (que hasta el 19 habían sido alcaldes de Caracas) se informaba a los habitantes de las provincias unidas de Venezuela que se les llamaría oportunamente a tomar parte en el ejercicio de la suprema autoridad con proporción al número de individuos de cada provincia, aunque sin mencionar la palabra Congreso.

2. Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones

La Junta Suprema de Caracas constituida el 19 de abril de 1810 fue concebida como un gobierno provisional, y es por este motivo que llama a elecciones de un Congreso. El 11 de julio de 1810 fue dictado el “Reglamento para la elección y reunión de diputados que han de componer el Cuerpo Conservador de los Derechos del Señor Don Fernando VII en las Provincias de Venezuela”. En su Artículo final está reconocida la soberanía del Congreso “dicho artículo dispone que “La reforma de este Reglamento, limitada por ahora a facilitar y abreviar el nombramiento y reunión de los representantes de Venezuela, será del conocimiento de la diputación general, como todo lo demás conducente al mejor gobierno y prosperidad de estas provincias”. Está pues muy claro en la mente de la Junta cuál era su auténtico papel: facilitar y abreviar el nombramiento de los representantes; cumplida esa labor, ellos y sólo ellos resolverían todo lo conducente al mejor gobierno y prosperidad de estas provincias”¹⁵. Este proyecto fue redactado por Juan Germán Roscio, y después de ser aprobado por la Junta Suprema fue publicado por partes, desde el 15 de ese mes en varios números de la *Gazeta de Caracas*. En una editorial de dicho periódico, el día 22, se mencionaba a las antiguas cortes españolas como una institución legal tradicional y se afirmaba que en la Junta General de Diputación de las Provincias de Venezuela (nombre que se dio al principio al Congreso) se incluirá la representación nacional de todas las Provincias.

Por esa misma época, España invadida por los ejércitos de Napoleón Bonaparte se preparaba también la reunión de las Cortes de Cádiz, que iniciaron sus reuniones en esa ciudad en septiembre de 1810 con diputados de provincias españolas y algunos diputados que se decían representantes de las de América. Entre tanto, en las diversas provincias de Venezuela que habían seguido el ejemplo dado el 19 de abril de 1810 por Caracas, se efectuaban las elecciones para diputados.

El mencionado Reglamento establecía un sistema de elecciones en dos grados, en las primarias votaban todos los varones libres, mayores de 25 años (o mayores de 21 si estaban casados), que tuviesen domicilio fijo (casa abierta y poblada) o fueran por lo menos propietarios de 2000 pesos en bienes muebles o raíces. Esto además de las habituales exclusiones de los dementes, los vagos, los encausados, los extranjeros, los transeúntes, los deudores del erario público, los sordomudos y otros similares, excluía a los esclavos, a las mujeres, a los asalariados que vivían en casa de sus patronos. Los votos,

15. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 37.

en esas elecciones primarias, se expresaban mediante una papeleta escrita y firmada por el votante, pero los analfabetas podían hacerlo verbalmente.

Las elecciones en segundo grado eran realizadas por quienes obtenían la mayoría en esas elecciones, a quienes se denominaba electores parroquiales, se reunían posteriormente en las capitales de sus respectivas jurisdicciones para elegir, en segundo grado, a los diputados del Congreso. En cada Parroquia, por cada 500 almas, se elegiría un elector; reunidos los electores de cada partido capitular elegirían un diputado por cada veinte mil almas de población.

Todo este proceso se llevó a cabo entre agosto de 1810 y enero de 1811. Aunque en algunos lugares se retrasó algo más. En Caracas, los 230 electores parroquiales correspondientes a su partido capitular se reunieron en el convento de San Francisco el 1 de noviembre de 1810 y procedieron a la elección de segundo grado que favoreció a Lino de Clemente, Fernando Rodríguez del Toro, Nicolás de Castro, Luis de Rivas y Tovar, Gabriel de Ponte e Isidoro Antonio López Méndez. El 20 de octubre anterior, en San Sebastián de los Reyes, se había realizado un acto similar en el cual fueron escogidos como diputados Felipe Fermín Paúl, Martín Tovar Ponte, Francisco Javier Ustáriz. Lo mismo se hizo en los otros partidos capitales de la provincia de Caracas que era la más extensa y poblada y de las de Cumaná, Barinas, Mérida, Margarita, Trujillo y Barcelona. No se celebraron elecciones en Maracaibo, Coro ni Guayana cuyas autoridades habían permanecido fieles a la regencia de España y estaban en abierta pugna con la Junta Suprema de Caracas por tal motivo no hubo representantes de aquellas en el Congreso.

La instalación del Congreso se llevó a cabo el 2 de marzo de 1811 en la casa del Conde San Javier (hoy esquina del Conde) en Caracas, con la asistencia de la Junta Suprema, estaban presentes 30 diputados, de las provincias de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita y Mérida. Otros se incorporarían posteriormente. El Congreso quedaba así reconocido como la máxima autoridad por ser representante de la soberanía popular por encima de los poderes ejecutivo y judicial. Aunque se continuaba manteniendo la adhesión nominal a la persona de Fernando Séptimo el Rey de España cautivo de Napoleón, ya en la fórmula del juramento de los diputados se rechazaba cualquier otra autoridad establecida en la metrópoli y se preveía la absoluta y legítima independencia de Venezuela.

El Supremo Congreso de Venezuela, título que tomó desde entonces, empezó a sesionar el mismo día bajo la presidencia de Felipe Fermín Paúl a quien acompañaban como Vicepresidente y Secretario Mariano de la Cova y Miguel José Sanz. Antonio Nicolás Briceño, quien en ese momento no era diputado (pero al poco tiempo recibió ese nombramiento por Mérida) actuó como subsecretario.

La antigua Junta Suprema quedó extinguida el día 6 de marzo de 1811, cuando entró en funciones el triunvirato. Igualmente se estableció un Tribunal de Vigilancia y Seguridad Pública, para que se conociese de los delitos de alta traición, el cual fue anexado luego a la Alta Corte Suprema de Justicia. En los días siguientes se nombraron comisiones o adoptaron medidas para reformar la administración de justicia y redactar un Código Civil y Criminal para tratar con la jerarquía eclesiástica sobre el ejercicio del real patronato, para fomentar el comercio, modernizar la enseñanza universitaria y supervisar la primaria y para examinar el estado de la hacienda pública. Se acordó igualmente participar la instalación del Congreso a los gobiernos de Inglaterra y Estados Unidos, a las Juntas de gobierno establecidas en América meridional (Buenos Aires, Bogotá, Chile) a los gobernadores de las colonias extranjeras del caribe a las juntas

provinciales de la confederación venezolana. Entre los últimos en incorporarse fue Francisco de Miranda por Barcelona, por haberse retrasado la llegada de las actas de escrutinio, se juramentaron el 20 de junio. A comienzos de ese mes, Francisco Isnardi, quien no era diputado, había sido nombrado Secretario del Congreso.

3. Composición y características de la Asamblea

En el Congreso estaban representados diversos estamentos de la sociedad colonial. Hacendados como el margariteño Manuel Plácido Maneiro, el cumanés Juan Bermúdez de Castro, el diputado por Valencia Fernando Peñalver, la antigua nobleza, los llamados mantuanos, como Martín Tovar Ponte, Francisco Javier Ustáriz, Gabriel de Ponte, Luis José Ribas y Tovar, que por lo común eran hacendados, aunque alguno de ellos eran además militares de alta graduación como Francisco Rodríguez del Toro (Márquez del toro) y su hermano Fernando; otro militar era Nicolás de Castro, había comerciantes como Isidoro Antonio López Méndez o el mencionado Tovar Ponte, que en esa época tenía establecida una sociedad mercantil con los británicos Robert y Matew Semple, el clero debido a la importancia de la iglesia católica en la sociedad colonial, tenía una amplia representación, el canónigo de Mérida Luis Ignacio Mendoza, el diputado por Guanare José Vicente de Unda, el de la Grita Manuel Vicente de Maya y los presbíteros Ramón Ignacio Méndez, Salvador Delgado, Juan Neponucemo Quintana, Ignacio Fernández Peña, Luis José Cazorla, Juan Antonio Díaz Argote; los abogados y juristas eran igualmente numerosos y entre ellos figuraban Juan German Roscio, Miguel José Sanz, Francisco Javier Yánez, Francisco Fermín Paúl, Mariano de la Cova, Antonio Nicolás Briceño, Juan Antonio Rodríguez Domínguez¹⁶.

4. Legitimidad

Este tema lo hemos tratado en la Introducción y en el juramento del Congreso Constituyente, sin embargo le dedicamos este aparte, por haber sido un tema debatido y tratado con especial cuidado por los Congresistas de 1811. Como paso previo a cualquier consideración sobre la independencia, se planteaban la competencia, la legitimidad para declararla dentro de los ámbitos jurídicos y legales vigentes que regían nuestra incipiente República. Existen inquietudes, cuestionamientos, ¿puede darse en un sistema jurídico -donde se ha declarado el respeto y fidelidad a Fernando Séptimo- una declaratoria de independencia? ¿no es esta declaratoria de independencia una infidelidad?, pero además ¿jurídicamente es posible?

El profesor Tomás Polanco trata el tema y nos ilustra con una cita en su libro¹⁷, nos señala que el Padre Maya¹⁸, en la sesión del día 3 de julio de 1811 dijo: “No considero

16. FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Ediciones de la Fundación Polar, Caracas 1988, Consultado en CD, voz “Congreso Constituyente”.

17. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 48.

18. El Presbítero, Doctor Manuel Vicente MAYA, nace en San Felipe (Edo. Yaracuy) en 1768 y fallece en Caracas el 5 de octubre de 1826. Maestro en filosofía, Doctor en Sagrados Cánones y Doctor en Derecho Civil. Rector de la Universidad Central de Venezuela electo en enero de 1811, y al cumplirse su periodo rectoral de 2 años, en 1813, el Gobernador de Caracas ordenó que continuará desempeñando la rectoría por dos años más. El Padre MAYA murió realista y siendo Canónigo magistral de la Catedral de Caracas. Cf., LEAL, Idelfonso, *Historia de la UCV (1721-1981)*, Ediciones del Rectorado de la UCV, Caracas 1981, p. 491.

al Congreso con facultades suficientes para esta declaratoria, porque la convocación hecha por los pueblos fue para que eligieran sus representantes para formar el “cuerpo conservador de los derechos de Fernando VII”, y a este objeto contrajeron ellos su voluntad expresa, como puede verse en las credenciales de cada uno de los diputados.

Siendo pues, la declaratoria de la Independencia una mutación sustancial del sistema de gobierno adoptado por los pueblos en la Constitución de sus representantes, “necesitan éstos una manifestación clara y precisa de aquellos, para obrar conforme a sus poderes y dar a este acto el valor y la legitimidad que él exige”¹⁹.

El propio día 5 de julio, es cuando surge el debate sobre la competencia del Congreso para decretar la independencia, unos proponían soluciones no formales para resolver el conflicto: el querer de los pueblos, la mayoría de los votantes. Sin embargo, las soluciones de fondo la aporta el diputado Juan Germán Roscio, redactor y firmante del decreto de la Junta Suprema en julio de 1810, hizo valer cómo el numeral 9 del capítulo 3 del mismo, dejaba al Congreso la facultad de modificarlo en lo esencial y en lo accesorio. Bien podía por lo tanto, el Congreso reformar el objeto mismo de la convocatoria. (Acta del 5 de julio, página 173). Acota el mismo profesor Polanco en la obra citada, lo curioso que resulta que esas consideraciones sobre la legitimidad había sido las mismas surgidas en la revolución francesa y que muy bien hubieran podido sacar a colación las ideas de Talleyrand, Périgord, Barreré, Sieyes y otros, sobre la soberanía popular, pero que los venezolanos, auténticamente, sin acudir a otras ideas llegaron a la misma conclusión actuando en cuenta propia.

El asunto queda resuelto entonces, con interpretación del Derecho natural de los pueblos a tener su propio gobierno y queda expresado por Juan Germán Roscio “Todo poder que no descansa en la justicia no es un poder legítimo y es de todo punto indudable que no descansa en ella el que no ha recibido su existencia del pueblo o no ha sido al menos sancionado por el Pueblo (...) En tales casos (la orfandad del pueblo) el derecho natural y todos los demás dictan la necesidad de procurar los medios de su conservación y defensa”²⁰.

IV. CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE

1. Temas debatidos

El tema de la legitimidad lo hemos tratado precedentemente en un título que lleva su nombre, sin embargo queremos nuevamente expresar que los problemas del Congreso Constituyente son múltiples y se proyectan hacia distintas vertientes “pero el más arduo de ellos teóricamente considerado, es el de cohonestar el solemne juramento de fidelidad a Fernando VII con el preexistente designio de llegar a la Independencia. Este grave problema presenta en sí mismo dos aspectos distintos: el de crear una conciencia

19. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1883, Tomo I, p. 156.

20. DÍAZ SÁNCHEZ, Ramón, *Estudio Preliminar al libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela*, VAN, núm. 3, p. 27.

interior favorable a tal cambio y el de convencer a la opinión internacional (en particular a la de Inglaterra) de que la transformación constituye un derecho”²¹.

Por lo complejo de los asuntos debatidos en el Congreso, nos resulta arriesgado resumir; por cuanto tal resumen pudiera restar importancia a estos sucesos tan importantes. Sin embargo pretendemos sintetizar los temas debatidos en cuatro asuntos que ocasionaron los más amplios debates en el seno del Congreso: la declaración de la independencia, la redacción de la primera Constitución Nacional, la división de las provincias de Caracas, y la abolición del fuero eclesiástico.

No obstante, antes de considerar cada uno de los cuatro temas arriba apuntados, queremos exponer una breve síntesis de otros asuntos notables tratados en el Congreso y que resultan del Análisis del Libro de Acuerdos del Supremo Congreso de 1811-1812²²: En los días 3 y 4 del mes de marzo de 1811 se leyó, discutió y reformó el Reglamento provisorio sobre división de poderes; también en dichas actas se evidencia el indulto general publicado para reos comprendidos en las reales cédulas. En el día 5 se nombraron los señores que componen el Supremo Poder Ejecutivo igualmente sus tenientes y consultores. El día 6 se acuerda que quede extinguida y disuelta la Suprema Junta de Caracas, sin perjuicio de resolverse en la Constitución el modo, términos y sujetos con que debe establecerse una Junta Provincial de Caracas. En el día 7 se mandó formar un Tribunal de Vigilancia y Seguridad Pública, para que conociese de los delitos de alta traición. El día 8 se realiza la reforma de la administración de justicia y la participación del nuevo gobierno al gabinete de Londres, Estado Unidos de América, Antillas, Juntas Supremas de América Meridional y Juntas Provinciales de la Confederación; y que se pidiese al Supremo Poder Ejecutivo una razón exacta y circunstanciada de los fondos públicos, de su entrada y salida anual, y de los gastos muy urgentes en el día. El día 9 se nombra una comisión para redactar el Código Civil y Criminal. El día 12 se resolvió que todos los vecinos de las Costas de Barlovento y Sotavento, tuviesen facultades para aprehender cualquier persona que saltase en tierra de los Buques Corsarios de Puerto Rico. El día 13 se acordó que se organizase una Junta de Comercio compuesta de tres o cuatro personas escogidas entre los negociantes y agricultores para que propusiesen al Gobierno los proyectos que deban adoptarse acerca de la rentas y tesoros públicos. El día 14 se acuerda que los ministros del Tribunal de Apelaciones fuesen solamente tres y el día 15 se nombraron los Ministros de la Alta Corte de Justicia, se previno que se encargase al claustro de la Universidad para que formase y presentase un plan de estudios que facilitase la educación literaria. El día 23 se acordó en virtud de representación del Arzobispo Metropolitano, que se librasen órdenes al Supremo Poder Ejecutivo, para que se persiguiesen y castigasen los que viven en concubinatos, y a los públicos escandalosos; declarando así mismo que sobre los que se resistan a cumplir con el precepto anual de la confesión, procedan los Párrocos y Jueces Reales con el celo y moderación que exige una materia tan grave: que sobre la impresión de los libros se observasen las licencias que hay establecidas, hasta tanto se determine otra cosa acerca de la libertad de imprenta.

21. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. XCIII.

22. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. 7.

2. El Acta de declaración de la Independencia

Como hemos expresado, uno de los principales motivos por los cuales se constituyó el Congreso Constituyente fue la declaratoria de la Independencia. En sesión del 3 de julio y en la del día siguiente casi todos los diputados participaban en el debate, entre tanto en la sociedad patriótica, donde se agita igualmente la cuestión, se pronuncia por la independencia absoluta.

El 5 de julio de 1811, en el Congreso, los diputados Miranda, Roscio Peñalver Palacio Fajardo Tovar, Álamo, Mayz, Maneiro, Unda, Sata y Bussy, Pérez de Pagola, los Toro, los Briceño, y otros más presentan sus razones a favor de la declaración de la independencia y rebaten las dudas de algunos diputados que, como Manuel Vicente de Maya, considera que el Congreso no tiene facultades para hacerlo, o como Ramón Ignacio Méndez que creen que no ha llegado el momento oportuno.

El mismo 5 de Julio, el triunvirato ejecutivo, expide una proclama en la cual aplaude y ratifica la declaración, al atardecer ese día el Congreso celebra una segunda sesión, en la cual se comisiona a Juan Germán Roscio y al secretario Francisco Isnardi para redactar el acta de la independencia. El 5 de Julio, en sesión de la mañana, se vota la declaración de la Independencia. En la sesión de la tarde se nombran comisiones para redactar el acta de la Independencia, designar la bandera nacional y dar forma al juramento de los empleados y ciudadanos. Se aprueba el Acta el 7 de julio y se publica el 14. El 15 prestan juramento los empleados. El 30 se expide un manifiesto al mundo.

3. La Constitución

Una vez declarada la independencia, el Congreso se abocó a partir de agosto al estudio de proyecto de Constitución. Durante los meses de mayo y junio anteriores había publicado en la Gaceta de Caracas, avisos en los cuales se exhortaba a los ciudadanos particulares a presentar por escrito ante el Congreso sus ideas sobre el régimen constitucional, a fin de que todos contribuyan con sus luces y conocimientos al acierto de asunto tan importante.

Es importante observar el aporte de los venezolanos en el ámbito del Derecho Constitucional. Para ese momento de la independencia -salvo en el caso de Estado Unidos- no existen constituciones escritas, la misma España no la tiene. Los patriotas evidentemente son pensadores y políticos de avanzada. Estimamos equivocado el criterio erróneamente difundido en el que se define a nuestros legisladores como *copistas* de leyes de otros países. Como veremos más adelante -en el capítulo referente al contenido de la Constitución- la Constitución de 1811 no es copia de la Constitución de Estados Unidos, no es copia de la Constitución de España, pues como hemos dicho, no la tenía. A la vista de los textos de las constituciones provinciales que determinan el Gobierno Federal que los venezolanos quieren constituir, y a la vista de la propia Constitución Federal, lo que podemos concluir es que el Derecho venezolano constituye un aporte importantísimo al Derecho Constitucional. Observamos también cómo el Derecho Constitucional, entendido como la sujeción a una norma de rango superior que organiza las actividades del Estado, es producto del Continente Americano colonizado después del descubrimiento de América, ya que la Constitución de los Estados Unidos es la primera en el mundo y la de Venezuela la primera escrita en idioma Español.

A. Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos

Del libro de actas del Congreso Constituyente de 1811-1812, conocemos que en sesión ordinaria del 24 de noviembre de 1811, se discutió la Constitución y concluidas las horas señaladas para tratar esta materia, se leyó el proyecto anónimo de Constitución, remitido por el Administrador de Correos, habiéndose acordado, en consecuencia, que se nombrase una comisión, compuesta por Briceño y Yanes para que lo examinasen y expusiesen su dictamen acerca de su contenido²³.

Este nuestro primer proceso constituyente tiene la particularidad de lo novedoso, de lo creador: se constituye un Congreso con la idea de crear una República. Por tanto el contenido del Proceso Constituyente es el de formar un nuevo país, un fundamento legal que lo sostuviese, y por eso, pensamos que inspirados en las ideas constitucionales de los Estados Unidos, nuestros primeros constituyentes crean una nueva República mediante una Constitución escrita sin derramamiento de sangre; puede decirse que buscan la independencia mediante el Derecho y no de la Guerra. Esto, además de ser una realidad históricamente palpable, se contiene el texto de la alocución del Presidente del Congreso Constituyente cuando se publican los artículos de la Constitución para ser aprobados en referéndum por el pueblo²⁴.

Los venezolanos que integran el Congreso Constituyente de 1811 tienen en su mente el ideal de unir las Provincias en una sola República, y que a la vez cada provincia mantenga su independencia e integridad. Por ello el 16 de marzo de 1811 nombran una comisión especial integrada por Francisco Javier Ustáriz, Juan Germán Roscio y Ponte, para redactar el proyecto de Constitución Federal. En sesión del 24 de septiembre de 1811, “se acordó que verificadas las tres discusiones del Proyecto este proyecto del Señor Ustáriz, a proporción que se sancionen vayan redactándose los artículos”²⁵.

Conocemos las actas del primer Congreso constituyente de 1811-1812 y por ellas sabemos que existieron unas actas separadas con los diarios de debates del Congreso relativos a las discusiones en torno a la Constitución Federal, a dicha conclusión arribamos de la lectura de los textos de las Actas del primer Congreso Constituyente, donde se evidencia la ausencia de transcripción de discusiones sobre los artículos. Sin embargo, encontramos textos como los que siguen, que nos ponen de manifiesto la existencia de otro registro para recoger las discusiones sobre la Constitución: “Después de haberse discutido hasta la hora prefijada sobre el Capítulo 2° de la Constitución federal, según consta del cuaderno destinado a estas discusiones, se trajo a la vista ..”, y del que sigue “Habiéndose discutido hasta la hora prefija el Capítulo 3 hasta el artículo 8° de la Constitución federal según consta del Registro del asunto”²⁶.

23. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 51.

24. “Eterno será en los fastos de América el corto periodo en que habéis hecho lo que ha costado a todas las naciones épocas funestas de sangre y desolación; y si la consternada Europa no tuviese que admirar nada en vuestra Constitución, confesará al menos que son dignos de ella los que han sabido conseguirla sin devorarse, y sabrán sancionarla con la dignidad de hombres libres” Congreso de la República. “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Anexo I, Caracas 1883, p. 39.

25. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 51.

26. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 23 y 26.

Estas segundas actas se desconocen, probablemente desaparecieron en el traslado del Congreso de Caracas a Valencia, a raíz del terremoto que en 1812 causa estragos y destrucción en Caracas. Es lamentable no poder contar con los orígenes de nuestra primera Constitución, sin embargo conocemos que los debates se iniciaron a partir del 21 de agosto de 1811 y que en el acta de la sesión del 3 de septiembre de 1811 se puede leer que “concluido el debate sobre la Constitución Federal, se leyó un expediente remitido por la Alta Corte”²⁷, afirmación de la cual podemos desprender que dentro del sistema de trabajo del Congreso estaba previsto trabajar en las primeras horas lo relativo a la Constitución y posteriormente los demás temas.

Conocemos por las actas que fueron tratados para incluir en la Constitución los siguientes temas:

B. Consejo de Ancianos

En sesión extraordinaria del 25 de septiembre de 1811, por la noche, “Reunido el Congreso... el Señor Ustáriz hizo presente que había creído el Consejo de ancianos propuesto en la Constitución como un equivalente del Tribunal de Censura. Los señores Yanes y Briceño, de Mérida, insistieron en la necesidad de este Tribunal como un remedio contra el despotismo de los poderes. El señor Yanes hizo también presente que no había visto nada expreso en la Constitución sobre fuerza armada; y el señor Bermúdez, de Cumaná, objetó que debía resolverse cómo se sostienen los cuerpos facultativos e las plazas y guarniciones de éstas y los puertos. Con lo cual se concluyó este acta ..”²⁸.

C. Seguridad y fortificación de los puertos marítimos

En sesión del 26 de septiembre de 1811, “hizo presente el señor Bermúdez que se echaba de menos en la Constitución un Capítulo que tratase de la seguridad y fortificación de los puertos marítimos, siendo esta materia tan importante y esencial a toda la Confederación. Fue discutida la materia y se acordó que esperase la conclusión del proyecto del Señor Ustáriz, para que en caso de que faltase este capítulo, se le hiciese presente”²⁹.

D. Guardia Constitucional

En sesión del 27 de septiembre de 1811 “Hizo la moción el señor Paúl de que se diese al Congreso una Guardia Constitucional para que fuese respetado, y que se tuviese presente esta materia, ahora que se trataba de la Constitución. La apoyaron los señores Maya, de La Grita, y Álamo y se difirió la resolución”.

27. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 21.

28. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 55.

29. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 57.

E. Tribunal de Censura y la Fuerza Armada

En sesión del 2 de octubre de 1811, “Se hizo presente la notable falta que se advertía en el proyecto de Constitución del señor Ustáriz de unos artículos que tratasen del Tribunal de Censura que debía establecerse y de la Fuerza Armada. Se acordó pues en consecuencia que se nombrase una Comisión para que los formara y presentase al Congreso, habiendo resultado electos el señor Presidente para el de la fuerza armada, y el señor Yanes para el de censura”. En sesión del 11 de octubre de 1811 se leyó el proyecto para el juicio de Censura que presentó el señor Yanes, y se mandó agregar a la Constitución”³⁰.

F. Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad

En sesión del 2 de octubre de 1811 por la noche “Se discutió por primera vez el capítulo 11 del proyecto de Constitución del señor Ustáriz, que trata de la Soberanía del pueblo y de los derechos del hombre en sociedad. Se hicieron varias reflexiones sobre N° 1 que constarán en el cuaderno de Debates y, convenido unánimemente el Congreso en su reforma se acordó nombrar una comisión para que la practicase, resultando la pluralidad en el señor Presidente”. En sesión del 11 de octubre se “pasó a leer el último fragmento de la Constitución hasta el N° 25, del Capítulo 11 que trata sobre los derechos del hombre, cuya lectura se interrumpió, por haberse reclamado el señor Briceño de Mérida, se resolviese sobre una consulta que hacía la Sección Administrativa de moneda, para que sustituya la firma del administrador de descuentos y la del tesorero de las Cajas Generales por las razones que en ella se exponían; y S.M. se sirvió resolver que así se verificase, declarando que los Ministros ni interviniesen ni firmasen”³¹.

G. Sobre los extranjeros

En sesión extraordinaria del 7 de octubre de 1811 por la noche, reunido el Congreso en su sesión extraordinaria, “se leyó el artículo 18, Capítulo 11 de la Constitución federal, que trata sobre extranjeros. Se discutió largamente sobre él, y se concluyó el acto, que rubricaron los señores Presidente, Vicepresidente y un diputado”, en la sesión del 12 de octubre “continuó la discusión de la Constitución desde el N° 32, Capítulo 11, hasta su conclusión”³².

H. Comisión sobre Concordato

Reunido el congreso en su sesión ordinaria del 22 de octubre de 1811 “se dio cuenta del oficio del señor Arzobispo a los encargados de la Comisión sobre Concordato, manifestando que el certificado presentado no comprende todos los puntos principales so-

30. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 68 y 92.

31. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 70 y 93.

32. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 88 y 96.

bre que ha de formarse, y aun contiene artículos sobre que no puede recaer, en cuya inteligencia pide se le exhiban las notas que contraigan y clasifiquen las pretensiones de su comisión. En consecuencia reclamó el señor Yanes contra la sanción del N° 2 del Capítulo 1° de la Constitución, creyendo que los concordatos deben hacerse entre los preladados territoriales, lo cual fue apoyado por los señores Maya, de La Grita, y Méndez, de Guasualito, aunque se opusieron los señores Briceño y Paúl. Pidió el orden el señor Delgado, solicitando que se contrajesen al punto de la cuestión y fue de la opinión (que adoptó el Congreso) que los mismos señores comisionados presentasen al Congreso un proyecto de lo que crean necesario para cumplir los objetos de su comisión”³³.

Algunos de los debates más polémicos en el seno del Congreso giraron precisamente alrededor del artículo 180 del proyecto de Constitución por el cual quedaban abolidos todos los fueros personales, casi todos los eclesiásticos que eran diputados junto con alguno laico, impugnaron la inclusión de ese artículo, pero la mayoría lo sostuvo y pasó a la Constitución.

I. Alta Corte de Justicia

En sesión extraordinaria del 14 de noviembre de 1811 por la noche “Se discutió la Constitución, sobre la facultad del Supremo Poder Ejecutivo, para nombrar los ministros de la Alta Corte de Justicia, y se acordó que quedase sancionado el artículo en los términos en que estaba concebido el proyecto”³⁴.

4. Resultados del Proceso Constituyente

A. Acta de la Independencia

Además del acta de independencia firmada el 5 de julio a la que nos hemos referido anteriormente, se produjo la Constitución Federal y un cuerpo de leyes que fueron adoptando en el transcurso de la existencia de este Primer Congreso Constituyente.

Sobre la división de Caracas en sesión del 2 de septiembre de 1811, se declaró que “debe dividirse en dos, pero no puede ni debe llevarse a efecto esta medida como fruto y provecho de los pueblos de lo interior por ahora y hasta que la diputación general de Caracas, en quien reside la legislatura de su provincia estipule, convenga y presente al Congreso para su sanción los límites y Capital, que ha de tener la nueva provincia”³⁵.

B. La Constitución Federal

El 21 de diciembre de 1811, después de extensos debates, resultó aprobado el proyecto de Constitución Federal, con varias modificaciones al proyecto elaborado por la comisión del 16 de marzo.

33. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 114.

34. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 154.

35. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 17.

La suscribieron 37 diputados. Miranda lo hizo como los demás, pero dejó constancia escrita de sus reparos por considerar que no había un justo equilibrio entre los poderes, que la estructura no era suficientemente clara ni sencilla para perdurar y que no era adecuada a la población, usos y costumbres de Venezuela.

En sesión del 23 de diciembre de 1881 se acuerda la “impresión de ella, para que el Ejecutivo la circulase a los pueblos (...) bajo la autoridad del Congreso, se mandaron imprimir 120 ejemplares, para lo cual fueron comisionados los honorables diputados Yanes y Briceño, de Mérida. A propuesta del honorable diputado Palacios, quedó acordado que debía acompañarse la Constitución con una proclama o alocución a los pueblos análoga al objeto; quedó comisionado para formarla el honorable secretario”³⁶.

Este folleto comenzó a circular a comienzos de 1812; al final del mismo figuraba una alocución firmada en Caracas el 23 de diciembre de 1811 por el Presidente del Congreso Juan Toro y el Secretario, Francisco Isnardi; dirigida a los venezolanos a los efectos de que la Constitución fuera ratificada mediante referéndum, sin embargo no se señalaba procedimiento para hacerlo. El Congreso después de las vacaciones por ferias navideñas reinicia sus actividades en sesión del 2 de enero de 1812, comienza por elegir el Presidente y el Vicepresidente para el mes, quedando electos por pluralidad los diputados Mayz y Briceño de Mérida. El diputado Briceño abrió la discusión, proponiendo que no debía tratarse de renunciaciones ni de licencias de los diputados “hasta que se resolviese por el Congreso si se ponía en práctica la Constitución y se decidía sobre los poderes de la Unión”³⁷.

Entre los rasgos fundamentales de la Constitución se encuentran:

1) Establece como forma de estado la Federación a la cual llama confederación lo cual era común en aquella época. La escogencia de sistema federal fue común a muchos nuevos estados americanos: Argentina, Brasil, Federación Centroamericana, Méjico. Aparte de razones históricas que se han aducido como fundamento del tal sistema, mas o menos valederas, es evidente la influencia del modelo norteamericano, único vigente para la época y con inmenso prestigio por su éxito.

2) Acoge la separación de poderes con un poder legislativo bicameral: Cámara de Representantes y Cámara de Senado, como es característica del Estado Federal, pero el sistema de 1811 las provincias no tienen en el Senado igual representación sino que se eligen como los representantes, a partir de la población de cada una, pero con una base mayor que la que sirve para elegir estos, por lo cual la Cámara del Senado es menos numerosa que la de los representantes.

3) El poder ejecutivo es colectivo, ejercido por tres personas, única vez en la historia venezolana salvo ciertos gobiernos de facto, en que se establece esta forma de organización.

4) El sistema electoral es censitario, esto es, establece limitaciones tanto del derecho a elegir como a ser elegido según condiciones económicas.

5) Hace declaración solemne de los derechos del hombre, resumiéndolos en los de libertad, igualdad, propiedad y seguridad; acoge así lo que se ha venido a llamar después la doctrina o ideología del Estado democrático, liberal, burgués de derecho, en el cual la idea básica es la de unos derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado que

36. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 228.

37. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812” en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 235.

pertenecen al hombre por propia naturaleza, mas allá de todo poder del estado, la cual se encuentra por su parte limitado, pues estos derechos son los límites de su actuación y su tarea principal es la de servir simplemente de guardián para el respeto y garantía de esos derechos. Esa va a ser la pauta de todas las Constituciones venezolanas hasta las posteriores inmediatas a la muerte del general Juan Vicente Gómez.

6) La Constitución creó la Corte Suprema de Justicia, “de precaria o casi ninguna actuación, y también se instaló el Tribunal de Vigilancia”³⁸. Pero a pesar de su inactividad, consideramos que esa creación jurisdiccional constituye un avance importante en el principio de separación de poderes que esta misma Constitución consagra, por cuanto en el periodo colonial -bajo el régimen de legislación indiana- el poder judicial era ejercido en primera Instancia por el Alcalde y en segunda instancia por los gobernadores, quienes eran la autoridad superior de las entidades políticas llamadas provincias, las cuales aparecen desde los primeros tiempos de la conquista.

7) En cuanto a la libertad religiosa, no se reconoce libertad de cultos, y se proclama a la religión católica, apostólica y romana como religión del estado. En esto se parece mucho a las otras constituciones latinoamericanas y algunas de las europeas del siglo XIX.

Esta Constitución es de corta vigencia, desaparece con la caída de la primera república en 1812. De ahí hasta el Congreso de Angostura en 1819 las necesidades y vicisitudes de la guerra hicieron imposible la vida constitucional, como no fueran los poderes militares transitorios y de hecho que aquella imponía.

C. Cuerpo de Leyes

De la lectura de las actas del Congreso Constituyente de 1811, se evidencia la redacción de varias leyes que regirán el destino de la patria durante ese período, sin embargo, queremos primordialmente resaltar que el día 9 de marzo de 1811, el Congreso Constituyente comisiona a Don Francisco Espejo, Don Miguel Sanz, Don José Domingo Duarte, Don Francisco Berrio, Don José María Ramírez, Don Francisco Xavier Yanes, Don Dionisio Franco, y Don José Ignacio Ustáriz, para que formen un Código Civil y Criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y la brevedad de los juicios y la recta y segura de la administración de Justicia³⁹.

V. FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE

El Congreso Constituyente de 1811 es un Congreso convocado con el objeto de construir un nuevo Estado, independiente y libre. Nos resulta sumamente interesante destacar que el resultado de este Congreso es el comienzo de una República, donde el poder reside en la manos del pueblo, y es éste quien elige su forma de Gobierno y sus gobernantes. Resulta curioso advertir que el producto de este proceso es una patria libre, no

38. CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas 1980, p. 125.

39. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente de 1811-1812”; en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. 8.

sólo de la Corona Española, sino libre con una autonomía que ni la misma España goza. Lo que los Venezolanos de 1811 buscan es -más que la independencia de la Corona- tener lo que en España no tienen: el poder en manos del pueblo, no de la Monarquía.

En este sentido podemos decir que este proceso constituyente de 1811 tiene una función política primordial ya que construye un nuevo estado, independiente de España y de cualquier monarquía. Al sancionar la Constitución va forjando las características y las instituciones de un Gobierno Federal, que lamentablemente por los las vicisitudes de la Guerra de la independencia, no puede consolidarse en la practica. Sin embargo, los venezolanos buscan la libertad y la consolidación de un nuevo país a través del Derecho, la guerra surge como el último medio al que acuden como único remedio para el logro de intereses superiores al de la misma paz, como es la libertad perdurable. Permiten el quebranto de una *relativa tranquilidad* por la búsqueda de una *libertad perdurable*.

VI. CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812

Como hemos apuntado anteriormente, a partir del 19 de Abril de 1811, en Caracas se constituyó un nuevo Gobierno, igualmente en el resto de las provincias se constituyeron nuevos gobiernos y elaboraron sus propias constituciones, antes de que se aprobase la Constitución Federal. La duración de estos Gobiernos provinciales fue de escasos meses. Sin embargo, analizamos a continuación algunas de las Constituciones Federales por la importancia de su contenido en la creación de instituciones locales de tendencia federalista.

1. La Constitución de Mérida

Hemos tomado como primer elemento la Constitución de Mérida, por cuanto en ella se reflejan marcadamente los rasgos federalistas. Fue redactada por el presbítero Mariano de Talavera y Garcés, futuro obispo de Guayana. Recordamos que Mérida, en 1811 se hallaba incorporada a la provincia de Maracaibo, pero en virtud de la revolución del 19 de abril, se aparta del gobierno de Maracaibo y forma una Junta de Gobierno a la que se sometieron las ciudades de La Grita y San Cristóbal. El 31 de agosto sancionan una Constitución provincial que debía regir provisionalmente hasta que el Congreso instalado en Caracas dictase la carta de la Confederación. La Constitución establece:

-El sufragio Universal, sin exigencias censitarias.

-El Colegio Electoral que tiene como funciones dictar la Constitución o ampliarla y reformarla en los artículos que no sean fundamentales; nombrar los miembros del Poder Ejecutivo y los consejeros de éste, lo mismo que jueces y magistrados y anualmente el jefe principal de las armas.

-El Poder Ejecutivo se compone de cinco individuos titulares, con dos supernumerarios y dos consejeros. Duran en sus funciones un año, no perciben sueldo, por ahora, y los titulares turnan en la presidencia mensualmente. Provee todos los empleos militares, políticos y de hacienda.

-El Poder Judicial reside en un Tribunal Superior de Apelaciones, compuesto de tres jueces y un asesor, y en tribunales y jueces inferiores. Un Juez consular, elegido cada dos años por los comerciantes y hacendados, conoce de los asuntos mercantiles acompañado de los colegas que nombren las partes litigantes en juicio verbal, y aconsejándose con letrado cuando el caso lo re-

quiera; promueven el comercio, industrias, fábricas, etc. Y arbitra los medios de abrir caminos, proponiéndolos al ejecutivo.

-Los derechos y garantías individuales son análogos a los que cuatro meses más tarde formuló la Constitución Federal, siendo de notarse en la de Mérida el lenguaje sobrio, preciso y luminoso.

2. La Constitución de Trujillo de 1811

La Constitución de Trujillo fue sancionada el 2 de septiembre de 1811, fue redactada por Fray Ignacio Álvarez, Secretario de la Junta Patriótica de Trujillo. Declara la religión Católica como la religión de la Provincia, y dentro de sus preceptos encontramos:

-El Poder Legislativo, llamado Poder Provincial o Colegio Electoral, se compone de diecisiete diputados, electos anualmente. Este Poder tiene dentro de sus facultades dictar la Constitución y reformarla.

-El Poder Ejecutivo se llama “Cuerpo Superior de Gobierno” y lo forman cinco vecinos calificados de la Provincia, mayores de veinticinco años y con rentas suficientes para mantenerse, se turnan la Presidencia cada mes.

-El Cuerpo Municipal o de Cabildo se compone de cinco personas y un Síndico.

-El Poder Judicial se confía a un Tribunal de Apelaciones, que es el mismo Cuerpo Superior de Gobierno.

3. La Constitución de Barcelona de 1811

Recordamos que Francisco de Miranda, para 1811, reside en Barcelona y es electo Diputado al Congreso Constituyente por Barcelona. Su influencia en esta Constitución Provincial es determinante y de ahí su nombre “Código Constitucional del Pueblo Soberano de Barcelona Colombiana”. Conocemos que fue firmada por Francisco Espejo y Ramón García de Sena. Dentro de los rasgos elementales de sus disposiciones podemos observar:

-En cuanto a la organización del gobierno, formula reglamento para el ejercicio de cada poder.

-Expone los principios en que radica la facultad del pueblo para variar la forma de su gobierno.

-Enumera los derechos de los habitantes de la república de Barcelona Colombiana, y los define con amplitud liberal y precisión democrática que no igualarán las constituciones ulteriores.

-Divide el territorio en Partidos Capitulares y éstos en Pueblos y Parroquias.

-Las elecciones son de dos grados: en asambleas primarias y colegios electorales.

-El Poder Ejecutivo lo ejerce un presidente elegido cada tres años por colegios electorales, y es Vicepresidente el Presidente del Senado.

-El Poder Legislativo se compone de dos Cámaras, una de representantes y otra de Senadores, cargos renovables cada dos y cuatro años respectivamente.

-Las Cámaras reunidas dictan los códigos civil, criminal y judicial.

-El Poder Judicial Supremo lo componen dos ministros vocales y un fiscal, nombrados por el Presidente del Estado, previo consentimiento y aprobación del Senado.

-El Cuerpo Municipal se establece en cada una de las ciudades capitulares en sustitución del Ayuntamiento Español.

Finalmente establece que una vez sancionada la Constitución, se remita al Gobierno de la Confederación para que declare su adecuación con los principios y pactos de la Unión.

4. La Constitución de Caracas de 1812

Caracas siguió un procedimiento *sui generis* para la elaboración de su Constitución Federal. El Congreso Nacional, nombró el 28 de marzo de 1811 una comisión de diputados con el objeto de elaborar una Constitución que además, sirviese de modelo a las demás provincias de la confederación. El 5 de junio, se formó una sección legislativa provisional, compuesta de los diputados al Congreso por la provincia de Caracas. Estos diputados se ocuparon a un tiempo en la legislación federal y en la provincial. Dictaron en efecto para Caracas una ley de imprenta, la declaración de los derechos del hombre y unas ordenanzas para la Policía y mejor gobierno de los llanos de la Provincia. Dentro del contenido de dicha constitución, observamos:

-División del territorio de las provincias en Departamentos, los Departamentos en Cantones, estos en Distritos y estos en Parroquias.

-Acuerda el derecho electoral a los mismos ciudadanos que especifica la Constitución federal.

-El Poder Legislativo se compone de dos cámaras, una de senadores y otra de representantes. El ejecutivo reside en tres individuos, se permite la reelección pero ningún individuo puede ejercer su empleo por más de ocho años en un periodo de doce.

-El Poder Judicial se ejerce en materias civiles y criminales ordinarias por dos Cortes Supremas, Tribunales Superiores en cada Departamento, jueces de Primera Instancia y Jueces Municipales en las Ciudades, Villas y Pueblos, pudiendo siempre los litigantes hacer juzgar sus diferencias por árbitros.

-Los municipios tienen una autonomía muy amplia. Las Parroquias nombran cada año dos electores especiales para que designen los miembros de la municipalidad (cuyo número varía según la población) y elige además cada Parroquia un Agente Municipal que tiene asiento, voz y voto en el cabildo. Las Municipalidades compuestas de una o de dos cámaras, según la importancia del Distrito, nombra libremente sus alcaldes ordinarios y proponen cada dos años al Gobierno Superior tres sujetos beneméritos para los empleos de corregidores⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela, 1811-1812*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 2 vols. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomos 3-4), Caracas.

-*La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y documentos afines*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 233 p. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomo 6), Caracas.

-*Las Constituciones Provinciales*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 387 p. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomo 7), Caracas.

40. Cf., GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*. Tomo I, Madrid marzo 1967, pp. 269-270.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883.

FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*. Ediciones de la Fundación Polar, 3 vols., Caracas 1988.

ANNA, Timothy E., *España y la Independencia de América*, F.C.E., México 1986, 346 p.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

CARRERA DAMAS, Germán, *La crisis de la sociedad colonial*, Ed. Monte Ávila, Caracas 1983, 100 p.

CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas 1980.

DÍAZ SÁNCHEZ, Ramón, *Estudio preliminar al libro de actas del Supremo Congreso de Venezuela*, VAN, núm. 3, p. 27.

FAJARDO H. Angel R., *Compendio de Derecho Constitucional*, 6° Edición, Editorial Lex, Caracas 1984, p. 355.

GARRIDO ROVIRA, Juan, *Independencia, República y Estado en Venezuela*, Editorial Torino, Caracas 2000, 149 p.

GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Talleres Eosgraf S.A., 2 vols., Madrid 1966.

LEAL, Idelfonso, *Historia de la UCV (1721-1981)*, Ediciones del Rectorado de la UCV, Caracas 1981, p. 491.

LECUNA, Vicente, *Crónica Razonada de las Guerras de Bolívar*, The Colonial Press Inc., 2 vols., New York 1950.

LINARES QUINTANA, Segundo, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Tomo 2, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1975, p. 405.

PARRA-PÉREZ, Carracciolo, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 2 vols., (Colección Sesquicentenario de la Independencia, Tomos 19-20), Caracas.

POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V., Caracas 1962, 91 p.

ROMERO, María Teresa, *Diccionario de Política (y de los grandes pensadores políticos)* Editorial Panapo, Caracas 1994.

SORIANO, Graciela, *Venezuela 1810-1830: aspectos desatendidos de dos décadas*. Cuadernos Lagoven, Caracas 1988, 147 p. (Serie Cuatro Repúblicas).

HEMEROGRAFÍA

La Gaceta de Caracas (1812-1822) (revisar período 1810-1812).

El Semanario de Caracas (1810-1811).

El Mercurio Venezolano (Enero, Abril y Mayo de 1810).

El Publicista de Venezuela (1811, órgano oficial del Congreso Constituyente).

ANEXO I

MERCURIO VENEZOLANO, N° III DEL MES DE MARZO DE 1811

“Al ver al Pueblo reunirse milagrosamente, inflamarse con una rapidez maravillosa y desafiar con una constancia heroica el formidable poder de la tiranía que lo abrumaba poco antes, no puede menos de confesarse que hay un poder invisible e inmenso que combate a favor de la Independencia de las Naciones, que inducidas por justos y legítimos motivos, se resuelven a usar del derecho imprescriptible de insurrección que todas ellas tienen para reformar su gobierno, y oponerse con la fuerza a los abusos introducidos por la tiranía, y sostenidos por el despotismo contra el pacto social: un genio tutelar que la sostiene en medio de los peligros y los reveses, y que la hace renacer de entre los mismos escombros que amontona contra ella en su furor de monstruos asolador de la servidumbre: este agente formidable es el que sostiene a los Americanos. Su esencia no tiene nada de común con la rastrera política de la ambición, es muy imperceptible su existencia para que pueda compararse con la fuerza mecánica que hace obrar al despotismo: y sus efectos son muy diversos para que puedan parecerse. Este agente es en el mundo moral lo que la electricidad en el mundo físico; ni la distancia ni la opresión pueden impedir su propagación, y sus maravillosos fenómenos están aún fuera de las leyes conocidas de la mecánica”.

El es el que produce las tempestades políticas que desvanecen los negros vapores de la tiranía, restablecen el equilibrio social, hacen respirar el aire puro y vivificador de las Leyes: á él se deben las saludables conmociones que, desde Caracas, han producido una explosión maravillosa al Oriente, al Occidente y al Mediodía de Venezuela, han puesto en contacto sus principios con los de Buenos Aires, Santa Fé, Chile, Guatemala, México, la Florida, y empiezan a despejar el horizonte político del resto del continente Americano. Compárense por un momento los rápidos progresos del espíritu humano bajo la influencia de la libertad, con los tardíos é ineficaces esfuerzos que hace inútilmente cuando se halla abrumado por el despotismo, y se tendrá una idea exacta de la intensidad incalculable de este agente invisible y poderoso. Trescientos años ha que lucha Caracas contra todos los obstáculos de una política exterminadora de todo elemento de racionalidad, sin haber podido dar un paso hacia los conocimientos que honran y sostienen, y hacen felices los pueblos; agotadas sus potencias intelectuales en unas instituciones rutinarias, se han nutrido de un alimento suministrado por la tiranía para debilitar y hacer enfermizo su temperamento moral. Tal era la constitución facticia que la opresión había dado a los Americanos; pero ellos han sabido demostrar que no habían sido criados para una degradación eterna: que sus órganos eran susceptibles de las más sublimes impresiones: que sabían aspirar, y dirigirse a los excelsos fines á que la Providencia destinó a los seres racionales: que eran capaces de honrar la especie privilegiada á que pertenecen; y que eran dignos y propios para sostener la dignidad civil que han conquistado. Cualquiera que sea la disposición que manifiesten los Pueblos de la América para recibir este principio regenerador de las sociedades, y cualesquiera que sean los fenómenos que el produzca en este vasto hemisferio, no podrá dejar de conocerse en Caracas el foco privilegiado que ha dado impulso y dirección á las partículas esparcidas de esta materia sutil y vivificadora. Aquí es donde se han visto por la primera vez sus fenómenos en el Nuevo Mundo: parece que el orden político del otro hemisferio no ha hecho más que estar acumulando en tres siglos de monopolio, de arriendo y de privaciones de toda especie, una enorme masa de este principio volátil en los corazones de los Venezolanos; sin calcular la formidable explosión que tarde ó temprano había de

inundar y cubrir hasta los vestigios de la antigua servidumbre. Después de mil bramidos sordos y formidables reventó el volcán el 19 de abril, se puso en movimiento el espíritu inflamable de la independencia, se dejaron ver funestos meteoros contra la tiranía, se desplomó su imperio, y se estableció el de la libertad sobre sus ruinas. Analicemos, pues, cual ha sido el espíritu de vida y de actividad que se ha identificado con nuestra existencia después que calmada esta tempestad política, hemos respirado en medio de una atmósfera purificada de los pestilentes efluvios de la anterior corrupción. Descubramos ya el horizonte que no nos dejaba ver la niebla que nos cubría, y por doquiera que miremos nos parecerá ver un país nuevo y desconocido: ya no hay rivalidades que incomuniquen entre sí las partes que componen nuestro cuerpo político: á la languidez y el aislamiento individual ha sucedido toda la actividad que deben inspirar los intereses que hemos tomado a nuestro cargo: una admirable unanimidad de sentimientos produce y sostiene una firme y no interrumpida cooperación á favor de causa común, en todos y en cada una de sus partes participan del mismo impulso, y obedecen a la primitiva dirección que se dio el 19 de abril al orden civil de Venezuela: la Constitución política, las instituciones sociales, las clases las familias y los individuos, forman un cuerpo orgánico vivificado y robustecido por el espíritu de una independencia calculada y apoyada sobre los intereses de todos...El genio del bien ha podido ya establecer su imperio en el Nuevo Mundo.

Parece que los tiranos han querido hacer á la revolución la espantosa precursora de la independencia, para añadir este nuevo fantasma a la comitiva de la superstición, la ignorancia, el fanatismo, y la adulación que forman su corte. Es cierto que el antiguo mundo ha sido el teatro de revoluciones capaces de perpetuar con sus horribles recuerdos el imperio del despotismo, si el agente imperceptible y regenerador de las sociedades no reanimase de tiempo en tiempo el abatimiento del genero humano, y restituyese al hombre su dignidad primitiva. La revolución de la América no debe compararse con las que han producido la ambición o el fanatismo: el deseo de elevar al augusto rango de Patria un país usurpado y convertido hace tres siglos en la heredad de propietarios distantes y corrompidos, no debe confundirse con los incendiarios conatos de los usurpadores, de los tiranos ó de los conquistadores ¿Por qué ir a buscar en las vísperas Sicilianas, en la Liga, en los Guelfos y Gibelinos, en los Whigs, y Toris, y en las sangrientas páginas de la guerra civil, espectros para arredrar los esfuerzos dictados a los Americanos por un orden político que no han hecho más que sufrir y lamentar a dos leguas de distancia? A las revoluciones legítimas se debe la reforma de los abusos introducidos por la tiranía; y en todas las edades han tenido los Pueblos que recobrar de cuando en cuando la soberanía que solo reside en ellos, para mejorar sus instituciones, destruir a los tiranos, y restituir al genero humano la dignidad y el poder que jamás pudo enajenar. Cuatro revoluciones ha producido el amor innato de la libertad y la independencia en nuestros días; y tres e ellas hacen honor al genero humano. ¿A que pues, presentar á cada paso el Jacobinismo francés, la guillotina de Robespierre, el despotismo militar de Bonaparte, los negros horrores del Guarico; y no hacer mención de los Suizos, los Holandeses, y los Americanos del Norte, que han enseñado a los tiranos, que la especie humana lejos de pertenecer á un ciento de hombres, son estos los que deben ser juzgados y sentenciados por la especie humana. Semejante conducta, no tiene otro objeto que el de perpetuar la usurpación por la fuerza y el terror. Más no siempre ha de ser la humillación y el sufrimiento, el carácter de los pueblos; Caracas acaba de dar una nueva prueba de la poderosa é irresistible influencia del principio invisible que hace levantar de cuando en cuando el brazo de la justicia popular para derrocar el ídolo de la ambición y el desorden; y desde este centro privilegiado de la Regeneración americana, han

observado con placer los verdaderos amantes del bien público, los fenómenos de este elemento oculto y poderoso: de este agente infinito en sus modificaciones, infinito en sus afinidades, infinito en su acción, e infinito en sus efectos: ya se le ve combinar los intereses más opuestos, y reunir las opiniones más encontradas; y acumulando las partículas más volátiles, comunicar con rasgos de fuego la actividad y la energía a los espíritus más abatidos, disipar hasta los más densos vapores de los lagos y los pantanos, e insinuarse en todos los corazones a través de la distancia, y de los obstáculos de la opresión y el embrutecimiento. ¿Y dónde reside este poder inmenso e irresistible? En cada uno de nosotros, y en todos los Americanos. Analicémosnos a nosotros mismos desde que hemos renacido a la alta dignidad que gozamos, y hallaremos que *est Deus in nobis, agitante calescimus illo*: recapacitemos sobre nuestra actual constitución, y veremos que hay en nosotros un agente superior a nuestras facultades ordinarias que nos da la impavidez de Alexandro y las fuerzas de Alcides: que este agente igualmente activo en el reposo, o la tempestad, cuando crea o cuando destruye, inalterable en el temor o en la esperanza nos sostiene en medio de los precipicios que quiere oponer, en derredor nuestro, la pérdida de nuestros enemigos. Este es el mismo que concentrado en nuestros pechos por la opresión anterior, parecía solo capaz de formar un alma individual; pero que dilatado ha conmovido simultáneamente una nación entera, y va a infundir el soplo de la vida en un mundo amortiguado por tres siglos de violencia e injusticias ¿habrá ya a vista de esta palpable demostración quien pregunte donde reside esta potencia protectora de la América? Indigno sería de contarse entre los compatriotas de Washington y de Franklin el que al oírla, poniendo la mano sobre su corazón, no lo sintiese palpitar de acuerdo con las penetrantes impresiones que hieren sus sentidos. Por do quiera que exista una patria, debe existir en el alma de cada ciudadano una fuerza de expansión incapaz de ceder a los esfuerzos con que la tiranía procura anonadarla y extinguirla. Es incalculable su efecto en circunstancias ordinarias: todos amamos nuestra patria; pero ninguno sabe hasta donde nos conduce este amor, cuando ha llegado a mirar como tal el suelo que lo vio nacer, ó lo adoptó: entonces es que conocemos cuanto somos capaces de hacer, cuando el grito penetrante de esta madre despierta en nosotros el instinto filial dormecido por el mortífero veleño de la opresión”.

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Augusto Durán Martínez
Profesor de la Universidad Católica Damaso A. Larrañaga
Uruguay

INTRODUCCIÓN

I

1. Muchos son los sentidos en que puede emplearse el término Constitución. De todos ellos, a los efectos de nuestra exposición partiremos de la acepción instrumental a la que aludimos hace algunos años en una conferencia en la Universidad Católica del Uruguay (aunque en puridad aquella definición no es enteramente instrumental ya que tiene una innegable connotación sustancial).

2. Desde este punto de vista, puede decirse que “una Constitución es el documento en que se recoge y da forma jurídica en sus lineamientos básicos la filosofía política de una Nación”¹.

3. Eso nos lleva de plano a abordar la filosofía política de nuestra Nación recogida en nuestra Carta Fundamental.

4. Y con esto estamos ya efectuando una afirmación muy importante. No es la Constitución que determina nuestra filosofía, sino al revés, es la filosofía nacional que determina nuestra Constitución.

5. Ella es el receptáculo que recibe y conserva nuestros valores fundamentales.

6. No obstante lo expresado, a menudo el medio social se encuentra en disonancia con esos valores. En esos casos la Constitución lo encauza asegurando o imponiendo a veces algunos de ellos ejerciendo así una invaluable función docente. Pero no se trata de imposiciones arbitrarias sino que el constituyente extrae esos valores de un determinado contexto cultural que está en la sociedad, aunque no sean del todo conocidos por la generalidad.

Fue lo que ocurrió entre nosotros de una manera notoria con la Constitución de 1830. En determinado momento el divorcio entre la norma y la realidad fue tal que en forma peyorativa se habló del *lirismo de los constituyentes*.

Se ha dicho “que al establecer un Código Constitucional demasiado avanzado, demasiado liberal, nos dieron leyes que no se armonizaban con la cultura pública y no crearon un centro de autoridad bastante fuerte para poner a raya las ambiciones de los caudillos.

1. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Poder Ejecutivo: funcionamiento y sistema de gobierno” en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998.

De manera que su obra fue obra de líricos, absolutamente impracticable en aquellos momentos y difícilmente practicable aún en época más avanzada de nuestra evolución”².

Ante esto se levantó la enérgica voz de Juan Andrés Ramírez. “De la Constitución de 1830 se puede afirmar que cada vez que el despotismo ha pesado sobre el país, ha tenido que atropellar, para ello, los principios inscriptos en aquélla, y que cada vez que un rayo de libertad iluminó la vida nacional fue cumpliendo los preceptos constitucionales. ¡Bastaría esto, sobradamente, a la gloria de nuestros patricios!”³

En tiempos más recientes, refiriéndose en general al proceso constitucional latinoamericano pero en análoga postura, Gros Espiell expresó: “El tema fue objeto de un largo debate en prácticamente todos los países de América Latina. Este debate ha consistido en discutir si los constituyentes hicieron bien en hacer constituciones tan perfectas e ideales y tan alejadas de la realidad, que muchas veces tenían vigencia jurídica pero no efectividad real. Yo siempre he pensado que los textos constitucionales, y esto puede aplicarse a los de entonces, a los de ahora y a los de mañana, tienen no solamente una importancia como textos reguladores de la conducta humana, de conductas humanas efectivas, sino que cumplen un papel de docencia, sin poder ahogar las fuerzas políticas reales, porque esa, además, no es su función. Nos enseñaron a vivir dentro de la ley, dentro de la Democracia, respetando al individuo y sus derechos”⁴.

7. Con esta perspectiva se percibe fácilmente que no puede existir una filosofía de una Nación congelada. Por el contrario, sin perjuicio de su pertenencia a una determinada raíz, ella evoluciona con el tiempo según las circunstancias.

II

1. Al decir de Barbagelata “el derecho constitucional uruguayo se ha ido formando por aluvión, sin nunca perder lo que había conquistado”⁵.

Por eso, para comprender cabalmente el texto actual es preciso conocer los que le precedieron. Pero incluso no basta con remontarnos a 1830. Con acierto Jiménez De Aréchaga observó: “Nuestro sistema institucional no comienza en 1830. Su origen es, aún anterior a la fecha en que Colón hace entrega a la Corona de España, por tradición ficta -oro e indios- de un nuevo continente. -Nada se destruye en la historia de las instituciones. Los viejos principios del Derecho Español anterior al descubrimiento trascienden a la organización del coloniaje, y algunos de ellos, sobreviviendo a la retirada de los primeros conquistadores se insertan en los textos jurídicos que más tarde organizarán la vida común en estas tierra. -Vendrá después la Revolución, sobre cuya génesis y significado político aún está abierta la polémica. Lo cierto es que, desde que se quiebra la tutela espiritual de la metrópoli, los pueblos americanos enriquecen y ensanchan su ciencia política con nuevos y distintos aportes”⁶.

2. RAMÍREZ, J.A., “Sinopsis de la evolución institucional” en RAMÍREZ, J.A., *Dos ensayos constitucionales*, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 118, Montevideo 1967, p. 73.

3. RAMÍREZ, J.A., *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 75.

4. GROS ESPIELL, H., “Derechos humanos en el constitucionalismo latinoamericano” en GROS ESPIELL, H. *Estudios Constitucionales*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998, p. 323.

5. BARBAGELATA, A.L., “Protección constitucional de los derechos humanos en el Uruguay” en *El Concepto de Derechos Humanos*. Un estudio interdisciplinario, segunda tesis, n° 1, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo 1986, p. 10.

6. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución Nacional*, Cámara de Senadores, t.I, Montevideo 1992, p. 51.

2. De esto se desprende sin esfuerzo que nuestro sustrato cultural en la época de la independencia y comienzo del llamado constitucionalismo es el hispano. Esa cultura gira en torno a una filosofía que se remonta hasta Aristóteles pasando por Santo Tomás De Aquino, que hemos conocido a través de la denominada escuela de Salamanca, - aunque se explayaba en otras Universidades de España- fundamentalmente por medio de Francisco Suárez, cuyo pensamiento campeaba en la Universidad de Córdoba por su origen jesuítico.

Esta Universidad convirtió a Córdoba en un impresionante centro cultural que pudo competir con los principales del viejo mundo⁷ y esparció sus ideas sobre una vasta región que comprendió por cierto al Río de la Plata.

Estas ideas forjaron el espíritu de Mayo⁸ y formaron un acervo cultural que, al decir de Barbé Pérez, “pasó por ósmosis a Artigas y sus tenientes”⁹.

3. Luego vendrán otras ideas, provenientes de Francia, los Estados Unidos y de la propia España.

Gros Espiell ha puesto claramente de manifiesto la influencia del pensamiento político liberal de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX en las primeras Constituciones latinoamericanas. En ese aspecto dice: “todas tienen, en forma directa o indirecta, tres líneas de fuentes: el liberalismo español, a través básicamente de la Constitución de Cádiz de 1812; el proceso constitucional francés y más que los textos franceses el pensamiento político francés, esencialmente de Montesquieu y el que nació de una interpretación idealista y equivocada de Rousseau, y la influencia directa, de textos, de los Estados Unidos, de la Constitución Confederativa de 1787, de la Constitución Federal de 1789 y de muchas constituciones estatales”¹⁰. Es más, la citada Constitución española de 1812 fue para nosotros fuente, en cuanto a que sus textos fueron tenidos en cuenta e influyeron en los constituyentes de 1829 y precedente, en el sentido de que rigió al menos teóricamente en todo o en parte del territorio de lo que hoy es nuestra República Oriental del Uruguay¹¹.

4. Por eso no es de extrañar que entre los autores de nuestros primeros estudios constitucionales figuren algunos que abrevan en las fuentes de la filosofía realista, como Francisco Bauzá,¹² y otros sean espiritualistas, como Carlos María Ramírez¹³.

5. Como se sabe al Estado feudal de la Edad Media siguió el Estado Absolutista, primera forma del Estado Moderno. A éste siguió el llamado Estado Liberal de Derecho también denominado Estado de Derecho Liberal Burgués¹⁴ y posteriormente apareció el Estado Social de Derecho construido sobre la estructura de aquél, pero sin desconocer

7. FURLONG, G., *Los Jesuitas y la Cultura Rioplatense*. Urta y Curbelo, Montevideo 1933, pp. 119 y 125.

8. ROCA, C.A., “La doctrina suareciana en la independencia de América” en ROCA, C.A., *La doctrina suareciana en la independencia de América y otros ensayos*, Universidad Mayor de la República, Montevideo 1979, pp. 11 y ss.

9. BARBÉ PÉREZ, H., “Raíces hispánicas de la defensa del administrado en nuestro Derecho” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo 1982, Año XXVI, n° 1, pp. 7 y ss.

10. GROS ESPIELL, H., *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 322.

11. GROS ESPIELL, H., *La Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del Reino de Portugal de 1822, la Constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedente de la Constitución Uruguaya de 1830*. Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Montevideo 2001, p. 7.

12. BAUZÁ, F., *Estudios Constitucionales*, Biblioteca Artigas, vol. 11, Montevideo 1953.

13. RAMÍREZ, C.M., *Conferencias de Derecho Constitucional*, Biblioteca Artigas, vol. 103, Montevideo 1966.

14. SAMPAY, A.E., *La crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1942.

la dimensión individual del hombre consideró también como lo había hecho antes Aristóteles y Santo Tomás De Aquino, su dimensión social.

Este Estado Social de Derecho conoce a su vez dos etapas: una primera denominada Estado de Bienestar o Benefactor (Welfare State) y una segunda, llamada a falta de otro vocablo más adecuado, Estado Subsidiario¹⁵, en clara alusión al principio de subsidiaridad elaborado por la Iglesia Católica en sus Encíclicas a partir del siglo XIX con la Encíclica *Rerum novarum*, de León XIII pero, sobre todo, luego de la *Quadragésimo Anno* del Papa Pío XI,¹⁶ en pensamiento completado con los documentos denominados *Mater et magistra*, *Pacem in terris*, *Gaudium et spes* y *Centesimus annos*.

Este principio de subsidiaridad presenta dos grandes aspectos:

- a) Uno limitativo o negativo. El Estado no debe ejercer aquellos cometidos que pueden realizar las sociedades intermedias o los individuos.
- b) Otro positivo que implica un hacer del Estado. Al Estado le corresponde dirigir, vigilar, urdir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común lo imponen.

Esto excluye expresamente el llamado *principio de antisubsidiaridad* que puede expresarse de la siguiente manera: “que los cuerpos intermedios o individuos hagan solo aquello que no puede hacer el Estado”¹⁷.

En ambos tipos de Estado Social de Derecho se contemplan las dos dimensiones del ser humano, la individual y la social. Pero en el primero se pone el acento en la segunda mientras que en el segundo en la primera. Eso condiciona el rol de la Administración. En el primero se acentúa su papel prestacional, en el segundo sus funciones de control; en el primero importa especialmente quién hace las cosas, mientras que en el segundo que las cosas se hagan. Salvaguardando ambos los valores igualdad y libertad, el primero da más resalte a la igualdad y el segundo a la libertad.

6. Cuando obtenemos la independencia y a partir de allí comienza entre nosotros un constitucionalismo propio, lo hacemos bajo el auge del Estado Liberal de Derecho. Por eso nuestra primera Constitución codificada y rígida, la de 1830 es típicamente liberal. En líneas generales puede decirse que sus moldes se ajustan al Estado Juez y Gendarme del Estado de Derecho Liberal Burgués.

Pero con el tiempo la realidad se va imponiendo de a poco. El Estado va asumiendo nuevos cometidos. La Administración, de prescindente, se va tornando más prestacional aun dentro del marco de la Constitución de 1830.

Esto se ve reflejado en las sucesivas reformas constitucionales que van pautando el pasaje del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho.

Y éste es regulado con una amplitud tal que permite, según las circunstancias, adoptar primero el Estado de Bienestar para pasar luego con un cambio de legislación a un verdadero Estado Subsidiario. Ambas posibilidades son admitidas en nuestra Constitución vigente; pero ella no otorga una discrecionalidad al legislador sino que una u otra son impuestas por las circunstancias de la realidad.

15. CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, t.1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 62 y ss.

16. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Turismo. Aspectos del régimen jurídico*. Acalí Editorial, Montevideo 1979, pp. 17 y ss.; CAGNONI, J.A., “Estado y Sociedad: el principio de subsidiaridad”, en CAGNONI, J.A., *Estudios sobre el Estado Democrático y Social de Derecho*, Montevideo 1989, pp. 31 y ss.

17. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Rol del Estado en la sociedad civil”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios sobre Derecho Constitucional* ..., p. 109.

DERECHOS HUMANOS

I

1. Si analizamos la llamada parte dogmática de nuestra Constitución advertimos que ella se basa en el hombre. De él parte y a él se dirige.

2. Del estagirita y del Doctor angélico aprendimos que el hombre es un animal racional. Por ser racional es un animal social y por ser un animal social es un animal político¹⁸. O dicho de otra manera, el hombre es “una sustancia individual de naturaleza racional”, según la fórmula de Boecio adoptada por Tomás de Aquino.

Esta es la piedra angular de nuestra Constitución, o mejor dicho, de nuestras Constituciones, ya que esto es recibido por lo menos desde la Constitución de 1830, por no ir más atrás en el tiempo.

Tanto es así que nuestro primer Catedrático de Derecho Constitucional, el Dr. Carlos María Ramírez, en sus clases de 1871 dijo: “El hombre tiene la pasión de la sociedad, si es permitido hablar así; es necesaria, inevitablemente sociable. Esta simpatía que se despierta al contacto de los hombres como él, nada tiene que difiera de esos movimientos del alma, desarrollándose bajo la impresión de un sentimiento, agradable o doloroso. Es menester reconocerla y nadie la pone en duda. *Dios ha hecho al hombre sociable haciéndole sensible; la sociedad es de esta manera, tan inherente al hombre como sus facultades más íntimas*”¹⁹.

Es evidente que en este aspecto Ramírez es tributario de Aristóteles y sobre todo del Aquinate pese a su vertiente filosófica diferente.

3. De esa naturaleza derivan todos los derechos fundamentales que los textos constitucionales han ido reconociendo y tutelando y en función de la perfección de ellos concibiendo un determinado tipo de Estado.

En efecto, unos derechos derivarán de la naturaleza de ser sustancial del hombre, otros de la de ser sensible y otros de la de ser racional incluyendo naturalmente por ello su dimensión social y política.

“En primer término el hombre tiene la inclinación común a todos los seres sustantivos de apetecer su conservación; por ende de promover lo necesario para lograr el sustento, el abrigo y la salud de su cuerpo. De esta tendencia derivan el derecho a defenderse contra las agresiones ilegítimas y la prohibición de cualquier especie de homicidio; igualmente de ella nace el derecho de trabajar, de transitar, de contracambiar y transportar cosas para lograr el sustento, etc.

En segundo lugar el hombre posee la inclinación común a todos los animales de tender a la procreación sexual y al cuidado de los frutos de este instinto, con el objeto de perpetuar y propagar la especie. De esta inclinación natural nacen los derechos de constituir una familia, de protegerla, de engendrar y educar los hijos, etc.

Por último existe en el hombre una tendencia innata hacia los bienes que responden a su naturaleza de ser inteligente. Esta disposición natural presenta un aspecto individual

18. ARISTÓTELES, *La política*, Editorial Tor S.R.L., Libro Primero, Capítulo 1º, Buenos Aires 1965, pp. 5 y ss.; TOMÁS DE AQUINO, “Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, en TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la ley- Tratado de la justicia-Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Editorial Porrúa S.A., Libro Primero, Capítulo 1º, México 1975, pp. 257 y ss.

19. RAMÍREZ, C.M., *Conferencias ...*, pp. 88 y ss.

y otro social. Del aspecto individual de la naturaleza inteligente del hombre, nacen los derechos de averiguar la verdad y consiguientemente el de realizar los bienes morales indicados por ese conocimiento especulativo de la verdad. Del aspecto social de dicha naturaleza inteligente, surgen los derechos de conseguir el bien común de las sociedades naturales en las que se integra el hombre, así la familia, la asociación profesional, el Estado, etc.; y también de ahí surgen las recriminaciones de las injusticias sociales quebrantadoras de la paz pública. Estos derechos nacidos de la naturaleza humana racional abonan, entonces, las libertades intelectuales para la adquisición de la verdad, las libertades morales para la realización del bien personal y las libertades sociales para alcanzar los bienes comunes de la sociedad política, de la familia, del estamento profesional, etc.²⁰.

4. Aclarado esto podemos adentrarnos en el texto y destacar cuatro aspectos que de inmediato impactan por la especial preocupación del constituyente: el derecho a la vida, el principio de igualdad, la libertad y la protección de la familia.

II

1. Lo primero es lo primero y lo primero es la vida, pues sin vida no hay nada más en este mundo (más allá solo queda el recuerdo, que da al honor una consideración especial).

Por eso es que la Constitución en uno de sus primeros artículos, concretamente el 7, entre otros pero en primer lugar reconoce el derecho a la vida y específicamente consagra el derecho de todos los habitantes de la República a la protección en el goce de la vida.

2. Ese reconocimiento del derecho a la vida y el establecimiento del derecho a la protección del goce de la misma abarca la vida en toda su duración, es decir desde al comienzo al fin. Y como hoy es indiscutible desde el punto de vista científico que la vida comienza en el momento de la concepción, allí empieza el derecho a la vida de cada ser humano y a partir de allí adquiere éste el derecho a ser protegido en el goce de la misma. Por eso podemos afirmar que la primera manifestación del derecho a la vida es el derecho a nacer.

3. El derecho a la vida supone también el derecho a la integridad física. El propio artículo 7 refiere a la seguridad en términos amplios, por lo que comprende no sólo la seguridad jurídica sino la seguridad física llamada también seguridad individual.

Por eso es que el artículo 26 prohíbe expresamente la pena de muerte y estipula que en ningún caso las cárceles puedan servir para mortificar.

Pero esas son sólo especificaciones que no impiden la ilegitimidad de otros atentados a la vida o a la integridad física de la persona. Así resulta obvia la inconstitucionalidad del aborto, de todo tipo de torturas o la experimentación con seres humanos,²¹ por ejemplo.

20. SAMPAY, A.E., *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Editorial Medina, Montevideo 1957, pp. 27 y ss.

21. DURÁN MARTÍNEZ, A., "La investigación con seres humanos con especial referencia al derecho brasileño", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre derechos humanos*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999, pp. 77 y ss.

4. Pero como el hombre es un ser creado, es decir, la vida le es dada, no tiene dominio sobre ella. No puede por tanto atentar contra su propia vida ni contra su propia integridad física. Por eso el artículo 44 al comienzo de su segundo inciso dice: “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”.

De ahí por ejemplo el fundamento de la legislación punitiva en materia de drogas, la ilegitimidad del suicidio o de la huelga de hambre, un verdadero autoatentado a la integridad física que de llevarse hasta las últimas consecuencias no constituye sino un suicidio con plazo indeterminado²².

5. Además de lo expresado, junto al derecho a la vida ha comenzado a acuñarse otro concepto, *el derecho a vivir*.

No hay oposición entre las nociones de derecho a la vida y de derecho a vivir, decía Gros Espiell. Se trata de una misma idea, de un mismo concepto que deriva de la vida misma y que genera diversas posibilidades de protección.

La vida tiene una dimensión biológica que hay que proteger pero también otras - culturales, económicas, sociales, éticas- que se funden en un contenido integral propio de cada individuo. Eso hace que la vida humana deba ser vivida en la dignidad y en la plenitud de todos los derechos del hombre²³.

Esto provocará un desarrollo posterior del derecho tendiente al reconocimiento de otros derechos, derivados de esta concepción del derecho a vivir, llamados segunda o tercera generación en alusión a la cronología en que fueron reconocidos o protegidos, a los que aludiremos luego.

6. Pero existen algunos de esos derechos que por ser reconocidos desde el comienzo son considerados de la primera generación y que es preciso mencionar aquí.

Uno de ellos es el derecho al honor.

El artículo 7 de nuestra Constitución tanta importancia le da que lo menciona inmediatamente después del derecho a la vida. Es que la vida sin honor no es vida. Lamentablemente cierta jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en una errónea interpretación de la Constitución, lo desplaza ante la libertad de prensa. Una correcta lectura de los artículos 7 y 29 de la Constitución lleva a la interpretación exactamente inversa a la de la Corte. Es el derecho al honor que limita la libertad de prensa y no la libertad de prensa que limita el derecho al honor²⁴.

7. Muy emparentado al derecho al honor está el derecho a la intimidad. En buena medida, entre otras cosas, en él se basa:

a) la protección del hogar dispensada por el artículo 11 (que también conlleva una protección a la familia) en cuanto dice: “El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, solo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”;

b) la inviolabilidad de los papeles de los particulares y de la correspondencia de cualquier especie establecida en el artículo 28.

22. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Huelga de hambre. ¿Inconstitucionalidad? ¿Acción de Amparo?” en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre...*, pp. 21 y ss.

23. GROS ESPIELL, H., “La complementarité entre les notions de droit à la vie et de droit de vivre” en *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, CID, Geneve 1992, p. 5.

24. DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho al honor también existe” en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre ...*, pp. 61 y ss.

8. Otro derecho de la primera generación íntimamente ligado al derecho a vivir es el derecho de propiedad.

Este derecho es también mencionado en el artículo 7 y específicamente protegido por el artículo 32.

Es que sin propiedad privada no es posible la subsistencia. La prueba está que cuando se ha impuesto el colectivismo el régimen terminó ahogando la vida misma. Por antinatural, el sistema colectivista sólo puede verse en sociedades culturalmente muy atrasadas. No bien la sociedad adquiere un cierto desarrollo cultural desaparece el colectivismo. Los ejemplos que aún perduran en el mundo están en vías de extinción o en proceso acelerado de cambio.

III

1. El artículo 8 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y las virtudes”.

Esta igualdad ante la ley, no es sino una especificación del principio de igualdad en general que deriva de la esencia misma del hombre.

2. Locke había advertido este principio de igualdad “puesto que no hay cosa más evidente que el de seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento”²⁵.

3. Pero en puridad, el principio jurídico de igualdad se remonta al origen mismo del cristianismo. Si Jesús enseñó que el hombre es hijo de Dios todos los hombres son hermanos, pues así lo son todos los seres hijos de un mismo padre; y nada hay más igual que los hermanos.

4. De ahí entonces la igualdad ante la ley ya aludida pero también otras especificaciones como la igualdad ante el reglamento, la igualdad ante los servicios públicos, la igualdad ante las cargas públicas, la igualdad de trato en todo procedimiento administrativo o de cualquier naturaleza, y en general supone la prohibición de todo tipo de discriminación, sea social, religiosa, filosófica, político-partidaria o de cualquier especie.

5. Claro está que la igualdad en Derecho no es la igualdad del rasero. El concepto jurídico de igualdad es el que deriva de Aristóteles. La igualdad está en la esencia, no en los accidentes. “Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones cuando aspirantes iguales, no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales reciben, sin embargo porciones iguales”²⁶.

La verdadera igualdad entonces consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, en la medida en que se desigualan.

En esto se basa el artículo 8 de nuestra Constitución cuando admite las desigualdades provenientes de los talentos y las virtudes ... y sólo esas.

Cuando Aristóteles decía que el hombre es un animal *racional* aclaraba de inmediato que lo era porque poseía inteligencia y voluntad (voluntad guiada naturalmente por la

25. LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar, Montevideo 1969, p. 5.

26. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A., Libro V, capítulo III, Madrid 1972, p. 135.

recta razón). El actual artículo 8 que proviene de la Constitución de 1830 precisamente se basa en esta fórmula. Tan aristotélico es que las únicas diferencias que admite son las basadas en los talentos -inteligencia- y en las virtudes -voluntad.- conforme lo advirtió con sagacidad Barbé Pérez²⁷.

IV

1. El artículo 7 de la Constitución también prescribe la protección del goce de la libertad. No dice nada más, por lo que debe interpretarse en forma amplia, sobre todo por la contundencia del artículo 10, sin perjuicio de las epecificaciones que luego por otros artículos efectúa.

2. Si en la igualdad nos remontáramos a Cristo, con relación a la libertad debemos ir aún más atrás en búsqueda del Génesis. Allí se dice: “creó Dios al hombre a imagen suya”²⁸. De allí proviene su dignidad y entre otras cosas la libertad²⁹. Por eso es que algunos han encontrado en ese pasaje del Génesis la primera Declaración de Derechos Humanos de la historia de la humanidad³⁰. De ahí que Sampay haya expresado que “cuando le fue revelado al hombre que era hijo de Dios, dejó de ser esclavo de los hombres”³¹.

3. La libertad no solo está en la base de todas nuestras Constituciones sino también en el corazón del pensamiento artiguista. Así, en las instrucciones dadas a los diputados orientales por Artigas el 13 de abril de 1813 -únicas firmadas por él- en la tercera se dice “promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable”³².

El término libertad civil está tomado por oposición a la libertad política que es objeto de tratamiento por separado.

En tal sentido la libertad religiosa está comprendida en la libertad civil. Pero se menciona expresamente por dos razones: a) por la influencia que tuvieron en Artigas las ideas norteamericanas de cuño protestante en el sentido de que la libertad de conciencia es un derecho innato en el hombre;³³ b) para evitar que la consagración de la religión católica -que era la del propio Artigas- como religión del Estado de acuerdo a las costumbres de la época, se interpretara como una restricción a la libertad religiosa.

Y ¿qué comprende esa libertad civil?

27. BARBÉ PÉREZ, H., *Los servicios de enseñanza y la ley orgánica de la Universidad*, C.E.N., Montevideo 1959, p. 9.

28. BIBLIA, *Génesis I*. 27. Editorial Herder, Barcelona 1964, p. 21.

29. COTUGNO, N., “Vida humana y clonación” en *Jornada académica sobre vida humana y clonación*, Presidencia de la República, AMFE, Montevideo 1997, pp. 24 y ss.

30. ROBAINA ANSÓ, J.M., “Derechos Fundamentales” en *Evolución Constitucional del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo 1989, p. 26.

31. SAMPAY, A.E., *La crisis del Estado ...*, p. 40.

32. DEMICHELLI, A., *Formación Constitucional Rioplatense*, t.II, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo 1955, p. 312.

33. MIRANDA, H., *Las Instrucciones del Año XIII*, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 47, t.II, Montevideo 1964, p. 84.

En *toda su extensión imaginable*, decía Artigas. Fórmula de típica raíz angloamericana que fue criticada desde el punto de vista técnico jurídico³⁴ pero que entraña un muy valioso significado político. Esto quiere decir que esa libertad es “en toda la extensión imaginable o posible, que sea compatible con la organización social y con la existencia de la autoridad constituida”³⁵. Se refiere a la libertad del hombre como tal en su vida en sociedad y dado la amplitud del texto alcanza a todas sus manifestaciones.

Por último corresponde resaltar el verbo inicial de la oración: *promoverá*. No dice consagrará. Teniendo en cuenta que estamos en presencia de instrucciones para la redacción de una constitución, el verbo empleado da la idea de que esas libertades eran concebidas por Artigas como anteriores al Estado y al Derecho mismo, es decir naturales³⁶.

Estas ideas figuran también en los proyectos constitucionales artiguistas, tanto el Federal como el de la Provincia Oriental. Incluso el primero contiene un artículo, el 51, que al disponer que “la enumeración en la constitución de ciertos derechos, no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el Pueblo”, constituye al decir de Esteva el primer antecedente vernáculo del actual artículo 72 de nuestra Constitución³⁷ proveniente de la Constitución de 1918.

Y de aquí pasarán a la Constitución de 1830 y se irán desarrollando a lo largo de las sucesivas enmiendas constitucionales.

4. Desde los primeros tiempos la Constitución se preocupó por la llamada libertad ambulatoria. Así, desde 1830 se estableció con variantes de detalle que “nadie puede ser preso sino *infranganti* delito, o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente” (art. 15). Y a partir de 1918 se recogió el instituto de *habeas corpus* para casos de prisión indebida.

5. También desde temprano se reconoció la libertad de expresión de pensamiento que conlleva una generosa libertad de prensa -de esencia en una democracia- aunque sujeta a las responsabilidades por los abusos que se cometieren.

6. Obviamente también, desde el origen mismo de nuestro constitucionalismo y ocupando un especial lugar en el pensamiento de Artigas, se recogieron las llamadas libertades políticas, cuyo desarrollo se fue incrementando en la medida en que fue progresando nuestra cultura cívica.

En efecto, debimos esperar hasta la Constitución de 1918 para perfeccionar nuestro sistema electoral con la instauración del sufragio universal (aunque las mujeres recién votarán en 1938), secreto y obligatorio, y admitir la representación proporcional.

Lo que ocurrió fue que el concepto de pueblo de los constituyentes de 1830, que es el mismo del período artiguista, fue variando con el tiempo.

34. GONZÁLEZ, A., *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo 1962, pp. 287 y ss.

35. GROS ESPIELL, H., “El pensamiento institucional del Período Artiguista (1810-1820)” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XII, n° 1, p. 58.

36. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los derechos culturales como derechos humanos en el Derecho Constitucional uruguayo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre ...*, p. 37.

37. ESTEVA GALLICCHIO, E., “Lecciones de Derecho Constitucional 2º”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, “Historia Constitucional del Uruguay”, t. I, *Serie Cursos y Manuales* n° 5, Montevideo 1993, p. 28.

El *pueblo* al cual se hace referencia en este pensamiento clásico -advirtió con acierto Faig- se comprende de forma tradicional como la recapitulación de la estructura social. Se trata del pueblo-cuerpo y no del pueblo propio de la visión moderna compuesto por individuos-electores³⁸.

“La época artiguista constituye un precedente primordial -porque concibe al pueblo en su unidad- para el futuro Estado uruguayo. La célebre frase de Artigas pronunciada ante el congreso de abril de 1813, es una fiel ilustración de la clara convicción que funda la legitimidad de su autoridad: “mi autoridad emana de vosotros y ella cesa ante vuestra presencia soberana”. Esta convicción toma naturalmente a la elección como el medio apropiado para determinar la legitimidad del representante, e ilustra acerca de la concepción unitaria del pueblo. No se trata en efecto de prever un sistema de representación proporcional, porque el problema de la representación de las minorías ni siquiera se plantea. Guerra anota que en la medida en que los nuevos Estados habían roto con la legitimidad histórica del rey, quedaba como único principio posible de legitimidad, la soberanía del pueblo. Esta soberanía del pueblo es holista, no individualista. En esta primera época de la independencia de la Banda Oriental se puso en práctica un cierto tipo de sistema electoral que aseguraba entonces la representación de todo el cuerpo político, y que lo integraba así al gobierno del país. La concepción que anima a los constitucionalistas de principios del siglo XIX en la América hispánica, muy bien descrita por Guerra, implica una concepción pacífica entre actores colectivos. Se trata de una imagen orgánica del cuerpo político que supone un poder concentrado y unificado, y que plantea como ideal político el unanimismo y como realidad a desprestigiar la existencia de los *partidos* -considerados como facciones, cuya acción conduce a una *discordia* que pone en peligro de cohesión social-. Es entonces una sociedad holista que no admite la división partidaria. Estamos claro está, ante la concepción tradicional de la soberanía del pueblo-cuerpo.

Se entiende entonces que el buen sentido de 1811, como más tarde el de 1830, no podían aprobar dentro de este marco filosófico e ideológico, la existencia de un sistema que previera la representación de minorías políticas. La concepción del pueblo soberano, uno e indivisible, como lo es la soberanía, fue la que guió la definición del sistema electoral del Estado uruguayo de principios del siglo XIX. Evidentemente, la evolución ideológica del siglo XIX, la influencia del liberalismo político y el advenimiento progresivo de las ideas propias de la Modernidad, ya avanzadas por la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII, plantearon cambios fundamentales dentro de esta concepción de la soberanía del pueblo.

¿Cómo se pasa de la soberanía pasiva del pueblo a la del individuo-elector moderna? La historia (...) de un doble tránsito: del simple consentimiento al autogobierno por un lado, del pueblo -cuerpo al individuo- autónomo por el otro. En el sistema electoral mayoritario -plurinomial o uninominal- de las dos Cámaras definido en la Constitución del Uruguay de 1830, podríamos descifrar un primer elemento de la evolución de una concepción antigua de la soberanía hacia la concepción que acompaña a la modernidad. Es el autogobierno: los ciudadanos de la República eligen a sus diputados directamente. Sin embargo, este elemento no nos autoriza a afirmar que la noción de individuo-elector haya constituido concretamente y en forma sustancial el fundamento de esta elección directa. Se trató simplemente -y precisamente- de permitir que el cuerpo político todo entero se expresara y designara a través de la elección, sus autoridades políticas legítimas. Por el contrario, primó sustancialmente la concepción antigua que se expresaba en

38. FAIG, J.F., “La revolución de 1897” en FAIG, J.F., y TOURREILLES, R., *La Revolución de 1897*, Ediciones de la Plaza, Montevideo 1999, p. 16.

el fundamento de la legitimidad que residía aún en el pueblo-cuerpo y que implicaba una lógica mayoritaria para las dos elecciones, y sobre todo para la elección de la Cámara Baja”³⁹.

“Pero el cambio fundamental se produjo a partir de la revolución de las Lanzas de 1870. La revolución de 1865 -dice Faig-, preámbulo a la ignominiosa guerra de la Triple Alianza, había llevado al poder al Partido Colorado. La política del presidente Lorenzo Batlle (1868-1872), electo por un parlamento de mayoría colorada ya que el Partido Blanco se abstuvo de participar en los comicios de la Cámara de Representantes de noviembre 1867, estuvo marcada por el exclusivismo en el poder: “gobernaré con mi partido y para mi partido” habría dicho el Presidente en 1868. Evidentemente, la ruptura es clara con respecto al espíritu de las políticas de fusión; ya no se trata aquí de cobijar bajo un mismo gobierno a diferentes sectores de la opinión ciudadana; sino de concentrar el gobierno en manos de un solo partido. Es decir que el sistema electoral mayoritario pasa a ser en estos años un instrumento al servicio de un partido, y se rompe por la vía de los hechos con el principio unanimista que fundamentó su aplicación en los primeros años de la República. Se rompe entonces con la visión arcaica de la soberanía del pueblo, pero no con el principio de adjudicación de bancas que ella implicaba. Y lo que es más grave, se deja de lado el principio del gobierno inclusivista de raíz artiguista.

Ante esta política colorada, los revolucionarios blancos plantearon como bases para la paz de 1871, la coparticipación política en el gobierno y el llamado a las urnas en marzo de 1872. La “política de coparticipación” planteada por los blancos respeta la visión tradicional de la entelequia política del país, que reafirma que los asuntos del país deben ser conducidos por todos los ciudadanos, sin exclusiones políticas. Se percibe aquí la raíz aristotélica de esta concepción de gobierno, en la medida en que se considera que el devenir de la *polis* debe quedar en manos de todos los ciudadanos, y que justamente, esa *polis* se define a partir de esta noción de comunión ciudadana en la definición del rumbo común a seguir. Retorna en este sentido también, el designio coparticipativo de lo político definido por el artiguismo. Si bien es cierto que encontramos la raíz fusionista de los gobiernos de Giró y de Pereira, queda claro que de ahora en adelante los partidos constituyen una realidad completamente asimilada al espacio político del país y que en esa medida, éste da un paso decisivo hacia la modernidad. Cuando T. Aparicio plantea como objetivos la apertura de un espacio de coparticipación partidaria y el restablecimiento del orden constitucional liquidado por la dictadura de V. Flores, lo que en definitiva hace es reformular la visión unitaria de lo político. El viejo pueblo-cuerpo deja lugar a la confrontación participativa de las dos comunidades políticas, que deben co-gobernar, sin exclusiones. Por un lado se plantea entonces un necesario *aggiornamento* de lo político, y por el otro, se exige guardar el principio de concepción de gobierno inclusivista. La Paz de abril de 1872 retoma la tradición de pactos políticos -inaugurada por el *pacto de los compadres* de 1830 entre F. Rivera y D.A. Lavalleja- y de forma verbal garantiza cuatro jefaturas políticas y de policía a los blancos, permitiéndoles asegurar su representación en las Cámaras legislativas y por ese medio, la participación en el gobierno del país- sobre todo si se tiene en cuenta que la Asamblea General elegía al presidente de la República.

No es entonces casual que a partir de los años 1879 la representación proporcional se plantee como el medio más adecuado para traducir en el sistema electoral, los valores de coparticipación y de integración política de la República. Y no puede parecer casual

39. FAIG, J.F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, pp. 16 y ss.

que sea claramente el Partido Nacional, el Partido Blanco sustancialmente quien exponga esta solución de ingeniería electoral. La representación de las minorías que no estaba prevista ni por la ley electoral de abril de 1830 ni por la Constitución, había tomado forma de hecho por una cláusula verbal del acuerdo de paz de 1872. Debía legalizarse y perfeccionarse. Y que de lo que se trata en definitiva, es de admitir que en estos años la noción de soberanía del pueblo termina su precaria evolución y pasa terminantemente de una concepción holista -la de la Patria Vieja y de la Asamblea Constituyente de 1830- a una concepción individualista, que será manifiestamente dominante a fines del siglo XIX; la propuesta de cambio de un tipo de sistema electoral a otro no es entonces anecdótico. Se trata por el contrario de un cambio fundamental en la percepción de lo político: los partidos políticos, *facciosos* en los primeros tiempos de la República, son aceptados paulatinamente y terminan por ser necesarios para el buen desarrollo de la vida cívica hacia los años 1870”⁴⁰.

La Revolución de 1897 impulsará el proceso hacia la representación proporcional -por algo Ana Ribeiro tituló su magnífico libro sobre el tema “Lanzas en el Umbral de la Democracia”-⁴¹, lo que se constitucionalizará en 1918.

Esta Constitución por otra parte se convirtió en una verdadera escuela cívica -por la frecuencia de elecciones en ella previsto- al enseñarnos a dirimir nuestras diferencias políticas en las urnas y no en el campo de batalla.

La evolución se completa en la reforma de 1997, cuando al instaurar la llamada segunda vuelta para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, permite que voten unidos a los que pertenecen a la misma denominada familia ideológica y al separar en el tiempo las elecciones nacionales y las departamentales a fin de evitar una influencia indebida de las cuestiones nacionales en las departamentales o viceversa.

7. Bajo la influencia de las constituciones mexicana de Querétaro de 1917, y alemana de Weimar de 1919, a partir de la Constitución de 1934 se acentuó la preocupación por los llamados derechos sociales, económicos y culturales. Son los llamados derechos de la segunda generación.

Destacamos entre ellos lo relacionado con el trabajo (arts. 7, 33 y 53 a 56), la actividad gremial (art. 57), la seguridad social (art. 67), el derecho a gozar de una vivienda decorosa (art. 45), el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 38), el derecho de asociación (art. 40), la libertad de empresa (art. 36) y la libertad de enseñanza.

Esta última recibe máxima protección por el artículo 68 que limita al extremo la intervención del Estado (sólo se admite si es prevista por ley y “al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos”) e impide todo tipo de monopolio al respecto, tanto de la llamada *escuela única* -en todos los niveles de la enseñanza- como del *texto único*⁴².

El respeto de este artículo es esencial pues no puede haber desarrollo de un pueblo sin una adecuada educación y no puede existir una adecuada educación sin libertad. Todo atentado a la libertad de enseñanza es un atentado al desarrollo nacional.

8. Posteriormente, por influjo en buena medida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comenzaron a reconocerse los derechos de la tercera generación, considerados de solidaridad. Un claro ejemplo de esto lo constituye el artículo 47 en la re-

40. FAIG, J.F., *ob. cit.*, *loc. cit.*, pp. 18 y ss.

41. RIBEIRO, A., *Lanzas en el Umbral de la Democracia*, Ediciones de la Plaza, Montevideo 1999.

42. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Enseñanza privada y libertad” en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional ...*, p. 60.

dación dada por la reforma de 1997, en que en forma implícita pero clara reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado⁴³.

V

1. El artículo 40 de la Constitución establece: “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”.

2. Esta disposición revela con total transparencia la filiación realista de la filosofía de nuestra Constitución.

Parte de la condición del hombre como animal social -por ser racional- y reconoce a la familia como célula básica de la sociedad. Es que la naturaleza impulsa al hombre a vivir con otros hombres y su tendencia más fuerte es constituir una familia. Nace en el seno de una familia y no bien tiene las posibilidades de hacerlo constituye otra.

La tendencia natural del hombre no sólo es hacia su propia conservación sino también a la conservación de la especie. Y esto último sólo se efectúa adecuadamente a través de la familia.

3. De ahí la preocupación de nuestra Constitución respecto al cuidado de los hijos como un derecho y deber de los padres (arts. 41 y 42) y la protección de la maternidad (art. 42).

También se ha ocupado el constituyente de los aspectos materiales de la familia. Así, por el artículo 48, atendió el derecho sucesorio y por el artículo 49 al bien de familia, institución que en líneas generales puede decirse que ha caído en desuso, pero demuestra la comprensión de que el hombre es materia y tiene necesidades materiales.

Pero como también comprendió que el hombre es espíritu, atendió en forma pormenorizada los aspectos espirituales. Las disposiciones referidas a la cultura en general y a la enseñanza en particular (arts. 68 y ss.) son una clara muestra de ello. Y también pone aquí el constituyente a la familia como centro:

a) el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres (art. 41);

b) todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee (art. 68).

4. De esto se desprende que lo importante es la familia. El Estado se limitará a velar por su estabilidad moral y material.

5. De lo expuesto se deduce claramente que nuestros constituyentes reconocen que el hombre es materia y espíritu, una sustancia individual pero también con otros, es decir es sociable, y en virtud del artículo 5 -que reconoce la libertad de culto y dispone una exoneración impositiva a los templos de las diversas religiones- se advierte implícitamente pero en forma clara su dimensión trascendente.

43. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Derechos humanos y medio ambiente” en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre...* pp. 107 y ss.

VI

1. La enumeración de derechos que efectúa nuestra Constitución no es taxativa sino enunciativa.

2. Según el artículo 72 -que al decir de Sampay, atesora una magnífica fórmula teórica y constituye el alma de la cultura jurídica de Occidente-⁴⁴ ella no excluye los otros derechos -y deberes- que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno.

Esos derechos y deberes inherentes a la personalidad humana son anteriores a la Constitución y al propio Estado.

EL ESTADO

I

1. Gros Espiell, al estudiar el ideario artiguista, expresó que “para el pensamiento de la revolución oriental no se concibe la estructura estatal sin el respeto y la protección de los derechos humanos..”⁴⁵.

2. Esa observación es válida naturalmente en la actualidad. La estructura, funciones y cometidos del Estado se piensan en función de una determinada concepción del hombre y no a la inversa. Por eso es que -en nuestro sistema- como acertadamente expresó Brito, el Estado es un “ser cometido”,⁴⁶ no tiene naturaleza sustantiva sino instrumental, sin perjuicio de su raíz natural.

3. Por consiguiente, la llamada parte orgánica de la Constitución guarda estrecha correlación con la dogmática. Dicho de otra manera, la concepción del hombre de nuestro constituyente determina un cierto tipo de Estado.

II

1. Del desarrollo que hemos efectuado al referirnos a los derechos humanos surge que la democracia está en la base de nuestro sistema político.

2. El artículo 82, en su primer inciso, establece: “La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana”.

3. Esta redacción proviene de la Constitución de 1934. En la de 1918 se aludía a la forma democrática representativa y en la de 1830 a la representativa republicana.

4. No cabe duda de que desde nuestros mismos orígenes tenemos una democracia representativa, sin perjuicio de la existencia de algunos institutos de democracia directa como la elección, la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito.

44. SAMPAY, A.E., *La declaración ...*, pp. 26 y ss.

45. GROS ESPIELL, H., *El pensamiento ...*, loc. cit., p. 56.

46. BRITO, M., “Planificación y libertad en el Estado Social de Derecho” en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, vol. I, Acali Editorial, Montevideo 1977, p. 35.

O sea, la soberanía reside en toda su plenitud en la Nación (art. 4) y se ejerce directamente a través de los institutos indicados e indirectamente a través de los llamados Poderes representativos, conforme a las reglas establecidas en la propia Constitución (art. 82)⁴⁷.

III

1. Del indicado artículo 82 y del artículo 1° que asigna el nombre a nuestro Estado, surge que nuestro régimen es republicano.

2. Nuestro país, a diferencia de otros latinoamericanos, tiene desde lo más hondo de su historia una profunda raíz republicana. En efecto, ella se manifestó al comienzo mismo de nuestra independencia y nunca fue contestada ni jamás tuvo fisuras.

Cuando Artigas, en la conocida oración inaugural ante el Congreso de Tres Cruces pronunciada el 4 de abril de 1813, dijo: “El resultado de la campaña pasada me puso al frente de vosotros por el voto sagrado de vuestra voluntad general. ... tengo la honra de volver a hablaros en la segunda vez que hacéis uso de vuestra soberanía... Mi autoridad emana de vosotros, y ella cesa por vuestra presencia soberana”⁴⁸, sembró para siempre la semilla republicana.

De allí, entre otros, el artículo 3° en cuanto prescribe que jamás nuestra República será patrimonio de persona ni familia alguna y el 9 en cuanto prohíbe -entre otras cosas- los títulos de nobleza, disposiciones ambas que provienen de la Constitución de 1830.

3. Con relación a los llamados Poderes representativos, con el nombre de *Poderes* designa al Legislativo (Sección V), Ejecutivo (Sección IX) y al Judicial (Sección XV).

De esto se desprende que nuestra República adoptó la célebre teoría de separación de poderes.

Gros Espiell ha hecho notar que en nuestra revolución emancipadora Montesquieu es escasamente invocado. “Puede ser -dice- la consecuencia de que Montesquieu era un moderado, un partidario de la evolución y no de la revolución. Como además era monárquico, debió haber habido una resistencia, una inhibición, en cierta forma lógica, a citarlo en un proceso republicano y revolucionario.

Pero esa reticencia no impidió, y no podía impedir, utilizar la esencia de su pensamiento, en especial el relativo a la separación o división de los poderes del gobierno, comprendiendo que este principio de organización política y constitucional era imprescindible para garantizar la libertad y el gobierno moderado en los Estados latinoamericanos que nacían a la vida independiente luego de la Revolución emancipadora”⁴⁹.

En el proceso de la elaboración de la Constitución de 1830 Montesquieu estuvo siempre implícitamente presente”⁵⁰.

Pero para evitar equívocos, debemos aclarar que de la lectura de Montesquieu no se desprende en puridad la necesidad de un Poder Judicial, sin perjuicio de la indispensa-

47. DURÁN MARTÍNEZ, A., “El Referéndum contra las leyes” en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional* ..., pp. 87 y ss.

48. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Documentos para el estudio de la Historia Constitucional del Uruguay*, t. I, Ingranusi Ltda., Montevideo 1993, p. 135.

49. GROS ESPIELL, H., “Montesquieu, la revolución emancipadora latinoamericana y el Derecho Constitucional del Uruguay”, en *Revista de Derecho Público* n° 18, F.C.U., Montevideo 2000, p. 31.

50. GROS ESPIELL, H., “Montesquieu ..., *loc. cit.*”, p. 40.

ble independencia de la función jurisdiccional. En efecto, luego de aludir a los tres dice: “de los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo”⁵¹. Por eso es que en Francia no se habla de Poder Judicial. Desde el punto de vista orgánico se habla de *autoridad judicial* o de *servicios de la justicia* pero, claro está, salvaguardando muy bien la autonomía de la función jurisdiccional.

Fue Estados Unidos el que concibió un verdadero Poder Judicial. Esa es nuestra fuente directa, por lo menos en lo terminológico, a través de Artigas. En efecto, en sus Instrucciones, luego de referirse al Gobierno de la Confederación y al de las Provincias expresó:

Artículo 5º. Así éste como aquél se dividirán en poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Artículo 6º. Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí, y serán independientes en sus facultades⁵².

Aunque la terminología proviene de América del Norte el espíritu de Montesquieu se identifica con estas instrucciones ya que con ellas -como lo pretendía el Presidente del Parlamento de Burdeos- se procura salvaguardar la libertad.

Todas estas Constituciones -desde 1830 a la fecha- han adoptado esta terminología, pero con relación al Poder Judicial lo han regulado de una manera que más recuerda al régimen francés que al de nuestros hermanos del norte.

4. Y esta teoría de división de poderes nos lleva de la mano a la supremacía de la ley -sin perjuicio de la Constitución, por supuesto- colándose aquí una influencia de Locke⁵³ así como de Rousseau⁵⁴, aunque en este caso prescindiendo de las tendencias totalitarias del autor.

Por eso es que los derechos humanos sólo pueden ser limitados por ley en sentido orgánico-formal. Tal es la preocupación por el hombre y por su libertad en el constitucionalismo oriental en todas sus épocas.

IV

1. A los efectos de completar el esquema básico de nuestro Estado de Derecho indicamos muy rápidamente tres aspectos:

- A) la sumisión del Estado al Derecho, incluso al creado por el propio Estado;
- B) la instauración de un control de la Administración tanto interno como externo y dentro de este último de tipo político, financiero y jurisdiccional;
- C) el reconocimiento de la responsabilidad del Estado (artículo 24 y 25) en forma amplia por los perjuicios que cause por sus actos y hechos⁵⁵.

51. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, Editorial Heliasa S.R.L., Buenos Aires 1984, p. 191.

52. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Documentos ...*, op. cit., t. I, p. 147.

53. LOCKE, J., *ob. cit.*, cap. XI, pp. 100 y ss. y cap. XII, pp. 110 y ss.

54. ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, Aguilar, Madrid 1970, en particular p. 32; MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*, Fundación Humanismo y Democracia-Encuentro, Ediciones, Madrid 1993, pp. 57 y ss.

55. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999, pp. 187 y ss.

2. Esto demuestra que el Estado está al servicio del hombre y no al revés.

V

1. La Constitución de 1830 concibió un Estado Unitario. No existía otra persona jurídica estatal aparte del Estado.

2. Por eso algún comentarista reprochó a los constituyentes el haber traicionado las ideas federales de Artigas.

Tal imputación es impropia pues Artigas jamás proyectó el federalismo hacia el interior. Siempre concibió a la Provincia Oriental como un todo. Sus ideas federales tenían una proyección exterior a fin de regular las relaciones de nuestra Provincia con las demás del Río de la Plata.

No debe olvidarse por otra parte que nuestra campaña estaba despoblada, por lo que el sistema que eligieron nuestros constituyentes fue el más sensato en su momento.

3. Pero nuestro territorio de a poco se comienza a poblar y algunas localidades empiezan a adquirir perfil propio. Y en torno a la idea del municipio como institución natural⁵⁶ se gesta la idea de la descentralización territorial.

4. Lo expresado es natural por lo que es común a otras organizaciones políticas, aunque en general el proceso es al revés, primero aparece el municipio y luego el Estado. (En puridad tampoco nosotros somos una excepción si tenemos en cuenta el período de la dominación española).

Pero a lo indicado se agrega un factor más.

Conforme a la Constitución:

- a) al frente de cada Departamento -que, reiteramos, carecía de personería jurídica- había un Jefe Político, funcionario de confianza del Poder Ejecutivo por él designado;
- b) en los hechos, el Jefe Político se constituyó en el árbitro de las elecciones para la Cámara de Representantes y para la Cámara de Senadores (aunque ésta era de elección indirecta los electores se elegían por los Departamentos);
- c) las Cámaras reunidas en Asamblea General elegían al Presidente de la República;
- d) de esta forma, el Presidente de la República tendía a convertirse en el gran elector de sus sucesores.

5. De ahí las luchas por las Jefaturas y de ahí que en nuestro país la descentralización territorial, consagrada en la Constitución de 1918, esté relacionada a asegurar las libertades políticas, fundamentalmente en lo referido a la pureza del sufragio.

6. Con la descentralización por servicios pasó algo parecido.

Ya durante la Constitución de 1830 comienza a gestarse el pasaje del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho al empezarse a revalorizar la dimensión social del hombre -bien presente en los pensadores clásicos pero algo ausente en quienes forjaron el constitucionalismo liberal-, y a acuñarse un fuerte sentimiento de solidaridad.

56. MARTINS, D. H., *El municipio contemporáneo*, F.C.U., Montevideo 1978, pp. 56 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Municipio y Estado", en DURÁN MARTÍNEZ A., *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998, pp. 7 y ss.

Esto hace que el Estado asuma nuevos cometidos, la Administración devenga prestacional y el Estado se convierta en productor de bienes y servicios, es decir, se convierta en empresario.

Pero como su estructura y dinámica no es apta para ejercer actos de comercio se inventa el Ente Autónomo (después surgirá el Servicio Descentralizado), la llamada luego *Empresa Pública* -aunque este término desde el punto de vista jurídico no es del todo exacto ni preciso-; aparece así la descentralización por servicios.

Pero a lo indicado también se agregó una motivación política.

Cedemos aquí la palabra a Martín C. Martínez, protagonista político y jurídico principal de la Constitución de 1918 y redactor de su artículo 100:

Para viciar las elecciones se necesita tener el hombre con que simular al ciudadano, y reclutar el ejército de votantes, más o menos asistido de las condiciones legales, desdoblables, multiplicables, pero positivamente de carne y hueso.

El grueso del contingente lo da el personal de la administración; y así se han abordado costosas iniciativas, más que por un concepto inflado de los fines del Estado, para remontar el electorado oficial.

Van a debilitarlo ahora la atracción que los partidos populares puedan ejercer mediante el voto secreto y entre ellos el avance urbano del socialismo, que ha de manifestarse en la República como en todas partes; pero no lograrán, con todo, suprimir la influencia presionante de más de 40.000 empleados, entre ejército, policía, administración en todas sus ramas, industrias oficiales y municipalidades, que, por las Intendencias, de nombramiento igualmente centralizado, son también agentes de la influencia avasalladora⁵⁷.

...Dar máquina atrás y reducir las funciones del Estado, habría sido ir contra los intereses creados y la corriente del siglo.

Todo camina, en efecto, en el sentido de aumentar el dominio colectivo. La gran industria, con sus medios concentrados de producción, genera monopolios de hecho, de los cuales no puede defenderse el público sino por la intervención del Estado, sea del gobierno central, sea de los gobiernos municipales. Mientras los productores de luz, de aguas domiciliarias, de vehículos, se contaban por millares, la concurrencia defendía al consumo y tendía a regular los precios alrededor del costo de producción, con las desviaciones de ese centro de gravedad, que son inevitables en la complejidad de las transacciones. Cuando a los múltiples productores dispersos ha sustituido el productor único o muy contados productores, la defensa desaparece frente a los que pueden tan fácilmente entenderse e imponer la ley⁵⁸.

...La autonomía municipal arrancará algunos millares de servidores, entre empleados y gobiernos, y centenares de asuntos a la jurisdicción del Ejecutivo. Con todo, nuestro país tiene tal contextura y tradición unitaria y se ofrece tanto al centralismo por su población y pequeño territorio, que jamás la vida municipal alcanzará las proporciones de otras naciones ... De ahí que tan importante como la descentralización por región pueda serlo esa otra que suele llamarse la descentralización por servicio.

Para darles libertad de movimientos y librarlos en lo posible de la influencia política, la Constitución ha preceptuado que tales servicios sean administrados por Consejos autónomos.⁵⁹

O sea, la descentralización por servicios se fundamenta no sólo por un mejor *modus operandi*, libre de influencias políticas que conspiran contra la actividad industrial o

57. MARTÍNEZ, M.C., *Ante la nueva Constitución*. Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 48, p. 65.

58. MARTÍNEZ, M.C., *ob. cit.*, p. 66.

59. MARTÍNEZ, M.C., *ob. cit.*, pp. 74 y ss.

comercial, sino también a fin de sustraer al funcionario-electoral de esos servicios de la influencia del Presidente de la República.

Otra vez, la libertad política y más precisamente la libertad electoral constituyó una causa determinante de la estructura orgánica del Estado.

Es que ese *sentido selvático de la libertad*⁶⁰ que tenía Artigas según Pivel Devoto, que Maggi atribuye en buena medida a su parte cultural charrúa, corre por las venas de todos los orientales.

7. La reforma constitucional de 1997 dio especial importancia a la descentralización. Pero lo hizo en otro sentido y por otros motivos.

En efecto, el concepto de descentralización que hasta ahora hemos empleado es el técnico-jurídico. El mismo implica la ruptura o inexistencia de la jerarquía y su sustitución por -o sin perjuicio de la existencia de- una primacía política o institucional a fin de mantener la coherencia del Estado.

Pero la acepción del término descentralización en los artículos 50 y 230 de nuestra Constitución en la redacción dada por nuestra última enmienda es otra⁶¹. Más bien se acerca al significado natural y obvio según el diccionario, tiene una connotación geográfica y más que a salvaguardar las tendencias naturales (descentralización territorial en su significado jurídico) o a asegurar la eficacia y eficiencia de la actividad (descentralización por servicios en su significado jurídico) o a garantizar la libertad electoral en los dos casos indicados, procura crear centros de desarrollo fuera de Montevideo.

Esto, que es de un innegable interés general, pretende en esencia elevar el nivel de vida de nuestra gente del interior. Una vez más nuestro constituyente al filo del año 2000 mostró su preocupación por el hombre de carne y hueso.

VI

1. Como hemos visto, el siglo XX en lo económico fue marcadamente intervencionista. Pero en los últimos años ha predominado una tendencia distinta más respetuosa de la libertad.

2. El Estado comienza a retirarse como actor en el ámbito económico -como productor de bienes y servicios- sin abandonar desde luego su función en cuanto a la fijación de políticas y al control de la actividad privada.

3. Empieza a sentirse con especial vigor el principio de subsidiariedad⁶²; entramos dentro del Estado Social de Derecho a la etapa del llamado Estado Subsidiario.

60. MAGGI, C., *Artigas y el lejano norte*, Colección raíces/Editorial fin de siglo, Montevideo 1999, p. 33.

61. ESTEVA GALLICCHIO, E., y RISSO FERRAND, M., *Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional* presentado en la Cámara de Senadores en el mes de marzo de 1996, Ingranusi Ltda., Montevideo 1996, pp. 60 y ss. y 104; ESTEVA GALLICCHIO, E., Las políticas de descentralización (arts. 50, 230 inc. 5, 298 núm. 2 y D.T. y E.X), en "Reforma Constitucional 1997", UCUDAL, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Serie Congresos y Conferencias, n° 16, Montevideo 1997, pp. 109 y ss.; CAGNONI, J.A., "Primeras consideraciones acerca de las reformas a la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, F.C.U. n° 10, Montevideo 1997, p. 24; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Relaciones entre el Poder Ejecutivo y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional...*, pp. 153 y ss.

62. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Rol del Estado en la sociedad civil", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional ...*, pp. 109.

EL URUGUAY Y EL MUNDO

I

1. Pradera, puerto y frontera son según nuestros historiadores los tres pilares sobre los que se asienta nuestra nacionalidad.

2. La ganadería, introducida por el Gobernador de Asunción, Hernando Arias De Saavedra (Hernandarias), se constituirá en nuestra principal riqueza y forjará un particular estilo de vida.

Nuestra posición geográfica en la zona de conflicto entre los dominios americanos de España y Portugal hará que recibamos la influencia de esas dos culturas y engendrará un tipo humano distinto.

Montevideo, fundada por el Gobernador de Buenos Aires, Bruno Mauricio de Zabala, para contener el avance portugués, ya instalado en Colonia del Sacramento desde 1680 por obra y gracia de Manuel de Lobo, se convertirá en el principal puerto del Río de la Plata y le permitirá una salida al mundo de sus productos con prescindencia de Buenos Aires.

3. Eso ha ido lentamente configurando un sentimiento sociopolítico especial durante la época de la dominación hispánica primero y luego, a partir de la Revolución de Mayo, cuando se concibieron las Provincias Unidas del Río de la Plata.

4. Pero ese sentimiento especial necesitaba personalizarse. Eso se logró con Artigas. Él fue un perfecto intérprete de la realidad y forjador del Uruguay del futuro por la profundidad de su pensamiento, firmeza de sus convicciones y tenacidad al servicio de ellas. Fue un conductor conducido en la feliz expresión de Ana Ribeiro⁶³.

Semino no hace mucho afirmó: “Sinceramente, creemos que no pueden abrigar dudas acerca de que fuimos formal y sustancialmente independientes, por lo menos a partir del Congreso de Tres Cruces (abril de 1813) y que esa independencia se consolidó, si así puede decirse, desde el momento en que Artigas asume la titularidad del poder público en 1815”⁶⁴. Y más adelante indicó: “...nos parece históricamente exacto, jurídicamente correcto y políticamente evidente, afirmar en alta y clara voz -para que no haya dudas- que Artigas fue el fundador (o creador) de nuestra independencia y que a defender esa independencia consagró su inteligencia privilegiada y su brazo armado firme y generoso... La independencia fue, entonces, lo primero, -tenía que serlo- porque de lo contrario no podía haber confederación, que era lo segundo y para el futuro”⁶⁵.

5. Luego vendrán la Declaratoria de la Independencia de la Florida seguida por su Ley de Unión -el 25 de agosto de 1825- y la Convención Preliminar de Paz de 1828.

Como ejecución directa de este último texto aparece la Constitución de 1830.

63. RIBEIRO, A., “Los tiempos de Artigas”. *El País, El estallido revolucionario*, t. 1, Montevideo 1999, pp. 118 y ss.

64. SEMINO, M.A., *¿Como el Uruguay no hay?* Ediciones El Virrey, Lima 1994, p. 25.

65. SEMINO, M.A., *¿Como el Uruguay...?*, p. 27.

II

1. La Constitución vigente, en sus dos primeros artículos, dice:

Artículo 1º. La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio.

Artículo 2º. Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero.

2. Estas disposiciones provienen con la misma numeración de la Constitución de 1830. La única diferencia radica en que en el artículo 1º en lugar de *La República* se decía *El Estado*. Por consiguiente el artículo 2º, en vez de comenzar por *Ella es*, comenzaba por *El es*.

3. De estos primeros artículos surge nuestra condición de Estado soberano. Esto se desprende de la palabra independiente del artículo 2. Pero surge también que es un Estado basado en la libertad y su razón de ser es precisamente salvaguardarla; de ahí la palabra libre del mismo artículo⁶⁶.

Surge también de ellos que nuestro Estado es considerado una persona jurídica del tipo *asociación* (art. 1º).

Y surge también al comienzo mismo del artículo 1º nuestro nombre: *República Oriental del Uruguay*.

4. Ese nombre vinculado a un accidente geográfico -el Río Uruguay- que llama la atención a todo extranjero que no sea de la región, tiene una honda connotación histórica.

Banda Oriental fuimos durante la dominación española y Provincia Oriental después. Orientales fueron los triunfadores de Las Piedras; oriental fue el pueblo del éxodo; orientales han sido los que en abril de 1813 escribieron la esencia de nuestro Derecho Constitucional; también orientales fueron los que recogieron los laureles de Guayabos; orientales fueron los 33 hombres que desembarcaron en la Agraciada; los representantes de la Florida que a viva voz en la Piedra Alta esparcieron el grito de independencia eran orientales; orientales fueron los héroes de Rincón y Sarandí; orientales fueron los nacidos en esta tierra que pelearon en Ituzaingó; orientales fueron los ocupantes de las Misiones.

Por eso, ante las discusiones que ha provocado el nombre de nuestra República, Jiménez De Aréchaga expresó: "Quizá fuera más directo que nuestro país se llamara Uruguay. Pero esto nos obligaría a abandonar nosotros mismos el nombre de orientales y, en lo que me es personal, siempre me ha parecido más grata la denominación de orientales que la de uruguayos. Tiene un sentido más arraigado, más firme y tradicional que la otra"⁶⁷.

5. El término oriental evoca pues un pueblo con un perfil sociopolítico propio, *libre e independiente*, con un fiero orgullo de su libertad e independencia.

Pero además evoca una relación. Evoca a un pueblo que pretende ser uno pero no solo, sino con otros; pero no con cualquier otro, sino con aquellos que tienen un común origen y una común cultura.

El término *oriental* evoca una pertenencia a una comunidad más amplia. Una comunidad que no ahoga o elimina esa libertad e independencia, sino que por el contrario favorece que ambas se vean aseguradas en su total magnitud en ese contexto más am-

66. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H., *ob. cit., loc. cit.*, pp. 170 y ss.

67. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H., *ob. cit., loc. cit.*, p. 159.

plio. Pertenencia en esas condiciones *et si non, non* como decían los antiguos castellanos.

6. Circunstancias políticas han hecho que a partir de 1870 y en la mayor parte del siglo XX hayamos adoptado una política de encierro y de aislamiento con relación al mundo, sobre todo respecto de nuestros vecinos. En esa época vivimos con ellos como si fuéramos *enemigos naturales*.

Comenzamos a dejar de ser *orientales* para pasar a ser *uruguayos*, pretendiendo así afirmar nuestra identidad libre de molestos vínculos del pasado.

7. Pero las tendencias políticas del mundo cambiaron y esos nuevos vientos agitaron nuestras viejas banderas.

La Constitución de 1967 introduce un segundo inciso al artículo 6° que establece: “La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de los servicios públicos”.

8. Terminó el aislacionismo, se habla ahora de la unidad latinoamericana.

En esa línea apareció la ALALC, luego la ALADI, el CAUCE, el PEC y finalmente a partir de 1990 comenzará a gestarse un proceso de integración de naturaleza diferente: el MERCOSUR.

9. No es esta la oportunidad para hablar del MERCOSUR, nos remitimos al respecto a nuestros trabajos anteriores⁶⁸.

Simplemente ahora diremos que este proceso, que está impulsado por el artículo 6° y debe provocar un nuevo cambio constitucional para poder profundizarse, en cierto sentido, en lo que refiere al Uruguay internacional, nos ha hecho volver a nuestras raíces. De “uruguayos” pasamos otra vez a ser “orientales” en una posición más ventajosa que la primigenia, pues lo recorrido no ha sido en vano.

Es cierto que la región vive hoy una crisis importante que por cierto afecta al MERCOSUR. Pero en esencia ello no altera nuestra afirmación, pues como ha dicho nuestro Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Didier Operti esa profunda crisis “no aflojó la voluntad política en el MERCOSUR”⁶⁹.

REFLEXIONES FINALES

1. Salvo *Dios* que es inmutable, es el Acto Puro, todas las cosas son mutables, es decir, son compuestas de potencia y acto⁷⁰.

La potencia es lo que posibilita el cambio. Pero la potencia no puede existir en estado puro, es decir, sin ningún acto; se pasa de la potencia al acto mediante un ser en acto⁷¹.

2. Si observamos atentamente la filosofía de nuestra Constitución percibimos sin dificultad que toda ella se encuentra en potencia en Aristóteles.

68. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios jurídicos a propósito del MERCOSUR*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999.

69. *El País*, Primera Sección, Montevideo, jueves 14 de marzo de 2002, p. 13.

70. MARITAIN, J., *Introducción a la filosofía*, Club de Lectores, Buenos Aires 1980, p. 214.

71. MARITAIN, J., *Introducción ...*, pp. 215 y ss.

El advenimiento del cristianismo hizo posible los desarrollos de Santo Tomás -a partir del germen aristotélico- que forjaron el sustrato cultural rioplatense a través de la escolástica española.

Las Revoluciones de fines del siglo XVIII posibilitaron forjar en Artigas un pensamiento que ya estaba en potencia en Tomás De Aquino.

La Constitución de 1830 primero y la de 1918 después, recogieron las ideas de libertad e independencia de Artigas y pusieron en acto otras que estaban en potencia en su pensamiento.

Las ideas sociales del siglo XX provocaron el reconocimiento y protección de los llamados derechos de la segunda y tercera generación, -que existen en potencia en la idea de hombre- y el pasaje al Estado Social de Derecho (en sus dos etapas sucesivas) que estaban ya en potencia en el Estado Liberal de Derecho, sobre todo a partir de la Constitución de 1934.

El artículo 6° de la Constitución de 1967, en potencia en el pensamiento de Artigas, contiene a su vez en potencia el MERCOSUR, lo que provocará seguramente otra enmienda constitucional a fin de profundizar el proceso de integración en beneficio de los orientales.

3. Lo expuesto revela que lo que es acto hoy, estaba en potencia en otro ser en acto ayer, y es potencia de otro ser en acto mañana.

4. Esto nos lleva a considerar, prescindiendo de los valiosos aportes filosóficos foráneos indicados -cumbres del pensamiento occidental, desde luego- que todo nuestro sistema constitucional se encuentra en potencia en Artigas.

Artigas, pues, no sólo es como decía Semino el fundador de nuestra independencia, sino también nuestro primer y principal constituyente.

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA¹

Jorge Vélez García

Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

No es posible desconocer que la teoría y la práctica constitucional han venido experimentando profundos cambios. La renovación de la gran mayoría de las constituciones de la América del Sur en la década pasada no es una mera casualidad azarosa ni una simple coincidencia, pues, a pesar de la innegable continuidad histórica de las nuevas cartas políticas, ellas tienen o involucran contenidos e instituciones que permiten considerarlas (o justificarlas en el juicio histórico) como algo más trascendente que una mera repetición del pasado o que el *trasplante* más o menos adecuado de exitosas instituciones foráneas.

Si se observa con atención, es posible apreciar en las nuevas constituciones y en el impulso constitucionalista que las *aviva* una serie de tendencias que aparecen como verdaderas *novedades* normativas dentro de la tradición jurídica de cada país. En el caso colombiano, cuya Constitución puede ubicarse cronológicamente entre las pioneras del movimiento de renovación constitucional suramericano, es posible distinguir, en medio de las líneas de continuidad, algunas nuevas exploraciones, que si bien no son del todo originales, sí resultan ser noveles en tanto partes de la carta política. A manera de ejemplo, resulta ilustrativo examinar tres de las más marcadas tendencias de la nueva Constitución; he las aquí: (1) La tendencia a la *constitucionalización* de importantes sectores del derecho, como por ejemplo el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho administrativo y, por sobre todo, los derechos fundamentales y el derecho internacional humanitario, entre otros. (2) De otra parte, la aparición de un variado elenco de mecanismos de protección de derechos, del que hacen parte acciones como la de tutela, la de cumplimiento, las populares y las de grupo, contribuye a resaltar el papel de la jurisdicción constitucional (que en el caso de la acción de tutela detenta cualquier juez de la república) como protectora de los derechos fundamentales, a cuya configuración normativa ha contribuido sustancialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los mismos. (3) No obstante, quizá lo más destacable de la nueva Constitución sea la profunda ampliación que ésta experimenta, al punto de poderse afirmar que la carta no puede reducirse meramente a los artículos que la conforman, sino que de ella hacen parte otras muchas disposiciones, instituciones, principios, reglas y derechos, que en muchos casos deben buscarse en otras normas y que en no pocos existen a pesar de no encontrarse en ninguna norma. A continuación se intentará realizar una aproximación a los contornos normativos y jurisprudenciales de este último fenómeno, a fin de esclarecer sus relativamente inexplorados tópicos y vislumbrar con un grado razonable de claridad lo que podría ser su desarrollo ulterior.

1. Ensayo elaborado por el Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Jorge VÉLEZ GARCÍA, con destino al homenaje que se rinde al ilustre jurista venezolano, doctor Allan R. BREWER-CARÍAS, con motivo de celebrarse sus cuatro décadas de cátedra y divulgación científica del derecho público.

El pasado reciente es rico en manifestaciones jurisprudenciales mediante las cuales se dan audaces pasos en el camino abierto por la nueva carta política; el propósito de este ensayo es buscar en ese pasado un elenco representativo de pronunciamientos jurisprudenciales, fundamentalmente de la Corte Constitucional, con el objeto de hacerles un seguimiento crítico que posibilite decantar una verdadera estructura coherente sobre la cual sea viable sostener una hipótesis en torno a la condición de norma abierta que es propia de nuestra actual Constitución.

II. DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA

La Constitución ha venido siendo en los siglos recientes uno de los hitos más destacados dentro de la historia política de las naciones occidentales. Una de las primeras obras que hicieron las jóvenes naciones americanas en los albores de su emancipación fue la de darse una Constitución. La Constitución ha sido vista tradicionalmente: (1) como una verdadera norma jurídica, con todas las implicaciones que le son inherentes a esa condición; (2) como una de las más firmes garantías de los derechos de las personas y de los límites al poder (límites trazados por la organización que del mismo hace la carta); (3) como un conjunto de postulados programáticos a realizar por la comunidad política; (4) como una forma de institucionalización del poder político; (5) como la norma primera y fundamental del sistema jurídico, etc.

La Constitución, a lo largo de la historia, ha sido una noción dinámica, cuya comprensión ha dependido de las circunstancias propias de cada época y de los hombres y mujeres que vivieron en ella. Al igual que los conceptos tradicionales, el concepto de Constitución se ha venido *llenando* de renovados contenidos conforme el paso del tiempo y de las personas. Es evidente que algunas instituciones de la ya remota Carta Magna de 1215 o de las Constituciones Aragonesas se mantienen hasta nuestros días, pero no lo es menos que ellas se encuentran dentro de un variopinto elenco de instituciones que, en los ocho siglos que han transcurrido, el ingenio, la necesidad o los desvíos humanos, entre otras muchas fuentes, le han agregado. El dinamismo propio de la Carta, dado su carácter de ente histórico, además de la condición de cambiante que le es inherente, introduce un permanente desafío para la teoría y la práctica constitucionales. Cuando una Constitución se desfasa respecto de las personas que viven con ella, o de las circunstancias de sus vidas, ocurre un profundo distanciamiento entre la norma de normas y la realidad, distanciamiento que se traduce en uno de los más nocivos males de cualquier fenómeno histórico: el anacronismo. El apreciar los fenómenos actuales desde el punto de vista de quien vivió hace cien años es anacrónico; igual veredicto puede darse respecto de la permanencia de instituciones que fueron pensadas con vista en determinadas circunstancias vitales que ya no son las que corresponden con las circunstancias actuales, que ya no se viven, que sólo quedan vigentes en el recuerdo. En tales casos (el anacronismo del sujeto que juzga o el anacronismo de la institución misma), el distanciamiento entre la realidad (lo que es) y la norma (lo que debe ser), genera una notable fractura o rompimiento (lo que debe ser no es), ocasionando la pérdida de fe en la idoneidad de la norma, que pasa enteramente a la memoria por su correlativa contraposición con una nueva realidad que es extraña a lo establecido por las normas. De otra parte, el considerar que el cambio normativo debe ser total, implica también un anacronismo, pues es innegable que el hombre y sus circunstancias, a pesar de cambiar constantemente, mantienen algo en común, algo que permanece, algo que se desarrolla

y se extiende a partir de lo que ha sido: ese núcleo incommovible, ese algo de continuidad que es propio de la vida y de la historia impone el respeto a lo que ha venido siendo la tradición constitucional de cada pueblo. Vivir desde el pasado (pues es imposible vivir literalmente *en el pasado*) es tan anacrónico como vivir sin pasado; la tradición tiene, pues, un valor muy importante para comprender y asumir la novedad, que, por otra parte, nace en el seno de la tradición, se forja a partir de ella, y más que *otra* realidad, es un desarrollo, sea por *afirmación* o por *alteración* o por *negación* de ésta.

Hasta hace pocos años el positivismo campeaba como amo y señor de la teoría y de la práctica constitucionales, pese al empecinamiento de los defensores de otras teorías, como la del derecho natural. El crucial revés experimentado y sufrido por la humanidad con los totalitarismos (nazismo y comunismo) a lo largo del siglo veinte, permitió un replanteamiento de la posición más extrema del positivismo y abrió un espacio para *cuestionar* el texto mismo de la ley. Se admite entonces que la ley no debe cumplirse meramente por *ser la ley*, sino que, a más de ser mensajera de un *sentido* y por ello significar, portar y preservar un elenco de valores, debe hallarse formal y materialmente enmarcada dentro de un espacio de validez jurídica que no puede desbordar. El riesgo de su desbordamiento fue contrarrestado por el control, que se pondría en manos de un juez, sobre esa ley. Al tratarse de un control judicial, era imperativo determinar una *norma de referencia* para que el juez pudiera ejercer su función dentro de unos parámetros dados de antemano. Ese control está dado por la Constitución, a la cual se inviste, sin ninguna disputa, de *supremacía*. La Constitución es así la *norma de normas*, la norma suprema. Si ella constituye un mandato integral, sin necesidad de normas intermedias, puede ser aplicada directamente a las relaciones intersubjetivas. No obstante lo anterior, la Constitución aparece implícitamente presente en todos y en cada uno de sus artículos y en su contexto total. Podría discutirse sobre muchas cuestiones en torno a la Constitución, pero su presencia y conformación existencial es incuestionable.

La norma de normas era un texto hermético, constituía algo así como un circuito normativo cerrado desde el primero hasta el último de sus artículos, pero no más allá de ellos: era eso y sólo eso, nada más. Evidentemente, ese hermetismo no llegaba al extremo de desconocer la presencia en la carta política de normas abiertas, como lo son los principios, en virtud de los cuales la comunidad política ha proyectado, y, en nombre de ella, el juez debe realizar propósitos y alcanzar metas que van más allá de los estrictos límites que se imponen al manejo, por vía de la interpretación, de las reglas. Los principios servían (y sirven) pues, para llenar de contenido y *vitalidad* a la norma que es la Constitución. El punto relevante en el presente análisis es que se ha dado un nuevo paso en el camino, pues de considerar que la Constitución puede contener algunas normas abiertas, a las que se califica como principios, se ha pasado a afirmar que la Constitución en sí misma, en cuanto Constitución, no sólo contiene normas abiertas, sino que también es una norma abierta.

El hablar de la Constitución como una norma abierta exige por lo menos ciertas precisiones preliminares. Se afirma la apertura de la Constitución, en tanto conjunto normativo, por oposición a la visión cerrada (herméticamente cerrada) que de ésta se tenía. La Constitución no puede identificarse solamente con lo que son sus artículos, como parecería ser lo obvio. La apertura implica *algo* nuevo que entra a formar parte de la Constitución. En tanto nuevo, ese *algo*, evidentemente, no hace parte de lo que ya es, de lo que ya está en ella, pues de ser así carecería de novedad; se trata, pues, de algo distinto, de algo que no está en los artículos mismos, de algo que debe agregarse. Así, pues, por de pronto, aparecen dos nuevas cuestiones fundamentales para la teoría y la práctica constitucionales: (1) la Constitución debe ser *hecha, conformada* (¿cómo?, ¿cuándo?,

¿por quién?, etc.) y (2) es preciso conocer y determinar qué es ese *algo* que debe “agregarse” a la carta. Lo más curioso de todo el fenómeno es que la apertura de la Constitución no se hace desde fuera sino que se produce desde dentro, es operada desde la misma carta, de tal suerte que no sería tan aventurado afirmar que la Constitución es una norma abierta, o más precisamente: que la Constitución es una norma que se abre. ¿Cuáles son esas aperturas?, ¿cuál es su alcance?. He aquí precisamente los interrogantes de los que se intentará dar cuenta en el presente ensayo. De momento, ante la necesidad de justificar la hipótesis de que la Constitución es una norma que se abre, séame permitido indicar las aperturas y postergar su exploración para las secciones siguientes. Los artículos 93² y 94³ de la Constitución Política colombiana, que es *norma de normas*⁴, son dos de las principales aperturas que exhibe la Carta; aperturas complementadas con el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona contenido en el artículo 5⁵ y con las garantías sobre su no limitación consagradas en el artículo 214⁶. ¡Se abren con estas disposiciones las dos principales troneras ofrecidas por la propia Carta para la expugnación de su recinto hermético!

III. UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución parecería un enunciado de razón que se confiesa incompleto y que invita a ser completado. La Constitución plantea una tarea pendiente de hacer, y esa tarea es plenitud o completación misma de su contenido. Esto suscita varias cuestiones adicionales o complementarias, que se tornan en asuntos ineludiblemente problemáticos. La Carta Política es una tarea inconclusa, que reclama ser terminada, lo cual lejos de ser una imperfección resulta siendo una ventaja, pues esa condición de permanente apertura convierte a la norma de normas en una materia más adaptable, más versátil y más resistente ante el embate del tiempo, y, por tanto, le brinda una vocación de permanencia más pronunciada.

El principal problema de las normas abiertas (y con mayor razón de las normas que se abren) es el de saber quién y cómo puede llenarlas, de qué manera y en qué medida es

2. Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

3. Art. 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

4. Art. 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

5. Art. 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

6. Art. 214.- Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

dable colmar ese vacío. En principio puede descartarse la alternativa de que el encargado de realizar la tarea de llenamiento sea el mismo artífice de la Carta, su hacedor, puesto que a él le compete la más compleja misión de modificarla o cambiarla y no la de brindarle su sentido pleno. Si se tiene en cuenta que es la misma Constitución la que señala, así sea un tanto genéricamente, la manera en que debe ser llenada, esa misión debe corresponderle, en sana lógica, a su intérprete. No obstante, la alternativa así configurada tampoco parece ser una respuesta satisfactoria, pues al ser la Constitución una norma directamente aplicable a las relaciones intersubjetivas, todos o casi todos podemos ser eventualmente sus intérpretes. Se impone suponer que ante la variedad de intérpretes y de interpretaciones disímiles sobre la manera de llenar las aperturas, podríamos estar ante la compleja circunstancia de contar con tantas Constituciones como intérpretes o interpretaciones haya, lo cual es, sin duda, una grave perturbación de la seguridad jurídica en su cimiento fundamental. Así, pues, parece ser evidente que la conformación de la Constitución mediante el proceso de su *llenamiento*, si bien debe corresponder a uno de sus intérpretes, no puede estar en manos de todos ellos. En tales condiciones, resulta necesario precisar cuál es el principal intérprete de la Carta, es decir: aquella persona u órgano cuya interpretación produce efectos vinculantes para la comunidad en pleno. Dentro de ese orden de ideas, y por lo que atañe al panorama colombiano, aparece con claridad la figura de la Corte Constitucional⁷, a quien la propia Constitución encomienda la misión de ser su *guardián*, lo cual implica necesariamente la tarea antelada y complementaria de *interpretarla*. Es un hecho cierto que la Corte Constitucional interpreta la Constitución. Parece ser otro hecho que en muchos casos la Corte, al momento de interpretar la Constitución, debe cruzar las puertas que esta misma ha abierto, y colmar los faltantes que ha dejado pendientes, a cuya completación o *plenitud* ella misma, con claras voces está convocando. Sin embargo, resta aún establecer en qué tipo de juzgamientos la Corte puede cumplir tal misión, pues en el sistema jurídico colombiano la Corte Constitucional es, además de un Tribunal de Constitucionalidad, el supremo garante de los derechos fundamentales (cuya protección puede solicitarse mediante la acción de tutela). En razón de los efectos propios de cada juzgamiento, que en el caso de los juicios que hace la Corte en tanto Tribunal de Constitucionalidad de la ley (o de otras normas que se asimilan a ésta) son *erga omnes*, todo parecería indicar que ese tipo de juicios, y sólo ese, es el escenario adecuado y propicio para que la Corte se ocupe de integrar o de conformar, con sentido de plenitud, la Constitución. No obstante, dicha integración o conformación, puede y debe ser aplicada o tenida en cuenta en el momento de aplicar, ya sea por la Corte en los juicios de tutela, o por cualquier otro juez o persona, la Constitución a las relaciones intersubjetivas, pues, merced a esa conformación, lo añadido pasa a formar parte de la Carta.

Una vez determinados, así sea preliminarmente, el funcionario y la función, resta saber si ésta puede agotarse definitivamente, o si, por el contrario, está sometida a un permanente proceso de renovación. Si se considera que la Constitución puede completarse definitivamente, a partir del momento mismo en que esto acontezca se estará frente a un texto hermético; pero si se considera que el proceso de completamiento no está nunca acabado del todo, es preciso admitir que la Constitución permanece indefinidamente abierta, en un actual proceso de construcción, a modo de una tarea siempre por hacer, interminablemente, como la tela de Penélope. Si se acoge la segunda alternativa, es claro que el hermetismo de la Constitución pasaría a ser historia, y que, paralelamente, la Constitución se convertiría en un problema, que emerge al plano de problema ontológico, como se verá luego.

7. V., art. 241 y 243 de la Carta Política.

El proceso de conformación de la Constitución, que los doctrinantes, siguiendo el ejemplo de la Francia contemporánea, han denominado *bloque de constitucionalidad*, tiene en la Carta colombiana dos grandes aperturas normativas. La primera de ellas está dada por el art. 93 de la Carta, que establece la incorporación a ella, como textos de su misma especie, es decir: como normas constitucionales, de los tratados y convenios internacionales que cumplan las siguientes condiciones: (1) que se reconozcan, como tales, los derechos humanos y (2) que se prohíba su limitación en los estados de excepción⁸.

La Corte Constitucional colombiana, a partir del año de 1995, con la sentencia C-225 de 1995, dio el primer paso en la exploración de este camino al configurar un *bloque de constitucionalidad* que incorpora a la Carta algunas normas del Derecho Internacional Humanitario. Ese primer arranque será continuado, hasta donde llegan mis informaciones, por las sentencias C-423 y C-578 de ese mismo año, y las sentencias C-135 de 1996, C-040 de 1997 (salvamento de voto), C-327 de 1997, C-358 de 1997, C-467 de 1997, C-191 de 1998, C-568 de 1999, C-582 de 1999, C-708 de 1999 y el auto 078 A de 1999. La exploración detenida de estos pasos jurisprudenciales aparecerá en secciones siguientes.

La segunda gran alternativa que brinda la Carta (ver art. 94) ha sido hasta ahora inexplorada por la jurisprudencia colombiana, pese a ser quizá la más amplia de las dos. Tal vez esto se deba a la carencia de oportunidad para hacerlo o al impacto que causa su profundo contenido; sin embargo, es preciso no dejar pasar por alto que dicho artículo establece lo que podría considerarse como la posibilidad de incorporación del *derecho natural* al *bloque de constitucionalidad*, a despecho de los acérrimos positivistas superstitiosos, que de repente tendrán la enorme sorpresa de encontrar que lo que ayer excluyeron a rajatabla de la Carta, hoy se les ha colado por la ventana. Pese a la existencia de la posibilidad y a su innegable parentesco con el bloque de constitucionalidad, es muy difícil describir cuál ha sido la experiencia colombiana en ese sendero inexplorado, simplemente porque ésta aún no se ha producido, por lo cual es preciso reservar el juicio, o como aconseja la prudencia: suspenderlo, hasta tanto los hechos se produzcan. No obstante lo anterior, bien vale la pena anotar que el *bloque* al que se alude en el artículo 94, al que se podría denominar como bloque de derechos, es mucho más amplio que el aludido en el artículo 93 (al que podría denominarse en principio bloque de las normas que reconocen derechos), pues su escenario va más allá de cualquier norma o de cualquier postulado positivo y se enclava en una de las fuentes radicales de todo derecho: los atributos *in nuce* de la persona humana, y, además, se refiere a cualquier tipo de derecho que, a pesar de no figurar expresamente en ninguna parte del bloque conformado según el artículo 93, sea inherente a esa persona. De tal suerte que en Colombia no existe ningún tipo de excusa para ignorar los derechos de la persona humana, pues ellos, por expresa disposición de la Carta, deben ser reconocidos con el carácter de universales y

8. La Corte Constitucional, en sentencia C-295 de 1993, sostuvo sobre el particular lo siguiente: "El artículo 93 constitucional no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales "prohíben su limitación en los estados de excepción", es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Así las cosas, el artículo 93 de la ley fundamental debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 *ibidem*, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción. En este orden de ideas los derechos humanos, para los fines y propósitos del artículo constitucional en estudio, son aquellos rigurosamente esenciales para el individuo, valga citar a título de ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser esclavizado, torturado, desterrado, desaparecido forzosamente, el derecho a la libertad personal, etc".

erga omnes por todas las personas, ya sea por figurar expresamente en el texto de la Carta, ya por formar parte del bloque de constitucional, por estar contemplados en tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, o por ser inherentes a la persona humana, así no figuren expresamente en los textos anteriores.

IV. LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL

La esencia misma de la Constitución había sido tradicionalmente una cuestión pacífica en la teoría y en la práctica constitucionales colombianas. Podría discutirse sobre la forma de aplicar la Carta, su interpretación, su alcance, sus implicaciones, etc., pero era muy infrecuente cuestionar la naturaleza misma de la norma de normas; respecto de la Constitución era posible formular cualquier tipo de pregunta, menos la pregunta primera, la radical: ¿qué es la Constitución? Se sobreentendía que ese era un asunto resuelto, que la Constitución era un documento en el que se había agrupado ordenadamente una serie de regulaciones en diversos artículos, se afirmaba incluso que ésta tenía una manifestación corporal: era un texto. Bajo tal supuesto, la Carta Política tenía una conformación bien definida: en tanto realidad concreta era un hecho dado, un hecho cumplido. Así, pues, carecía de sentido preguntarse sobre el ¿qué?, pues era obvio que eso sobre lo que se preguntaba ya estaba ahí, tomando cuerpo como objeto, tan concreto y existente como cualquier otro cuerpo concreto del mundo. El problema surge, entonces, en el momento en que lo que aparecía, en tanto norma jurídica, como un documento concreto, tangible, perceptible, de repente se torna en una realidad más abstracta, difusa, por hacer, en un ente nuevo que debe ser conocido, y a la par de ser conocido, conformado. En algo que no está hecho sino que *está haciéndose*.

El habérselas con una realidad cambiante, nunca definitiva, implica un inmenso desafío desde el punto de vista epistemológico. El conocimiento de la Constitución, que antes significaba un descanso sobre lo hecho, sobre lo culminado, un reposo en el saber, se torna ahora en fatiga, en búsqueda, en un constante quehacer, en una incesante indagación, en un proceso que siempre puede avanzar pero que nunca alcanza a finalizar. La Constitución ha dejado de ser simplemente un fundamento para resolver problemas, para convertirse en un problema, y no en cualquier problema, sino en el problema fundamental. La Carta Política ha pasado así de ser solamente un referente obligado para tomar una decisión jurídica a convertirse, además, en la cuestión jurídica a decidir. El juez que realiza el control constitucional no puede simplemente aceptar la Constitución como parámetro de juicio, sino que está en la obligación de conformarla en el llamado bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo que esa misma Constitución señala, para, ahí sí, contar con un referente adecuado para ejercer su función de juzgamiento; es decir: el juez ya no se limita a juzgar la ley a la luz de la Carta, sino que también debe conformar la misma Carta como paso previo a cualquier juzgamiento que lo amerite, complementándola, colmándola.

¿Qué es la Constitución? ¿Lo que actualmente tenemos o reputamos como Constitución es verdaderamente la Constitución? ¿A qué debemos atenernos? ¿Cómo saber qué es la Constitución? Estos y otros interrogantes resultan acuciantes para la comunidad jurídica; ellos se desprenden de la cuestión fundamental: ¿qué es la Constitución?, y sus implicaciones abarcan importantes tópicos de la ciencia jurídica y de la vida social que ésta regula. Podría decirse, ante tales cuestiones, que la Constitución es una norma

abierta, cuyo contenido está, en buena parte, por ser determinado; lo que actualmente tenemos por Constitución es la Constitución pero no toda la Constitución, pues ésta no se agota en un mero texto hermético, sino que involucra otros muchos contenidos, cuyo conjunto configura el correspondiente bloque de constitucionalidad; la Constitución corresponde propiamente al bloque de constitucionalidad, que puede ser más o menos rígido, como ocurre en Francia⁹, o más dúctil o flexible, como ocurre en Colombia, en donde por la remisión misma que hace la Carta, el bloque resulta estar siempre en camino de ser configurado (en permanente configuración), de suerte y manera que esa labor no acaba o culmina en ningún momento, no es un hecho dado sino un constante hacerse. Empero, ¿cómo saber qué es la Constitución? La única alternativa que parece ser viable ante tal interrogante es considerar que el más adecuado referente para saber, con un grado razonable de certeza, cuál es el contenido del bloque de constitucionalidad es auscultar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre juicios de constitucionalidad de la ley o normas jurídicas que le sean equiparables.

El anterior esbozo de respuesta deja descubiertos algunos puntos que resultan muy importantes para el conocimiento adecuado de la cuestión, como por ejemplo: ¿A partir de qué momento se entiende que una norma o un derecho hace parte del bloque de constitucionalidad?, ¿Puede la Corte Constitucional extender los efectos de sus decisiones, en las que integra el bloque, a fechas anteriores a las de sus fallos?, etc. En principio podría pensarse que la decisión del juez de constitucionalidad no hace otra cosa que declarar algo que de suyo ya era así, pues una sentencia no es el conducto adecuado para incorporar una norma que establece derechos o un derecho a la Constitución, merced a su recibo en el bloque de constitucionalidad, pues ello ocurre por una expresa disposición de la Carta. Sin embargo, esta posición resulta demasiado riesgosa de cara a la seguridad jurídica, pues entonces, cualquiera podría considerar, con razón o sin ella, que tal o cual cosa hace parte del bloque de constitucionalidad, y actuar en consecuencia a esta consideración. En vista de ese riesgo, parece más razonable que los efectos de la incorporación de alguna norma o derecho a la Constitución, a través del bloque de constitucionalidad, se surtan después y sólo después de que esa incorporación haya sido hecha por el juez de constitucionalidad. De lo contrario sería muy difícil saber a qué atenerse en materia de la Constitución. Si se acepta lo anterior, es preciso aceptar también que la configuración del bloque de constitucionalidad, que corresponde privativamente a la Corte Constitucional en los juicios de constitucionalidad de la ley, tiene efecto a partir de la sentencia en que esto se opera, así sea sostenible que la naturaleza de norma constitucional de lo incorporado al bloque no dependa meramente de la sentencia que así lo declara, sino de la Constitución misma.

9. Como anota la Corte Constitucional en su sentencia C-225 de 1995 y reitera en la sentencia C-578 de ese mismo año, “Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946”.

V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La jurisprudencia colombiana tardó cuatro años en dar aplicación a lo dispuesto en el art. 93 de la Carta y ha aplazado por más de diez años la aplicación de lo establecido por el art. 94 de la misma. Este antecedente temporal debe ser ilustrativo de la dificultad de la cuestión. Empero, al cabo del tiempo, y más tarde que temprano, el bloque de constitucionalidad ha pasado a convertirse en una realidad, en una profunda realidad, del sistema jurídico colombiano. Con las dificultades propias de quien está dando sus primeros pasos, la jurisprudencia ha experimentado algunos tropiezos, pero a la larga ha sido posible rectificar el rumbo y encaminarse hacia un nuevo paradigma constitucional: el paradigma de una Constitución abierta, de una Constitución que es un proyecto: un sueño por realizar. Seguidamente se hará un recuento sintético de la jurisprudencia existente¹⁰, a la que se ha ordenado cronológicamente, a fin de ilustrar mejor lo concerniente al contorno del bloque de constitucionalidad en Colombia.

La sentencia C-225 de 1995¹¹, que es la pionera en materia de conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia, hace referencia, a manera de cita bibliográfica,

10. Sobre este asunto existe un importante ensayo del profesor UPRIMNY, Rodrigo el cual lleva por título “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, documento que aparece en el libro *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional (volumen I)*, editado en el año 2001 por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

11. La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad.

11. Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del *corpus* normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados”.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados.

12. A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los

a dos fuentes doctrinarias que, al parecer, son las que le han servido de inspiración. Son ellas: *El bloque de constitucionalidad*, del profesor francés Louis Favoreu, documento publicado por el número 5 de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales y a *El consejo constitucional francés*, del profesor español Javier Prado Falcón, obra publicada también por el Centro de Estudios Constitucionales. Bajo el auspicio de las anteriores fuentes doctrinarias y previa mención de las sentencias C-574 de 1992, C-295 de 1993 y C-179 de 1994, la Corte Constitucional, aplicando el artículo 93 de la Carta, incorpora al bloque de constitucionalidad varios convenios o tratados de derecho internacional humanitario, entre los que se incluyen el Convenio de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II sobre esa materia. Por tanto, una parte significativa del derecho internacional humanitario hace parte de la Constitución colombiana, con igual rango y jerarquía que cualquier otra norma constitucional y, obviamente, con prevalencia respecto de cualquier otra norma dentro del sistema jurídico colombiano.

El segundo paso de la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad está representado por la sentencia C-423 de 1995¹², en la cual se examina la cuestión de la even-

Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta...

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueden a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

12. Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias. Son normas intermedias entre las disposiciones del ordenamiento superior y las normas que desarrollan la materia que ellas regulan; sin embargo, ellas no se “incorporan al bloque de constitucionalidad”, como lo afirma en su concepto el Director Nacional de Planeación, sino en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes. Sobre el particular ha expresado esta Corporación:

...la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el estatuto fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo esta-

tual incorporación de las leyes orgánicas al bloque de constitucionalidad¹³. En esta oportunidad la Corte sostuvo que dichas leyes “no tienen el rango de normas constitucionales”, salvo “en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes”.

La jurisprudencia sentada por la sentencia C-225 de 1995 es reiterada y ampliada por la sentencia C-578 de 1995¹⁴, en la cual se incorporan al bloque de constitucionalidad

blecido por las leyes orgánicas (art. 151). (Corte Constitucional, Sentencia C-337 de agosto de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Para esta Sala es inadmisibles dicha tesis, primero, porque tal como se ha expresado, las leyes orgánicas a pesar de tener características especiales y gozar de prerrogativas también especiales, no tienen el rango de normas constitucionales, son normas intermedias entre el ordenamiento superior y las normas ordinarias que desarrollan la materia que ellas regulan, las cuales están sujetas en todo a su contenido; y segundo, porque en un régimen en el que prima la Constitución sobre la voluntad del legislador, el único habilitado para convalidar la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria o vulnerar con su contenido el bloque de constitucionalidad vigente, es el Constituyente.

13. Este tema ya había sido estudiado, en el año de 1971, por el profesor Jaime SANÍN GREIFFENSTEIN, en la obra *La defensa judicial de la constitución*.

14. 3.2 La materia propia de las órdenes militares es el uso de la fuerza con el objeto de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Esa actividad del Estado está sujeta a la Constitución y a las normas del derecho internacional humanitario que con la primera integran, para estos efectos, el bloque de constitucionalidad.

A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, considera la Corte, que al bloque de constitucionalidad se incorporan las normas pertinentes de la ley estatutaria sobre los estados de excepción. Según el artículo 214-2 de la C.P., “Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales”. La citada ley, junto a las normas de la Constitución, integra el bloque de constitucionalidad, que sirve para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten al amparo de los estados de excepción. Es evidente que las normas que, en dichas situaciones extremas en las que el uso de la fuerza legítima puede llegar hasta el máximo límite permitido en un Estado de derecho, no pueden adoptarse bajo ningún concepto, como las que afectan los derechos que se califican como “intangibles”, *a fortiori* no podrán expedirse mediante la legislación ordinaria llamada a regir durante la normalidad institucional. En este sentido, las normas contenidas en la ley estatutaria que regula los estados de excepción que establecen límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anomalía, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad. Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.

4. Teniendo presente el bloque de constitucionalidad -Constitución Política, Derecho Internacional Humanitario, Ley Estatutaria sobre los estados de excepción, en lo pertinente-, la Corte debe entrar a resolver si la norma demandada se ajusta o no a sus disposiciones. En primer término, se analizará si una disposición legal ordinaria referida a la actividad militar, puede exonerar de toda responsabilidad al subalterno que ejecuta la orden y atribuirla exclusivamente al superior que la imparte. En segundo término, se precisará si el deber de advertir la ilegalidad de una orden militar, que la norma radica en el inferior, viola una regla o principio que haga parte del bloque de constitucionalidad. Finalmente, se establecerá si vulneran aquellas reglas o principios, el deber que la disposición acusada impone al subalterno de cumplir la orden militar reiterada y confirmada por escrito por el superior después de que el primero hubiere advertido sobre su presunta ilegalidad.

6. De lo expuesto se desprende que la regla de responsabilidad, contenida en la norma examinada, vulnera el bloque de constitucionalidad, si se interpreta en sentido absoluto.

6.2 La regla legal que exonera de manera absoluta al militar que ejecuta la orden del superior, genera para el subalterno una especie de dispensa jurídica para violar todo tipo de normas. Aunque ningún órgano constitucional puede, por vía normativa o material, ni siquiera bajo los estados de excepción, afectar los derechos considerados intangibles en la Ley 137 de 1994 - que para los efectos de este proceso integra el bloque de constitucionalidad -, el militar subalterno sí lo podría hacer sin enfrentar ninguna consecuencia.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el inciso primero del artículo 15 del D.L. 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declarará que es equívoco, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamen-

algunas normas (las pertinentes) de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, en tanto establezcan “límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o supresión de derechos, durante la anormalidad”. El bloque de constitucionalidad, así conformado, le permite a la Corte emitir una sentencia de constitucionalidad condicionada, en la medida en que considera la norma juzgada constitucional en el entendido que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales, conforme al sentido que a éstos les brinda el bloque de constitucionalidad, no deben ser ejecutadas, y que en caso de serlo no eximen de responsabilidad a quien las ejecuta.

La sentencia C-135 de 1996¹⁵ reitera lo sostenido respecto del bloque de constitucionalidad por la sentencia C-578 de 1995 que, a su vez, había reiterado y ampliado lo establecido por la sentencia C-225 de 1995. Así, pues, resulta indubitable que tanto el derecho internacional humanitario como la ley estatutaria que regula los estados de excepción, en tanto prohíbe la limitación o supresión de derechos durante dichos estados, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, ostentan la condición de normas constitucionales.

En un salvamento de voto a la sentencia C-040 de 1997¹⁶, la Corte Constitucional reitera la pertenencia del derecho internacional humanitario, concretamente del Protocolo II, al bloque de constitucionalidad. Paralelamente, al momento de establecer los efectos de tal incorporación, la Corte sostiene que ello implica, como en efecto lo es, una “verdadera ampliación de la Constitución”. De tal suerte que la jurisprudencia, así sea mediante un salvamento de voto, comienza a reconocer que la Constitución puede ser ampliada y que esa ampliación se verifica mediante la conformación de bloque de constitucionalidad.

tales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4°), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad”.

15. Las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara el estado de conmoción interior...

A este respecto cabe recordar que las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara estado de conmoción interior (C.P. art. 214)”.

16. Incorporación del Protocolo II al bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad sobreviniente parcial de la competencia de la justicia regional.

Según nuestro criterio, el anterior argumento no es válido, pues la sentencia C-150 de 1993 fue anterior a la expresa incorporación del Protocolo II al bloque de constitucionalidad. En efecto, esa sentencia es del 22 de abril de 1993, mientras que el Protocolo II fue revisado por esta Corporación el 18 de mayo de 1995, fecha en la cual la Corte admitió que esas normas humanitarias tenían rango constitucional, en la medida en que eran disposiciones internacionales de derechos humanos, aprobadas por el Congreso, y que no podían ser suspendidas en estados de excepción (CP art. 93).

Según nuestro criterio, la incorporación expresa al bloque de constitucionalidad de esta normatividad humanitaria tiene profundas consecuencias que es necesario asumir con coherencia, pues implica una verdadera ampliación de la Constitución. En este sentido, disposiciones legales declaradas exequibles por la Corte podrían quedar afectadas, a partir de la sentencia C-225/95, de una inconstitucionalidad sobreviniente, por lo cual, frente a una nueva demanda, deben ser nuevamente estudiadas, ahora atendiendo a las normas de derecho internacional humanitario de que trata el instrumento internacional en cuestión.

En efecto, sólo integran el bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones que reúnen los requisitos establecidos por el artículo 93 de la Carta, esto es, que se deriven de un tratado aprobado por Colombia y “que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. Ahora bien, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las garantías judiciales son un derecho limitable en los estados de excepción, pues no están incluidas dentro del listado de derechos no suspendibles establecidos por el artículo 4° de ese instrumento internacional”.

En la sentencia C-327 de 1997¹⁷, la Corte, al ocuparse de estudiar la incorporación al bloque de constitucionalidad de tratados internacionales distintos a aquellos que consagran derechos, en tanto respecto de estos derechos la Carta ha prohibido su limitación en los estados de excepción (art. 93), sostuvo que éstos, si bien tienen fundamento constitucional y se entienden incorporados al sistema jurídico colombiano, “no forman parte del bloque de constitucionalidad”, pues al no cumplir con los requisitos aludidos, la Carta no les confiere la primacía propia de las normas que integran el referido bloque.

La anterior doctrina es reiterada en la sentencia C-358 de 1997¹⁸, en la cual la Corte sostiene que el mero hecho de ser un tratado internacional o una norma incorporada a

17. 3. El carácter excepcional de la detención preventiva, los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad

Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que “no debe ser la regla general”, pero que “su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo”, al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Para responder el cargo formulado, cabe anotar que de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponer así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador.

Así las cosas, si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241 del Estatuto Superior. Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta.

Así las cosas, los tratados internacionales invocados por el demandante, en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad y el hecho de que la Carta política disponga que los derechos en ella consagrados deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales que, por estar ratificados por Colombia tienen fuerza en el ordenamiento jurídico interno, no implica que sin reunir los requisitos a los que se ha aludido, en forma automática adquieran una prevalencia que no les ha conferido la Carta Política que, siendo norma de normas, tiene supremacía (art. 4 C.P.), por lo mismo, el examen abstracto de la preceptiva legal acusada se efectuará tomando como referente la Constitución que es el marco supremo y último para determinar la validez de cualquier norma legal que deba ser confrontada con ella.

Entenderlo de otro modo implicaría otorgarle a las normas de los tratados internacionales el mismo rango de las normas superiores que les sirven de sustento o derivar la inconstitucionalidad de una ley a partir de su comparación con otra norma legal.

18. El hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales. Por lo tanto, la pregunta debe ahora dirigirse a establecer si todos los tratados internacionales firmados por el Estado colombiano integran el bloque de constitucionalidad.

6. Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos princi-

él, no es título suficiente para predicar la necesidad de su incorporación al bloque de constitucionalidad, oportunidad que le sirve para reafirmar la jurisprudencia que sostiene la incorporación al bloque de constitucionalidad del derecho internacional humanitario. De otra parte, en esta sentencia se reconoce la existencia de ciertas normas, como por ejemplo las “leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos”, que a pesar de no tener rango constitucional, “la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias”.

La Corte Constitucional, en su sentencia C-467 de 1997¹⁹, además de reiterar su línea jurisprudencial en el sentido de incluir dentro del bloque de constitucionalidad las nor-

pios y reglas de valor constitucional, esto es, porque “son normas situadas en el nivel constitucional”, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

La Corte ha señalado con claridad “que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

7. Las anteriores consideraciones serían suficientes para excluir del bloque de constitucionalidad las normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, existen también razones procesales y prácticas relativas a la naturaleza del control constitucional ejercido por esta Corte que justifican tal decisión. Según las disposiciones que regulan los juicios ante la Corte, esta Corporación debe efectuar una revisión integral de las normas acusadas, por lo cual debe confrontarlas frente a todas las disposiciones de la Constitución. Si se aceptara que todos los tratados que obligan a Colombia integran el bloque de constitucionalidad, correspondería a la Corte revisar las normas impugnadas con relación a los mandatos del universo de los tratados ratificados por Colombia, lo cual es irrazonable, pues prácticamente ello imposibilitaría un adecuado control por el juez constitucional.

8. Los argumentos expuestos llevan a concluir que los tratados internacionales no constituyen por el solo hecho de serlo parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, elemento de juicio para el examen de constitucionalidad de una norma. Ello significa que, en principio, no constituye motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un trato internacional. ¿Significa lo anterior que el ordenamiento constitucional colombiano erosiona el valor normativo interno de los tratados?. En manera alguna, pues la Corte simplemente está afirmando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado. Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes. Como se ha señalado en esta sentencia, la Carta reconoce fuerza jurídica interna al derecho internacional.

9. Las conclusiones anteriores son aplicables enteramente a la situación bajo análisis: ningún aparte de la Constitución permite considerar que los convenios internacionales sobre relaciones diplomáticas y consulares integran el bloque de constitucionalidad.

19. 6. La Corte considera que la finalidad de estos instrumentos internacionales armoniza claramente con la Constitución pues es una expresión de los principios y reglas propios del derecho internacional humanitario, en el sentido amplio de esta expresión, los cuales, conforme lo establece la Carta, deben respetarse en todo caso (CP art. 214). Por ello esta Corporación ha señalado que esas normas se encuentran integradas al bloque de constitucionalidad y condicionan la validez de las normas de inferior jerarquía. Por ende, ninguna objeción constitucional se puede hacer al contenido general de los instrumentos internacionales bajo revisión, pues la protección de los bienes culturales es un mandato connatural a los principios del derecho humanitario, tal y como esta Corte lo señaló al declarar la inexecutable del artículo 53 del Protocolo I y del artículo 16 del Protocolo II, normas que precisamente establecen que, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención que la Corte revisa en la presente ocasión, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar, o tomar represalias contra tales bienes.

mas (convenios o tratados internacionales) que configuran el derecho internacional humanitario, en tanto establezcan derechos que no pueden ser limitados ni aun bajo los estados de excepción, precisa que dentro del bloque referido se incluyen las normas que prohíben “cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar, o tomar represalias contra tales bienes”, pese a lo cual la trágica realidad nuestra de cada día se empeña en contrariar la normatividad constitucional, como acaba de ocurrir recientemente en el departamento del Chocó, con lo cual queda sentado, una vez más, que no basta con establecer un mandato normativo, así se haga incorporándolo a la Constitución, para que este se cumpla, como los abogados en todas partes del mundo hemos tenido el infortunio de notar.

En el año de 1998, la Corte Constitucional profiere una importante sentencia sobre el bloque de constitucionalidad, en la que se refiere a los diferentes sentidos que puede tener dicho bloque, cuestión que será analizada más detenidamente en la próxima sección. De otra parte, en esa misma sentencia la Corte reitera que los tratados internacionales, cuando ellos no cumplen los requisitos establecidos por el art. 93, no hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque pueden integrarse al bloque en virtud de lo establecido por una norma constitucional diferente, como ocurre efectivamente con el art. 101 de la Carta²⁰.

La sentencia T-568 de 1999²¹, además de aplicar en un caso de tutela la jurisprudencia reiterada sobre la inclusión del derecho internacional humanitario en el bloque de

Además, en la medida en que las normas humanitarias hacen parte del bloque de constitucionalidad, se debe entender no sólo que el Estado debe divulgarlas sino que su estudio es obligatorio en las instituciones educativas (CP art. 41). En particular, la Corte encuentra indispensable el conocimiento por parte de los miembros de la Fuerza Pública de las normas humanitarias, no sólo por ser ellos naturales destinatarios de esta normatividad sino, además, porque la propia Constitución señala que se les deberá impartir la enseñanza de los derechos humanos (CP art. 222).

20. 6. Esta Corporación ha expresado que, de manera general, los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo...

8. Los fundamentos jurídicos anteriores permiten afirmar que la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 e incorporada al derecho colombiano por la Ley 9ª de 1961, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*. En efecto, se trata de un convenio que establece los límites del ejercicio de la soberanía en uno de los principales espacios marítimos del territorio nacional y, en consecuencia, integra el contenido normativo del artículo 101 de la Carta.

En suma, si bien en la actualidad el derecho del mar está constituido por reglas de distinta naturaleza, consuetudinarias y convencionales -razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia internacionales recomiendan que la determinación del derecho aplicable se haga caso por caso, en función del problema específico que haya de resolverse-, lo cierto es que no todas ellas hacen parte del bloque de constitucionalidad, pese a que puedan ser oponibles a todos los Estados en el plano internacional, por tratarse, eventualmente, de normas consuetudinarias”.

21. En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 (*casos de ilegalidad y sanciones*), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

constitucionalidad, realiza un importante giro, quizá un tanto heterodoxo en materia de dicho bloque. Lo primero que puede advertirse de esta conducta heterodoxa es que se asume la noción de bloque de constitucionalidad en un caso de tutela, no sólo reiterando la jurisprudencia contenida en las sentencias de constitucionalidad reseñadas, sino que también incorpora al bloque de constitucionalidad “la constitución de la OIT y los convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción)”, además de otras normas de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos”; luego de integrar el bloque de constitucionalidad de tal manera, el juez procede a sostener que esas normas deben ser interpretadas de “conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93), y los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados (que) hacen parte de la legislación interna (art. 53 inc. 4); con base en tal tesis, el juez concluye que las autoridades colombianas comprometidas en el asunto no aplicaron, por ignorarlo, el derecho aplicable. En esta sentencia, además de incorporar al bloque de constitucionalidad nuevas normas de contenido laboral, se asume una posición compleja (integrativa e interpretativa) del mismo, a fin de resolver un caso con efectos entre las partes. En tales condiciones, esta sentencia significa un rompimiento a la tradición de la misma Corte, que había sido unánime en tratar el tema del bloque de constitucionalidad únicamente en fallos de constitucionalidad de la ley, como debe ser (videm secciones 3 y 4), por lo cual dicha integración no puede entenderse de manera distinta que como un extravío de la jurisprudencia, sin más efectos que los causados en ese caso puntual. Esta conducta extraordinaria y poco ortodoxa de la Corte, ocasionó la inconformidad de los interesados, quienes atacaron la sentencia ante la propia Corte, la cual mediante auto 078 A de 1999²², resolvió la cuestión desvirtuando lo concerniente a la

Concretamente, los derechos laborales de los empleados que resultaron vulnerados con el trámite irregular que se llevó a cabo fueron el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la evaluación de su alcance ha debido tener en cuenta por lo menos, las siguientes consideraciones:

d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados “*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” (art. 93), y “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*” (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos.

Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales.

La Corte deberá entonces, tomar las medidas necesarias para retrotraer los efectos, en lo posible, o reparar el daño causado por la errónea o deficiente consideración de los derechos laborales de los demandantes.

22. Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.

integración del bloque de constitucionalidad, en tanto no se confiere a las mencionadas normas laborales la condición de normas constitucionales, asumiendo la posición de que el bloque fue integrado en ese caso exclusivamente con el propósito de “interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso..”, es decir: el bloque se integró con el fin de dar aplicación a lo dispuesto por el inciso segundo del art. 93 de la Carta. La aclaración precedente permite afirmar que la incorporación de las referidas normas laborales al bloque de constitucionalidad no se hizo porque esas normas tuviesen el carácter de constitucionales, sino para interpretarlas adecuadamente para el caso puntual que se resuelve; por tanto, dicha integración del bloque de constitucionalidad carece por completo de efectos para casos distintos al que se juzgó.

Mediante la sentencia C-582 de 1999²³ la Corte Constitucional reitera la jurisprudencia fijada sobre los sentidos del bloque de constitucionalidad, asunto que será desarrollado más detenidamente en la siguiente sección. De otra parte sostiene que el bloque de constitucionalidad está integrado por aquellas normas que, por su naturaleza, “se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley”, advirtiendo que dicho bloque en *sentido lato* está integrado por: “(i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y (v) las leyes estatutarias”. Igualmente, se reitera la jurisprudencia sobre la exclusión de los tratados internacionales que no cumplen con los requisitos del art. 93 del bloque de constitucionalidad.

Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella “*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

23. 3. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corte, el control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter *supralegal* que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad.

Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deben ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley...

En este contexto, podría decirse que, en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexistencia de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

4. Sin embargo, no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”. En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS

Dentro de la evolución jurisprudencial evidenciada en los fallos de la Corte Constitucional colombiana puede observarse una clara tendencia a atribuir al bloque de constitucionalidad diversos sentidos. Ya se ha podido ver como en la mayoría de las sentencias de constitucionalidad se le da al bloque un sentido integrativo, en tanto se consideran como normas constitucionales todas aquellas que se integran al bloque, y en la única sentencia de tutela comentada se le da al bloque un sentido interpretativo, en tanto las normas incorporadas al bloque no se consideran como normas constitucionales, sino como normas que para ese caso concreto resultan relevantes para la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico. El anterior panorama clasificatorio es ampliado por la misma jurisprudencia de la Corte, fundamentalmente en las sentencias C-191 de 1998, C-582 de 1999 y C-708 de 1999, en las que se reconocen dos sentidos fundamentales para el bloque de constitucionalidad: (1) el sentido *lato* y (2) el sentido *stricto sensu*. Las diferencias entre ambos sentidos y las implicaciones de dichas diferencias serán estudiadas a continuación.

La sentencia C-191 de 1998²⁴ define el bloque de constitucionalidad en sentido *lato* afirmando que este bloque está conformado por “aquellas disposiciones que pese a no

24. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de *supralegalidad*. Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, de las leyes orgánicas (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias (C.P., artículo 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido *lato*, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad.

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Con respecto a la acepción estricta del concepto de bloque de constitucionalidad, esta Corporación ha sentado la siguiente doctrina:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu* (sentencia C-225 de 1995).

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Sobre este punto, la Corporación se ha expresado como sigue:

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos. (sentencia C-358 de 1997).

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un *rango* normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propia-

tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad”. Se trataría de algo así como un bloque *ad hoc*, conformado explícitamente para juzgar la constitucionalidad de la ley, a pesar de que los elementos que lo integran no sean del mismo rango y jerarquía. Dicho bloque estaría conformado por (1) “los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el art. 93 superior”, (2) “las leyes orgánicas (C.P. art. 151)”, (3) “las leyes estatutarias” (C.P. art. 152) y (4) “los tratados que integran el contenido normativo del art. 101 de la Carta”. De otra parte, esa misma sentencia define el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* afirmando que éste está conformado por “aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P. art. 93)”.

En la sentencia C-582 de 1999²⁵, la Corte Constitucional reitera las nociones sobre los dos sentidos del bloque de constitucionalidad señalados en la sentencia precedente. Esta misma jurisprudencia es reiterada también en la sentencia C-708 de 1999²⁶, en la cual se decanta un poco más la noción del bloque de constitucionalidad en el sentido de incluir en su contenido las leyes estatutarias, respecto de las cuales se precisa que “no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición”, salvo que exista un “mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección”.

mente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

25. Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

26. De los criterios jurisprudenciales expuestos, se destaca el hecho de que algunas leyes pueden integrar el mencionado bloque de constitucionalidad en sentido lato, siempre que la propia Carta lo haya ordenado, en forma directa y específica, de manera que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias y logren instituirse como parámetros de un control de constitucionalidad sobre las mismas.

Tal condición fue reconocida para la ley estatutaria que regula los estados de excepción (Ley 137 de 1994), en la Sentencia C-578 de 1995, dado que las normas que “establecen límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anormalidad, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad”, situación reiterada, posteriormente, en la Sentencia C-191 de 1998, antes mencionada.

De manera pues que, el apoyo del demandante en el fallo de constitucionalidad C-191 de 1998, para afirmar categóricamente que la Ley 270 de 1996 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*” -en los artículos que el actor menciona y en forma determinante- integra el bloque de constitucionalidad, fue equivocado por no haber existido en la misma referencia ni análisis pertinente que permitiera llegar a esa conclusión.

Cabe resaltar las materias sobre las cuales tratan los artículos de la Ley 270 de 1996 señalados por el accionante como vulnerados con la preceptiva legal acusada: Así pues, versan sobre el deber de los funcionarios judiciales de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 9°); se refieren a la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial por el daño antijurídico ocasionado con su conducta dolosa o gravemente culposa y definen algunos comportamientos como configuradores de culpa grave o dolo (art. 71) y; por último, atañen a las condiciones éticas del servidor judicial en el desempeño del cargo mediante un desempeño acorde con la dignidad de la función (art. 126).

Con base en los criterios jurisprudenciales mencionados y el contenido normativo de esas preceptivas legales, la Sala concluye que las mismas no pueden invocarse como transgredidas por la disposición *sub examine*, en cuanto no integran el bloque de constitucionalidad *lato sensu*, pues debe insistirse en que no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición, sólo es viable a través de un mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección y en la Carta Política no se observa canon alguno que las reconozca como reglas de valor constitucional, sobre las cuales deba realizarse el control constitucional de la normatividad referente al régimen disciplinario de los servidores públicos.

El bloque de constitucionalidad -como se ha podido ver- comparte las vicisitudes propias de su novedad; los primeros pasos de la jurisprudencia constitucional al respecto no han estado exentos de traspies o de tropiezos; sin embargo, a pesar del breve tiempo transcurrido (menos de 7 años), ya se van perfilando con cierto grado de claridad algunas líneas jurisprudenciales en torno a la cuestión. Desde un comienzo se había advertido el carácter abierto del bloque de constitucionalidad, y la correspondiente exigencia de su permanente construcción, así que no es de extrañar que la mayor parte de la tarea esté pendiente aún. La apertura obrada por la Constitución (que va de adentro hacia fuera), implica también una apertura en la jurisprudencia sobre ella, generando en ambos campos oportunidades coyunturales para el desarrollo de la teoría y la práctica constitucionales, labor en la que los Académicos debemos también tomar parte desde la tribuna de la crítica. Ese quizá es el principal desafío que plantea la noción de la constitución como norma abierta, y de su producto inevitable: el bloque de constitucionalidad.

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

Claudia Nikken

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Escribir sobre temas de derecho público para honrar a Allan R. Brewer-Carías no es tarea fácil. Su vasta obra escrita y su trayectoria como jurista integral dificultan, en efecto, el análisis de sus puntos de vista sobre las instituciones constitucionales y administrativas. Es por ello que, para honrar a quien ha sido más que un maestro, hemos preferido escoger un tema de derecho constitucional muy puntual y, sobre todo, poco tratado: la validez de una constitución, en específico, la validez de la Constitución del 30 de diciembre de 1999.

La mencionada Constitución es el resultado de un proceso contrario a las previsiones de la Constitución del 23 de enero de 1961, es decir, de una *revolución*¹. Esa irregularidad no se traduce en la invalidez de la nueva Constitución, pues la validez de ese acto reposa sobre la eficacia de su norma fundamental y no sobre su regularidad.

En efecto, Kelsen señalaba que la validez de una constitución positiva reposa sobre la validez de su norma fundamental. Por su parte, la validez de esa norma fundamental reposa sobre su eficacia y no sobre su regularidad, pues se trata de un acto meta-jurídico que, en consecuencia, no puede ser creado o modificado por medios jurídicos. La norma fundamental es creada o modificada por medio de una *revolución*, llevada a cabo, bien por autoridades legítimas a través de una revisión constitucional irregular, o bien en virtud de una usurpación de autoridad. En ambos casos, la nueva constitución positiva se tiene como válida si la norma fundamental es eficaz, es decir, “*si los individuos cuya conducta es regulada por el nuevo orden se comportan efectivamente, en su conjunto, de acuerdo con el nuevo orden (...). Si los revolucionarios fracasan, si el orden que intentan instaurar resulta ineficaz, entonces su empresa no será interpretada como un acto jurídico de creación del derecho, sino como un crimen de traición, y ello en virtud de la vieja constitución (...) y de su norma fundamental específica*”².

Si nos atenemos a lo antedicho, para determinar si la Constitución promulgada el 30 de diciembre de 1999 es válida, bastaría con establecer si su norma fundamental es eficaz. Ahora bien, ¿es verdaderamente esa la constitución positiva venezolana?

La duda se presenta en virtud de la instauración de un régimen de transición por la Asamblea Nacional Constituyente, sistematizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, luego de la sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999.

1. Aunque sabemos que existen opiniones divergentes a ese respecto, es necesario convenir en que la Constitución de 1961 no preveía en su texto la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente “con el objeto de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”. Tampoco establecía la posibilidad para el pueblo, titular de la soberanía, de expresarse mediante referendos, salvo en el caso de la reforma de la Constitución, que debía ser sancionada a través de ese mecanismo. Por último, el artículo 250 de esa Constitución establecía expresamente que la misma no perdería su vigencia si era derogada por acto de fuerza, o por medios distintos a los previstos en ella.

2. KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique)*, Bruylant – LGDJ, Col. La pensée juridique, París 1997, p. 172.

Por ello, en el presente análisis abordaremos, en primer lugar, la cuestión inherente a la vigencia de la Constitución del 30 de diciembre de 1999 y, en segundo lugar, el tema de la eficacia de su norma fundamental.

I. LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA?

Para poder hablar de *constitución positiva*, es necesario que la misma sea jurídicamente exigible y, en consecuencia, aplicable en un Estado determinado; en otros términos, esa constitución debe estar *vigente*.

En Venezuela, la exigibilidad y la aplicabilidad de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999, es decir, su entrada en vigencia, dependía de su publicación en la Gaceta Oficial, según lo establece la disposición final de la misma. Esa publicación tuvo lugar el día 30 de diciembre de 1999, como puede constatarse de la Gaceta Oficial N° 36.860 de esa fecha.

Ahora bien, ¿está esa Constitución realmente vigente?

Nominalmente, la respuesta a la pregunta formulada es afirmativa: nadie niega que la Constitución fue publicada en la Gaceta Oficial ni que, conforme a lo establecido en su disposición final, la misma entraría en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

Ahora bien, la cuestión de la vigencia de un acto jurídico no se limita al cumplimiento de la *formalidad* consistente en su publicación. Esa vigencia atiende a la efectiva exigibilidad y aplicabilidad del acto jurídico en cuestión. En otros términos y a manera de ejemplo, el hecho de que una ley publicada ordene que un hombre se transforme en mujer, no hace posible esa transformación.

Es por lo anterior que es dable preguntarse si la Constitución publicada el 30 de diciembre de 1999 está efectivamente en vigencia. Para dar respuesta a esa interrogante, es necesario analizar la ausencia de regulación de la transición en esa Constitución, así como las sucesivas modificaciones efectuadas en su texto luego de su sanción popular el 15 de diciembre de 1999.

1. La ausencia de regulación de la *transición* en la Constitución del 30 de diciembre de 1999

Una de las condiciones esenciales para la entrada en vigencia, es decir, para la *exigibilidad* y la *aplicabilidad* de una nueva constitución, es el establecimiento de un conjunto de normas que definan la manera en que se dará inicio a esa aplicación.

En efecto, el surgimiento de una *nueva* constitución tiene lugar cuando se *crea* un nuevo Estado, o bien, cuando dentro de un Estado ya existente se produce un *cambio constitucional*. En ambos supuestos, el fundamento del ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento desaparece, dando paso al fundamento de un nuevo orden. En otros términos, se extinguen los órganos que antes ejercían el poder público y quedan derogadas las normas que definían o delimitaban el ejercicio de ese poder, al tiempo que se crean nuevos órganos y normas definitorias del ejercicio del poder.

Ahora bien, para que pueda surgir el nuevo orden, es necesario que su fundamento, la nueva constitución -o bien un acto de valor constitucional anterior-, determine el ele-

mento subjetivo de los órganos que habrán de aplicarla de manera *originaria*. En otros términos, esa constitución debe definir la oportunidad, los mecanismos y las condiciones que regirán para la *designación* de los titulares de los nuevos órganos del poder público. Además, debe prever de manera expresa quiénes ejercerán la autoridad hasta el momento en que tenga lugar esa *designación*.

Lo antes descrito es lo que comúnmente se denomina *régimen de transición*, que no es más que el conjunto de normas que *permite* el paso de una constitución a otra; que demarca el fin de la vigencia de una constitución y permite la entrada en vigencia de una nueva, es decir, su exigibilidad y su aplicabilidad desde un punto de vista jurídico.

La Constitución sancionada en Venezuela el 15 de diciembre de 1999 no establece régimen de transición alguno en ese sentido. Tampoco define quién y cómo debe adoptarse ese régimen de transición.

En efecto, de la lectura de las dieciocho disposiciones transitorias contenidas en la nueva Constitución venezolana, no aparece norma alguna que señale quiénes deben ejercer el poder público hasta tanto tenga lugar la designación de los titulares de los órganos recién creados, ni la oportunidad, los mecanismos o las condiciones que regirán para esa designación.

Ello es particularmente grave, dado que la nueva Constitución modifica sustancialmente el elemento subjetivo de los órganos que ejercen el poder público tanto a nivel nacional, como a nivel estatal y municipal. Así, por ejemplo, se eliminó el carácter bicameral del órgano legislativo nacional; se modificó la duración del mandato de los titulares de los órganos existentes; se establecieron condiciones y procedimientos distintos para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República, de los miembros del Consejo Nacional Electoral; se modificó la estructura del Tribunal Supremo de Justicia; se creó la Defensoría del Pueblo; etc.

Por lo anterior, difícilmente podía pensarse que las autoridades *designadas* hasta el momento de la entrada en vigencia de la nueva Constitución podían continuar en el ejercicio de sus cargos, poniendo en práctica las atribuciones que les fueron asignadas en la nueva Constitución, como ocurrió, por ejemplo, luego de la entrada en vigencia de la Constitución del 23 de enero de 1961, sobre todo con los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo.

Esa *laguna* hubiera podido ser evitada mediante la *delegación* a la Asamblea Nacional Constituyente de la facultad de definir el régimen de transición una vez sancionada la nueva Constitución o; si la misma Asamblea Nacional Constituyente, antes de someter a referendo el proyecto de constitución que preparaba, hubiera definido ese régimen de transición, dado que su vasta competencia se lo permitía hasta el momento en que fuera sancionada la nueva constitución.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue llamada a *transformar el Estado y a crear un nuevo ordenamiento jurídico*. De allí que su competencia no se limitara a la preparación de un proyecto de constitución que, a todo evento, debía ser sancionado popularmente mediante referendo, sino que podía *legislar* desde el momento en que no fue llamada simplemente a *fundar* un nuevo ordenamiento jurídico, sino a *crearlo*. Por demás, la Corte Suprema de Justicia -entonces en pie- declaró que la *legislación* emanada de la Asamblea Nacional Constituyente tenía valor constitucional y que, por demás, pasaba a conformar el régimen de transición que regularía el ejercicio del poder

público fundado en la Constitución de 1961, hasta la efectiva entrada en vigencia de la constitución que entonces se elaboraba³.

Sin embargo, como ya se dijo, la Asamblea Nacional Constituyente no estableció ni en el proyecto de constitución que sería sometido a referendo, ni en actos anteriores, el régimen de transición que permitiera la efectiva entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Así, dada la ausencia de regulación de las normas que debían regir entre la Constitución de 1961 y la de 1999, es jurídicamente imposible sostener que esta última pudiera entrar en vigencia, es decir, que fuera exigible y aplicable. ¿Quién ejercería el poder legislativo a nivel nacional, luego de extinguidos el Congreso de la República y la Asamblea Nacional Constituyente? ¿Qué duración tendría el mandato del Presidente de la República, electo según las normas definidas por la Constitución de 1961? ¿Quién designaría –y cómo– a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General y al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo? ¿Podían continuar en el ejercicio de sus funciones los miembros del Consejo Nacional Electoral?

2. Las modificaciones de la Constitución

El enorme vacío normativo que apareció luego de la sanción de la nueva Constitución venezolana, provocado por ella misma, *obligó* a la Asamblea Nacional Constituyente a establecer un régimen de transición que, posteriormente, fue complementado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así surgió la más grave de las modificaciones que ha sufrido la Constitución sancionada popularmente el 15 de diciembre de 1999.

Ahora bien, esa no es la única modificación de la Constitución. Existen otras resultantes de las dos publicaciones sucesivas de que la misma ha sido objeto.

A. La *constitución* de un régimen de transición

La sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999 provocó, en el ordenamiento jurídico venezolano, un vacío normativo de inmensas proporciones. Ante esa situación, provocada por ella misma, la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar una serie de actos que regirían la transición entre las dos constituciones. Así, dicho órgano emanó, por una parte, el Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999⁴ y, por la otra, el Estatuto Electoral del Poder Público el 30 de enero de 2000⁵.

De esa manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció, desde antes de la promulgación de la nueva Constitución –pero luego de su sanción– las normas que regirían la transición entre ésta y la del 23 de enero de 1961⁶.

3. CSJ-CP, 14/10/1999, Decreto de organización del Congreso de la República.

4. Publicado en la *G.O.* n° 36.857 de fecha 27 de diciembre de 1999 y reimpresso por error material en la *G.O.* n° 36.859 del 29 de diciembre de 1999.

5. Publicado en la *G.O.* n° 36.884 de fecha 2 de febrero de 2000.

6. Sobre el *proceso* de instauración del régimen de transición, ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 343-374; 381-400.

Ahora bien, las normas en cuestión fueron dictadas por una autoridad *incompetente*: si materialmente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar, además de su estatuto de funcionamiento, otros actos jurídicos, temporalmente estaba limitada para ejercer su función creadora y transformadora. Ese límite temporal era el momento de la sanción (o el rechazo) de la nueva Constitución: después de ese momento, sólo podía proclamar el resultado del referendo y, de resultar aprobatorio, promulgar la nueva Constitución.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada como órgano *extraordinario* que, por la misma razón, detentaba un mandato *temporal*. A ese órgano extraordinario se le confirió el carácter de instancia decisoria del poder constituyente, es decir, se le confirió la potestad, principalmente, de adoptar un proyecto de constitución⁷, cuya sanción definitiva se reservó el pueblo, titular del poder constituyente. De allí que, una vez cumplido el fin para el cual fue creada, la Asamblea Nacional Constituyente debía cesar en sus funciones, salvo que el titular del poder constituyente, es decir, *el pueblo*, previera otra cosa en las *disposiciones transitorias* de la nueva Constitución. Ello, muy a pesar de que las Bases Comiciales sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente señalaban que dicha Asamblea funcionaría por ciento ochenta días: se trataba del límite máximo de tiempo que podía tomarse la Asamblea Nacional Constituyente para adoptar el proyecto de constitución que le fue encomendado.

En el mismo orden de ideas, es necesario tomar en consideración que, a tenor de lo establecido en esas Bases, la Asamblea Nacional Constituyente debía declarar sancionada la nueva Constitución si el número de votos afirmativos expresados en el referendo convocado a tal fin era superior al número de votos negativos y, posteriormente, promulgar esa Constitución, ordenando su publicación en la Gaceta Oficial. De tal manera, una vez realizado el referendo constituyente, la Asamblea no podía más que proclamar la sanción de la nueva Constitución y ordenar su publicación, dado que, en el texto sancionado, no se le otorgó facultad alguna, salvo la de adoptar la ley especial relativa al Distrito Capital. Admitir lo contrario sería tanto como afirmar que el órgano legislativo (órgano ordinario y permanente) puede, luego de haber sancionado el texto de una ley, modificarlo mientras la autoridad encargada de su promulgación procede a ello.

Es por lo anterior que consideramos que, al haber procedido a dictar las normas que regirían la *transitoriedad* a partir de la publicación de la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente *constituyó* un régimen de transición, *usurpando*, primero las *funciones* y, posteriormente, la autoridad del pueblo soberano. En otros términos, actuó como una *junta de gobierno provisoria*, emanando actos *constituyentes* no previstos en el ordenamiento jurídico vigente, tal como sucede luego del acaecimiento de un *golpe de Estado*, con la variante de que, generalmente, esos actos aparecen *antes* de que surja el cambio constitucional que resulta del *golpe de Estado*, y no después.

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo ha dado aval a la irregular actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que, además, se ha permitido perfeccionar y complementar el régimen de transición

7. Sobre este concepto, ver BEAUD, O., *La puissance de l'État*, PUF, Col. Léviathan, p. 296. V., también, NIKKEN, C., *La Cour Suprême de justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado presentada en la Universidad Panthéon-Assas (París II), París 2001, p. 396.

definido por ésta, siendo la más *notable* de sus decisiones la relativas a la duración del mandato presidencial -que fue extendido por un lapso de cinco meses-⁸.

De lo anterior aparece que no es posible afirmar que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 esté *efectivamente* vigente: ninguno de los órganos del poder público puede fundamentar su autoridad en esa Constitución y, en consecuencia, no resultan exigibles las normas aplicables al ejercicio de esa autoridad.

B. Las *publicaciones* de la Constitución

Además de la modificación resultante de la instauración de un régimen de transición por autoridades manifiestamente incompetentes para ello, la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 ha sufrido otras en sus sucesivas publicaciones.

En primer lugar, es necesario señalar que, como lo han advertido diversos autores e, incluso, integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, el proyecto sometido a referendo el día 15 de diciembre de 1999 y, por lo tanto, sancionado como Constitución en esa misma fecha, no se corresponde con el publicado en la Gaceta Oficial el 30 de diciembre de 1999⁹.

Aunado a lo anterior, el 24 de marzo de 2000 fue reimpreso el texto de la Constitución, con el pretexto de corregir *errores de gramática, sintaxis y estilo*, lo que es a todas luces inadmisibile, pues ello implica cambios en el texto constitucional aprobado por el pueblo. Además, como lo señala Brewer-Carías, con esa excusa *se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional*¹⁰. De hecho, el Fiscal General de la República, quien introdujo un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a objeto de que ésta determine cuál es la Constitución vigente, detectó cambios en ciento setenta y nueve artículos, la mayoría de fondo y de forma¹¹.

Esa *reimpresión* de la Constitución está precedida de la publicación de su supuesta *Exposición de Motivos*, que aparece aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero de 2000. No volveremos sobre el tema del límite temporal de la competencia de la Asamblea, sin embargo es necesario señalar que esa actuación es el resultado tanto como la propia reimpresión de la Constitución, de una usurpación de autoridad.

En efecto, como aparece de esa publicación, la Asamblea Nacional Constituyente, esgrimiendo el “ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste (el pueblo soberano de Venezuela) mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y en concordancia con el Artículo 1º del Estatuto de funcionamiento de la *Asamblea Nacional Constituyente*”; decreta la siguiente *Exposición de Motivos* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8. TSJ-SC, 5/4/2001, *Francisco Encinas Verde y otros*.

9. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, 3ª edición, Caracas 2001, pp. 282-289.

10. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, cit. p. 403.

11. V., el diario *El Universal*, Caracas del 10 de diciembre de 2000, p. 1-4. Por su parte, el abogado ESCARRÁ, Herman quien presidió la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó doscientas setenta y ocho *reformas* al texto constitucional (ver el diario *El Universal* Caracas de 13 de diciembre de 2000, p. 1-4.).

Esa publicación es absolutamente írrita. Por una parte, la *exposición de motivos* de la Constitución nunca fue sometida a consulta popular, de manera que el pueblo nunca conoció los *motivos* de la Constitución. Además, para la fecha de la publicación de esa *exposición de motivos*, la Asamblea Nacional Constituyente estaba ya disuelta, por lo que mal pudo haber ordenado su publicación.

A todo evento, la Ley de Publicaciones Oficiales establece, como único motivo de reimpresión de un acto, *la evidente discrepancia entre el original y su impresión*, esto es, en el caso, la disconformidad entre la Constitución sancionada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y la Constitución impresa en la Gaceta Oficial N° 36.860 de 30 de diciembre del mismo año. No puede entonces tratarse de la corrección de “errores de gramática, sintaxis y estilo” cometidos por la autoridad encargada de elaborar y adoptar el proyecto de Constitución: corregir la obra del poder constituyente se traduce, necesariamente, en la vulneración del fundamento mismo del principio de separación de poderes que rige en todo Estado que se pretende democrático.

De todo lo antes expuesto resulta que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no está vigente, ni siquiera desde un punto de vista formal, pues su texto, tal como fue sancionado, nunca ha sido objeto de publicación en la Gaceta Oficial.

II. SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL

El que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no sea *jurídicamente* exigible o aplicable en razón de la ausencia de definición del régimen de transición, no implica necesariamente que su norma fundamental sea inaplicable.

Ahora bien, para determinar si la norma fundamental de la Constitución es eficaz y, por ende, si esa Constitución es válida, es necesario definir, en primer término, en qué consiste esa norma fundamental.

1. La norma fundamental de la Constitución

La norma fundamental de una constitución es, según Kelsen, una norma hipotética de la que resulta la validez o, mejor, la regularidad de esa constitución. Según su propia expresión, una constitución es válida, pues se entiende que ha sido dictada conforme a su norma fundamental, que no es un acto jurídico, dado que sobre ella no existe, en la jerarquía de las normas, acto alguno que establezca el procedimiento atinente a su confección¹².

Sabiendo que Kelsen rechazaba el incorporar a la ciencia del derecho instituciones que no fueran jurídicas -como es el caso de la norma fundamental-, es útil aproximarse a la *Teoría de la Constitución* de Schmitt a los efectos de entender en qué consiste esa norma.

Para Schmitt, en efecto, una constitución “reposa sobre una decisión emanada de un ser político relativa al género y a la forma de su propio ser. El término *voluntad* define la naturaleza esencialmente existencial de ese fundamento de validez. Esa decisión política es tomada “por cualquier expresión discernible de (la) voluntad global directa”. De

12. KELSEN, H., *op. cit.*, p. 172.

hecho, la voluntad constituyente del pueblo “se ubica antes y sobre todo procedimiento fijado por leyes constitucionales”¹³.

De lo anterior aparece que la norma fundamental de Kelsen no es otra cosa que la decisión política fundamental de Schmitt¹⁴.

Ahora bien, ¿cuál es la decisión política que fundamentaría la validez de la Constitución de 1999?

Para dar respuesta a esa interrogante, es necesario trazar, aunque sea de manera sucinta, el proceso de formación de esa Constitución.

Para ello, debe recordarse que la *ruptura* del hilo constitucional o *revolución* ocurre de dos maneras. La clásica, que consiste en la usurpación de autoridad, es decir, en la deposición de las autoridades *legítimas* según la Constitución en vigor y su sustitución por autoridades *de facto*; o, la modificación de la Constitución, siguiendo vías distintas a las previstas en ella.

Esas dos formas de *revolución* estaban naturalmente proscritas por la Constitución de 1961, cuyo artículo 250 establecía que la misma *no perdería su vigencia si dejaba de observarse por acto de fuerza o era derogada por cualquier medio distinto del que ella misma disponía*.

El Presidente Chávez fue electo conforme a la Constitución de 1961, de manera que mal puede afirmarse que su llegada al poder signifique la *ruptura* del hilo Constitucional. Sin embargo, siguiendo los dictados del Presidente, la Constitución de 1961 fue derogada o, en términos más precisos, abrogada, por medios distintos de los previstos en ella.

De hecho, recordemos que al momento de tomar posesión de su cargo, el Presidente Chávez emitió el siguiente pronunciamiento:

Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Constitución adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro.

Ese pronunciamiento es conforme al eje de su campaña electoral, que estuvo centrada en la derogación o, más técnicamente, en la abrogación de la Constitución de 1961, por medios distintos a los previstos en ella.

El discurso del entonces candidato a la presidencia de la República dio pie a la apertura de un vasto debate político sobre la posibilidad de utilizar el referendo consultivo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política, con el objeto de consultar al pueblo sobre la conveniencia o no de convocar una asamblea constituyente.

Es por lo anterior que, el 28 de octubre de 1998, un grupo de abogados ocurrió por ante la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, a los fines de solicitar la interpretación del artículo 181 de la referida ley orgánica, partiendo del principio de que tal norma sólo permitiría consultar al cuerpo electoral, sin que la opinión manifestada por éste pudiera servir como fundamento para convocar una asamblea constituyente pues, para ello, era necesario reformar la Constitución.

13. SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution*, PUF, Col. Léviathan, París 1993, p. 212.

14. Se hace la aproximación, aun conociendo las diferencias esenciales existentes en las teorías construidas por ambos autores y, a pesar de las diferencias personales que los separaron a raíz de la instauración del régimen nacional-socialista.

Ese recurso de interpretación no fue decidido de inmediato: los hechos muestran que la Sala Político-Administrativa esperaba el resultado de la elección presidencial.

En efecto, luego de la elección de Hugo Chávez Frías como Presidente de la República el 6 de diciembre de 1998, la Fundación para los Derechos Humanos (FUNDAHUMANOS) interpuso un nuevo recurso de interpretación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia; ello el 16 de diciembre de 1998.

Los dos recursos fueron decididos por separado el mismo día, esto es, el 19 de enero de 1999, por la Sala Político-Administrativa. En ambas sentencias se estableció que el referendo consultivo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política podía ser utilizado para recoger la opinión del cuerpo electoral sobre cualquier materia de especial trascendencia nacional distinta de las expresamente excluidas, incluso la relativa a la convocatoria de una asamblea constituyente. Valga señalar, sin embargo, que la decisión de principio emanada de la Sala Político-Administrativa es la correspondiente al segundo recurso de interpretación interpuesto, contentándose la relativa al primero a ratificarla.

Como fundamento de la decisión adoptada, la Sala Político-Administrativa acogió la noción de poder constituyente originario, distinguiéndolo del poder constituyente derivado o poder de revisión. En tal sentido, señaló que el pueblo, como titular del poder constituyente originario, no estaba sometido a limitación alguna, pudiendo expresarse de cualquier forma, incluyendo el referendo consultivo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. De hecho, la Sala Político-Administrativa afirmó que el referendo consultivo en cuestión es un *derecho inherente a la persona humana*.

En todo caso, con el objeto de evitar la *desviación* del referendo consultivo hacia una consulta plebiscitaria, en la decisión de principio se establece que el mismo debe tener por objeto un texto normativo o un proyecto. Por último, la Sala Político-Administrativa, con fundamento en todo lo anterior, afirmó el carácter vinculante del referendo consultivo en cuestión.

Las sentencias antes sintetizadas resultaban contrarias a la Constitución de 1961, entre otras razones, porque: 1) el referendo previsto en la ley interpretada no podía servir, ni siquiera, para consultar sobre la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, pues tal referéndum no podía tener por objeto la revocatoria de mandatos populares y, en el caso, se pretendía la revocatoria parcial del mandato de los miembros del Congreso en cuanto a sus facultades *constituyentes* (derivadas); 2) el referendo consultivo no es un derecho inherente a la persona humana, sino un medio de participación ciudadana (que sí es un derecho), que no se traduce en el ejercicio de la soberanía: los actos soberanos del pueblo, según la Constitución de 1961, eran la elección popular de los representantes y el referendo previsto para aprobar la reforma constitucional; 3) un referendo de rango sub-legal no puede fundamentar la modificación de la Constitución.

La Sala Político-Administrativa, con apego a la Constitución entonces vigente, debió declarar que si la intención presidencial era convocar una asamblea constituyente, lo que correspondía era que el Congreso, mediante el procedimiento de reforma, creara esa figura, estableciendo su composición y forma de elección, así como su *competencia*, reforma ésta que debía ser aprobada por el pueblo mediante referéndum¹⁵.

En todo caso, lo antes narrado configura la norma que fundamentaría la validez de la Constitución de 1999: si la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada

15. V., al respecto, NIKKEN, C., *op. cit.*, pp. 357-387.

Corte Suprema de Justicia no hubiera declarado que era conforme a derecho utilizar el mecanismo legal del referendo consultivo para establecer si el pueblo consideraba o no conveniente convocar una asamblea constituyente, esa Constitución no habría sido adoptada.

Esa norma fundamental supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer esa soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución.

Ello, aunque a simple vista parezca coherente con el principio de la soberanía popular, se traduce, en el mejor de los casos, en lo que ha sido denominado *neo-absolutismo*, es decir, en un régimen en el cual el poder absoluto del monarca del antiguo régimen es ejercido directamente por el pueblo¹⁶ o; en el peor, en un elemento del denominado *cesarismo democrático*, sistema en el cual el Jefe del Estado se esconde tras la voluntad popular para justificar sus actuaciones, las más de las veces contrarias al interés general¹⁷.

En todo caso, la norma o decisión política fundamental encuentra regulación positiva en la Constitución de 1999. Así, por ejemplo, se establece que la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo; que son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre otros, el referendo -entendido como tal el relativo a la legislación-, la consulta popular, la revocación de mandatos. Además y como corolario, se desvaneció la línea que separa el poder constituyente del poder de revisión, al someter a sanción popular las enmiendas y reformas a la Constitución.

2. El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999

Antes quedó establecido que la norma fundamental de la Constitución de 1999 supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer su soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución.

Por la anterior razón, el pueblo soberano *titular* del poder constituyente- puede, sin temor a ser controlado por vía judicial, emanar actos legislativos por vía refrendaria que violen la Constitución. Puede, igualmente, emanar actos-condición, como la revocatoria de algún mandato, sin cumplir con las formalidades inherentes al referendo instituido con ese fin.

En definitiva, la Asamblea Nacional y, en especial, el Presidente de la República, al convocar un referendo constitucional o legislativo, pueden servirse de la soberanía popular para establecer actos contrarios a la Constitución, atentando contra los principios inherentes al Estado de derecho. En esa misma medida, el pueblo, en uso de su soberanía, puede emanar actos que atenten contra la continuidad de las instituciones y, por ende, de la propia Constitución.

16. BEAUD, O., *op. cit.*, pp. 263-306 y, particularmente la conclusión de la obra.

17. PACTET define el cesarismo democrático como una dictadura aclarada o, como una falsa democracia. Se trata de una dictadura aclarada, pues "la autoridad de la ley cede el paso a la voluntad del jefe plebiscitado por el pueblo". Las instituciones cuentan poco, salvo el jefe todopoderoso, "sostenido por sus obligados, apoyado sobre su policía, jefe de guerra y jefe civil, y cuya voluntad hacer que todo se pliegue: es el reino del poder personal más que del Estado de derecho". Se trata de una falsa democracia, pues el sufragio universal y el llamado al pueblo "no sirven de nada, puesto que no permiten al pueblo escoger libre y directamente a sus representantes. En cuanto a los referendos, tienen un acusado carácter plebiscitario" (*Institutions politiques / Droit constitutionnel*, 14ª ed., Masson / Armand Colin, París 1995, p. 269).

Ahora bien, no puede decirse que la aplicación de esa norma fundamental sea generalmente aceptada.

Para aproximarnos a la constatación de lo antedicho, es necesario recordar que todos los actos inherentes al proceso constituyente, incluso la sanción de la nueva Constitución, fueron aprobados por un porcentaje cercano al treinta por ciento del cuerpo electoral. De manera que sólo ese porcentaje se pronunció de manera expresa favorablemente a la aplicación de esa norma.

De allí que pueda afirmarse -siguiendo a Kelsen- que la aplicación de la norma fundamental de la Constitución de 1999 no fue generalmente aceptada desde sus orígenes. Su destinatario, es decir, el pueblo erigido en cuerpo electoral, se abstuvo en una inmensa proporción de emitir el acto jurídico -el voto- que expresaría su conformidad con la aplicación de la norma.

En efecto, cualquiera que sea la concepción de *pueblo* que se adopte, ese pueblo no es el cuerpo electoral, ni menos aún una porción de éste. El cuerpo electoral es ciertamente el representante primario del pueblo, pero, como *órgano* representativo es políticamente responsable ante este último. En consecuencia, mientras el pueblo esté mejor representado, menor será el grado de responsabilidad política del cuerpo electoral ante él¹⁸.

En todo caso, como lo afirmaba Schmitt, quien sostenía que la forma natural de manifestación del poder constituyente es la opinión pública¹⁹, “*Un voto individual secreto seguido de la adición de la opinión de personas privadas aisladas no puede producir una opinión pública*”; “*esos métodos de registro no son más que métodos auxiliares y, en tanto que tales útiles y preciosos; pero no absorben ni agotan la sustancia de la opinión pública*”²⁰. De hecho, para dicho autor, es necesario recordar constantemente que si el pueblo puede aprobar o rechazar, “*su sí o su no devienen simples y elementales, pues se trata en realidad de una decisión fundamental sobre el conjunto de su propia existencia. En tiempos de calma y de paz, las tomas de posición de ese tipo son raras e innecesarias. En períodos críticos, sólo el no que se levanta contra una constitución vigente puede ser claro y decidido como negación, mientras que la voluntad positiva no es tan segura*”²¹.

Así, aunque formalmente pueda entenderse que el *pueblo* aceptó la aplicación de la norma fundamental de la Constitución de 1999 desde el inicio de su proceso de formación, ello dista de ser cierto desde un punto de vista material.

Aunado a lo anterior aparece -entre otros actos- la publicación de la “Exposición de Motivos” de la Constitución que contiene una disposición, por la cual la Asamblea Nacional Constituyente pretendió ser la depositaria del poder constituyente originario.

En efecto, según se colige de las Bases Comiciales para el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente celebrado el 25 de abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente fue concebida como un órgano representativo del *pueblo soberano*. Dicha Asamblea tuvo como misión esencial adoptar un proyecto de Constitución que, para ser considerada como acto jurídicamente perfecto, estaba condicionada por la sanción popular mediante referendo.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente nunca fue investida, como lo pretende, del poder constituyente originario. Originaria era, sí, pues el fundamento de su existencia

18. HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., Sirey, París 1929, pp. 550-553.

19. SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 219.

20. *Idem*, p. 385.

21. *Idem*, p. 219.

no se encontraba en la Constitución de 1961, pero no por ello podía asumir que el *pueblo* le confirió el poder constituyente originario, que además se reservó expresamente.

Resulta, entonces, evidente la contradicción de dicho postulado con el encabezamiento de la Exposición de Motivos Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, que establece: “En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste mediante referendo (...)”.

El *pueblo soberano* no atribuyó nunca su poder constituyente originario a la Asamblea Nacional Constituyente. La invistió, sí, de funciones constituyentes, dentro de las cuales la más importante fue la adopción de un proyecto de Constitución, proyecto éste que careció de una *Exposición de Motivos* y que, en consecuencia, fue sancionado sin ella por el propio *pueblo soberano*.

De lo anterior aparece que la propia Asamblea Nacional Constituyente desconoció la norma fundamental de la Constitución sancionada popularmente el 15 de diciembre de 1999.

En todo caso, valiéndose de esa norma fundamental, la Asamblea Nacional electa el 30 de julio de 2000, procedió a solicitar la convocatoria de un referendo consultivo con el objeto de suspender a los dirigentes de las más importantes organizaciones sindicales del país. Ese referendo, que evidentemente no atañía a una cuestión de *especial trascendencia nacional* como lo supone la Constitución de 1999, fue organizado y realizado con base en dicha norma, como lo constató la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia dictada el 1º de diciembre de 2000 (*Frente Constituyente de Trabajadores*), al indicar que “*Los referendos populares exceden (...) la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicarse el poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa*”. De hecho, en esa sentencia, la Sala Constitucional afirmó que “*el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que “sus representantes acaparen todo el poder político” (Duverger, Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa*²².

Así, mediante ese referendo -legitimado por la Sala Constitucional- se pretendía que el pueblo violara el derecho a la libertad sindical, avalando una írrita actuación del Presidente de la República quien, a todo evento, se escondió tras la fachada de la Asamblea Nacional para ejercer la iniciativa de su convocatoria.

Ahora bien, puede decirse que la aplicación de la norma fundamental por los órganos del poder público fue rechazada en general por el pueblo venezolano. En efecto, aun cuando el resultado fue afirmativo, la tasa de abstención fue una de las más elevadas -si

22. Criterio reiterado, entre otras decisiones, en fallo del 13 de febrero de 2001 (*Bingo Gran Casino, S.A.*).

no la más- en Venezuela²³. Por demás, al momento de la realización de las elecciones inherentes a la dirigencia sindical, los trabajadores votaron *contra* los candidatos presentados por el *oficialismo*, ratificando en algunos casos a líderes sindicales depuestos mediante el referendo en cuestión.

Esa situación, generadora de un gravísimo conflicto institucional que aún no ha sido resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia, marca el momento a partir del cual las propias autoridades rechazan la aplicación de la norma fundamental de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999.

De hecho, en sentencia reciente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró, contrariamente a la jurisprudencia que había venido reiterando y que, en definitiva es el fundamento de su propio poder, que los referendos consultivos no son vinculantes²⁴.

En virtud de ese rechazo, es necesario concluir que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 carece de validez: una constitución cuya norma fundamental no es generalmente aceptada en su aplicación es jurídicamente inválida.

* * *

La Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no ha entrado en vigencia por dos razones. La primera y fundamental es la ausencia de regulación del régimen de transición entre la Constitución del 23 de enero de 1961 y esa nueva Constitución. La segunda, la no publicación oficial del texto popularmente sancionado.

En otros términos, la Constitución que generalmente es considerada como *positiva* es jurídicamente inaplicable.

Además, esa Constitución carece de validez, visto el rechazo general de la aplicación de su norma fundamental.

¿Cuál es entonces el fundamento jurídico de la autoridad que ejercen actualmente los órganos del poder público?

La respuesta es simple: *ninguno*. Nos encontramos frente a un gobierno *de facto* cuya acta constitutiva fue emanada por la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999; acta constitutiva que fue *aceptada* por la minoritaria porción del pueblo que acudió a las urnas electorales a *relegitimar* al Presidente de la República y a elegir a los diputados ante la Asamblea Nacional y, que mantiene su vigencia en razón de la monopolización, en manos del Jefe del Estado, de los poderes legislativo, judicial y ciudadano, así como de las armas.

La *constitución* que rige actualmente en Venezuela no es otra que la que resulta del *bloqueo* de normas emanadas de la Asamblea Nacional Constituyente, antes y después de la sanción de la Constitución de 1999, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia órgano que, en definitiva, estableció el régimen transitorio aplicable a la presidencia de la República, al propio Tribunal Supremo de Justicia y al Consejo Nacional Electoral como órgano del poder electoral.

23. Recuérdese que el llamado *referendo sindical* se llevó a cabo en la misma oportunidad en que se realizó el proceso electoral atinente a los concejos municipales y a las juntas parroquiales.

24. TSJ-SC, 22/1/2003, *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*.

Sin entrar en detalles sobre el contenido de esa *constitución*, vista la práctica institucional, es posible sostener que la misma tiene por fundamento, es decir, por norma fundamental, la monopolización del poder en manos del Presidente de la República, quien tiene la potestad de determinar cuándo y cómo deben actuar los demás órganos del poder público, además de la posibilidad de convocar, a su conveniencia al cuerpo electoral. No podemos dejar de resaltar el hecho de que una Sala Electoral *accidental*, conformada de la manera más irregular que pueda imaginarse, decidió suspender cautelarmente la realización de un referendo consultivo -convocado por iniciativa popular-, cuyo objeto era interrogar al cuerpo electoral sobre si estaba o no de acuerdo con que se solicitara la renuncia inmediata del Presidente de la República²⁵. Tampoco podemos olvidar que, en sentencia de la misma fecha, la Sala Constitucional del mismo Tribunal afirmó que los referendos consultivos no son de carácter vinculante, desconociendo así el fundamento de su propio poder: si los referendos consultivos no son vinculantes, ¿cómo es que fue convocada una Asamblea Nacional Constituyente?, ¿por qué fueron suspendidos los dirigentes de las organizaciones sindicales?

Ante lo anterior, es necesario cuestionarse sobre la aceptación general de la aplicación de esa norma fundamental.

A ese respecto, pensamos que la aplicación de esa norma es generalmente rechazada. La movilización de la sociedad civil durante más de un año, así como la recolección de más de cuatro millones de firmas para ejercer la iniciativa de diversos actos como una enmienda constitucional, la revocatoria del mandato del Presidente de la República e, incluso, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, es prueba objetiva de ese rechazo, si tomamos en consideración que ese porcentaje de electores supera con creces al que sancionó la Constitución el 15 de diciembre de 1999 o eligió al Presidente de la República.

Recordando nuevamente a Kelsen, reiteramos que, *cuando el orden jurídico que los revolucionarios pretenden establecer resulta ineficaz, su empresa no es interpretada como un acto jurídico de creación de derecho, sino como un delito de traición, en virtud de la constitución anterior y de su norma fundamental.*

¿Cuál es, en Venezuela, la constitución anterior?

La respuesta no es evidente y, en todo caso, depende de consideraciones que escapan al presente análisis.

25. TSJ-SE, 22/1/2003, SANTOS AMARAL, Desiré, VIVAS, Ramón Darío y SALAMATH KAHN, José.

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

Sandra Morelli

Profesora de la Universidad Externado de Colombia

CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y ADVERTENCIA

Es para mí un gratísimo honor poder participar en un libro homenaje al profesor Allan Brewer-Carías. Quienes tenemos el privilegio de conocerlo, lo admiramos por su inteligencia, su sabiduría, su erudición y su generosidad para con tantos y tantos jóvenes de distintos países a quienes él les ha enseñado el camino y los ha guiado hacia un ejercicio digno y decoroso del derecho, dentro de un profundo sentido cívico y patriótico.

La obra de Allan, hace parte del patrimonio jurídico cultural venezolano, colombiano, latinoamericano e incluso europeo.

Ciudadanos como él, nos permiten mantener la esperanza de un futuro mejor para nuestros países.

Espero entonces, con este breve escrito, poder estar a la altura de las otras contribuciones que excelentísimos juristas han realizados, no sin antes advertir que el texto ha sido elaborado en tanto el proyecto de reforma política viene siendo discutido, por lo que el articulado señalado está seguramente sujeto a futuros cambios que suponemos en todo caso no sustanciales.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

En la década de los 90 tuvo lugar un proceso de reforma constitucional que culminó con la promulgación de la Constitución del 91, mediante la cual Colombia se afilió, en su concepción estatal, a las contemporáneas tendencias del derecho constitucional, democrático, pluralista, participativo, autonómico y social.

Transcurrida una década e inaugurado el milenio, cuando el país atraviesa por una grave crisis de gobernabilidad determinada por factores tanto de alteración del orden público como económicos, se pone en tela de juicio la idoneidad del texto constitucional para contribuir a la consolidación y permanencia de nuestra Nación.

Ello no debe sorprender, no sólo por la tendencia profundamente arraigada en la cultura colombiana, consistente en pretender atribuirle a la normatividad vocación cuasimágica para moldear la realidad social sino además, porque esta grave coyuntura por la que atraviesa el país, resulta ser la ocasión propicia para mermar el radio de acción de las instituciones democráticas, el alcance de los derechos fundamentales y de los respectivos mecanismos de protección y en general, para adoptar reformas tendientes todas a la centralización del poder. En fin, lo que podemos observar, desde una perspectiva de ciclos constitucionales es el retorno del péndulo para situarse en una concepción autori-

taria y centralista del Estado y del poder, que por ahora se manifiesta en dos propuestas de reforma constitucional la una mediante la vía referendaria, la otra, por el camino parlamentaria; la primera, conjunto de prohibiciones normativas muy a la manera de un código penal; la segunda, quebrantadora del principio de autonomía de la rama, de varias instituciones garantistas de derechos y abolicionista de la gratuidad de la justicia.

Analicemos pues tanto el contexto preliminar de la reforma política y el procedimiento por el que se ha optado, así como el contenido de la misma, no sin antes aclarar que aún no se cuenta con el texto definitivo aunque obviamente por lo avanzado del trámite, ya es posible identificar sus características sustanciales.

Así mismo se impone hacer referencia al proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia el cual tiene lugar en un contexto de cuestionamiento sumo a la actuación judicial, por recientes decisiones mediante las cuales renombrados delincuentes quedan en libertad, lo cual enturbia tremendamente la opinión pública frente a la administración de justicia, en un contexto donde por lo demás el mismo Presidente de la República ha proclamado no estar dispuesto a acatar los fallos judiciales relacionados con los sucesos que se comentan.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO

Antes de abordar el contenido del proyecto y teniendo en cuenta que mucho se ha discutido en el país sobre el papel que juega el Congreso en este tipo de procedimiento para reformar la Constitución y que además, la posición del actual Gobierno inicialmente planteada, aunque luego más por necesidad política que por convicción jurídica, en la práctica cambió, era la de limitar sustancialmente la intervención de las Cámaras respecto del proyecto de ley contenido del proyecto de referendo, hasta el punto de circunscribirlo a una instancia notarial.

Ante la existencia de posiciones diversas sobre el alcance de la intervención parlamentaria en el trámite de reforma constitucional mediante referendo, conviene entonces iniciar analizando el alcance del artículo 378 constitucional el cual recita:

Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

El principal interrogante que genera la adecuada interpretación de este artículo se centra en las facultades que en virtud del mismo le corresponden al Congreso de la República. Sobre este particular aspecto hubo de pronunciarse el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Cesar Hoyos Salazar en fecha 6 de agosto del 98. Al respecto la Sala consideró que el Congreso al tramitar la ley de iniciativa gubernamental o popular, tiene la facultad de examinar la propuesta de reforma constitucional pero que no puede introducir modificaciones al temario o articulado constitutivo de la propuesta. El examen debe limitarse a evaluar la procedencia o con-

veniencia de la convocatoria del Referendo y en consecuencia, aprobar o negar el respectivo proyecto de ley.

En el mismo sentido considera la Sala, que el Congreso puede efectuar reformas de tipo formal al articulado o temario del proyecto de reforma constitucional; no son procedentes, según el concepto del Consejo de Estado, las modificaciones de tipo sustancial al temario o articulado del proyecto.

Para explicar su conclusión, la Corporación consideró que se trataba de preservar la titularidad de la iniciativa en cabeza del Gobierno Nacional o del número de ciudadanos previstos en la Constitución; si el radio de competencia del Congreso fuese sustancial dicha titularidad se vería desdibujada.

Para sustentar su criterio, la Sala planteó, entre otros, los siguientes argumentos:

1) 1. La Constitución puede ser reformada mediante referendo, según dispone su artículo 374. 2. El referendo se convoca por medio de una ley, conforme dispone el artículo 378 ibídem. 3. Los mecanismos de participación, entre ellos el referendo, los reglamenta la ley de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta Política. 4. La Ley 134 de 1994 reglamenta los mecanismos de participación. En su artículo 5° define el referendo aprobatorio como “el sometimiento de un proyecto de acto legislativo... de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente”. Como se observa, la norma indicada condiciona el referendo a que la iniciativa del proyecto respectivo sea de carácter popular (un número de ciudadanos, como se indica más adelante), que dicho proyecto no haya sido adoptado por la corporación pública. 5. El artículo 32 de la ley citada dispone: “Un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional... podrá solicitar ante el Registrador del Estado Civil... la convocatoria de un referendo para la aprobación de un proyecto de ley.... de iniciativa popular que sea negado por la corporación respectiva o vencido el plazo de que trata el artículo 163 de la Constitución Política...”. 6. La Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 5° y 32 de la Ley 134 de 1994, antes transcritos, con los argumentos consignados en la sentencia C-180 de 1994. La conclusión indicada atrás se explica porque la ley que reglamenta los mecanismos de participación no excluye el mencionado proyecto de ley de la posibilidad del referendo aprobatorio; por el contrario, lo incluye en la definición prevista en el artículo 5°. Además, porque como sostiene la Corte Constitucional el referendo se deriva del principio de soberanía popular y busca darle eficacia a la iniciativa popular; de lo contrario, se podría convertir en un esfuerzo improductivo o inclusive frustrante, lo cual desestimularía la presentación de iniciativas populares. 7

Y sigue el concepto:

2.1 El artículo 5° de la Ley 134 de 1994 se limita a definir el referendo aprobatorio. La inclusión dentro de dicha definición del proyecto de acto legislativo, como materia del referendo aprobatorio, debe entenderse en concordancia con el artículo 378 de la Constitución Política, y sólo cuando la iniciativa del mismo proceda de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva.

Si el Congreso de la República niega, esto es, no adopta el proyecto de ley de iniciativa popular para convocatoria de un referendo destinado a aprobar un proyecto de reforma constitucional, en los términos previstos en el artículo 378 de la Constitución, la opción que tienen los promotores de la iniciativa es acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, esto es, completar un número de respaldos no menor al 10% del censo electoral de la circunscripción nacional para poder solicitar al Registrador Nacional del Estado Civil certifique la procedibilidad de la convocatoria de dicho referendo, en el cual se votará el proyecto de ley que hubiese sido negado y que tendrá incorporado el temario de la reforma constitucional propuesto, presentado de tal manera que los electores puedan escoger libremente qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La transcripción de algunos apartes del concepto se hace con la finalidad de mostrar cómo la Honorable Corporación llega a las conclusiones planteadas a partir de integrar al texto de la Constitución la letra de una ley estatutaria, la 134 de 1994, en materia tan delicada como aquella que concierne a los mecanismos de referendo a la Constitución. Bajo esa égida se desarrolla luego la interpretación equívoca del artículo 378 constitucional.

El concepto del Consejo de Estado, que como bien es sabido no obliga, lo comparten en forma parcial, los Académicos Augusto Trujillo Muñoz y Antonio Vanegas Santoro, tal y como lo plasmaron en la ponencia presentada a la Academia en la que concluyen que el Congreso puede introducir reformas a la iniciativa de referendo constitucional gubernamental, mas no a la iniciativa popular.

El otro aspecto es el eminentemente jurídico. En el derecho comparado vigente existen sistemas en los cuales la competencia del parlamento es residual. Pero en Colombia el órgano legislativo del poder público es titular de la “cláusula general de competencia” y tiene la función constituyente, así como la de hacer las leyes, según reza el artículo 150 superior. Se trata de una facultad constitucional que va acompañada de la facultad de introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno. Entre nosotros “el órgano que tiene la facultad genérica de desarrollar la constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a ésta corresponde “hacer las leyes”, por lo cual la numeración de las funciones establecidas en el artículo 150 de la Constitución no es taxativa¹.

Algunos argumentos de la ponencia en comento:

La iniciativa legislativa puede ser abierta o reducida al gobierno, según lo establezca la Carta Política, pero, específicamente en este último caso, el Congreso tiene plena capacidad para modificar los proyectos de origen gubernamental como lo consagra el Artículo 154.

A esta conclusión llegan los autores citados respecto de la iniciativa gubernamental, mas no respecto al referendum constitucional de iniciativa popular.

En cuanto a esta última, luego de explicar la dimensión de la democracia participativa, los académicos aclaran que a la luz de la ley estatutaria de mecanismos de participación existen dos instrumentos cuyas fronteras eventualmente se entrecruzan² a saber: la iniciativa popular normativa³ y el referendo de iniciativa ciudadana. Por otro lado traen a colación el Artículo 5 de la Ley 134 de 1994 contentivo del referendo aprobatorio de un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo, o de resolución local, de iniciativa popular, que al no ser adoptado por la corporación pública correspondiente se somete a consideración del pueblo para que este decida si lo aprueba o lo rechaza total o parcialmente.

En la ponencia se plantea que la iniciativa popular consiste en el reconocimiento de la potestad de iniciar un procedimiento de revisión constitucional o de formación de una ley a una determinada fracción del censo electoral; en este caso el Congreso preserva todas sus facultades deliberativas y aprobatorias del respectivo proyecto.

1. Corte Constitucional, Sentencia C-527/94.M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

2. Pero deben considerarse como instituciones distintas porque así lo quiso el Constituyente.

3. Definida en el artículo 2do de la ley 134 de 1994, así: “La iniciativa popular legislativa y normativa ante las Corporaciones publicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el congreso de la República, de ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de Resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las Corporaciones de las Entidades Territoriales de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente”.

Ello difiere según la fuente que se viene comentando, del concepto del referendun que lo definen citando a Biscaretti di Ruffia, como una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo. Citan además a la Corte cuando define ese instituto como relativo a “tanto a un procedimiento como a un recurso de quien, en ejercicio de la soberanía nacional, consulta al legislador primario para que *refrende, autorice, corrobore, certifique o respalde* un texto normativo ya formalizado”⁴.

En la ponencia se diferencian las dos figuras planteando que en la iniciativa popular normativa el pueblo comparte con el congreso la potestad legislativa, en tanto, que para el caso del referendo, “la recupera exclusivamente el pueblo como legislador primario”. De ahí, que el artículo 2° de la ley 134 se refiere a la iniciativa popular mientras que los artículos 3, 4 y 5 se circunscriban al referendun.

Con base en estos argumentos y subrayando la fuerza que el principio democrático tiene en nuestra Constitución, en la ponencia se concluye que la iniciativa ciudadana de referendo constitucional no puede ser modificada por el Congreso; en el mismo sentido se considera que la Corporación debe aprobar el texto en su integridad y que en caso de dilación o rechazo los promotores podrán convocar directamente al pueblo según lo establecido en el artículo 5° de la ley estatutaria, posibilidad ya prevista en la Constitución.

No resulta en realidad muy claro cuál es la diferencia ontológica entre las dos iniciativas, a que refiere el artículo 378 constitucional, la gubernamental y la de un porcentaje del censo electoral, que permite llegar a las conclusiones divergentes aquí plasmadas; es decir, que el Congreso conserva su potestad constitucional cuando la iniciativa de referendo reformativo de la constitución es gubernamental y no, cuando el pueblo presenta esa misma propuesta.

Posiblemente sea una interpretación teleológica y por principios en virtud de la cual se pretende aparejar el valor de la democracia con los instrumentos de participación política directa.

En realidad no es posible compartir la homologación que en el texto analizado se hace entre un porcentaje de ciudadanos equivalente al cinco por ciento del censo electoral y el legislador primario. Cuando el constituyente de 1991 reconoció la titularidad del referendun en cabeza o bien del Gobierno o bien de un porcentaje del censo electoral no introdujo una categorización tendiente a otorgarle un mayor radio de competencias, de facultades, en fin de fuerza normativa a uno u otro camino de convocatoria al referendun. En los dos casos nos encontramos ante canales constitucionalmente definidos, es decir, ante institutos constitucionales, igualmente legítimos, reglamentados en el mismo artículo de la Constitución, que deben ser interpretados a la letra so pena de desvirtuar el principio de supremacía de la Constitución.

Tampoco una interpretación teleológica permite hacer prevalecer el concepto del porcentaje del censo electoral sobre la institución gubernamental como titular de la iniciativa de referendo constitucional, pues esta última también tiene un sustento democrático.

Tengamos presente que el carácter más o menos democrático de una reforma constitucional depende no tanto de quien haya tenido la iniciativa, sino del contenido de la misma. Adicionalmente la figura misma del referendun determina que el articulado sea sometido a aprobación de los ciudadanos; el porcentaje del censo electoral exigido por la ley para su aprobación ha de garantizar su legitimidad democrática sin que ésta pueda

4. Corte Constitucional, Sentencia C-180/94.

verse mermada porque la iniciativa haya sido gubernamental y no de un grupo de ciudadanos.

En este sentido argumentar que el Congreso, también órgano democrático y representativo, está inhibido para conocer, deliberar, introducir reformas a las iniciativas de referendun originadas en la voluntad de un porcentaje del censo electoral y no cuando el órgano originante es el Gobierno, no parecen defensable.

Desde la perspectiva de la jerarquía de las fuentes de derecho hay otro planteamiento que genera dudas, pues los académicos intentan ensanchar el alcance de la convocatoria a referendun de origen ciudadano a partir de una interpretación del texto constitucional con base en los dictados de la ley estatutaria 134 de 1994, error éste en el cual incurrió igualmente el Consejo de Estado.

Ello no es posible a pesar del procedimiento especial previsto para la aprobación de las leyes estatutarias, pues ni forman parte del bloque de constitucionalidad ni tienen vocación para reformar la Constitución. Su razón de ser es la de desarrollar las materias constitucionales de particular relevancia y respecto de las cuales el mismo constituyente quiso que se contaran con un régimen dotado de estabilidad, de vocación de permanencia. De ahí el procedimiento agravado previsto para su aprobación, así como su sujeción al control previo de constitucionalidad por parte de la Corte.

Así las cosas se impone respetar la letra tanto de la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana como de la Constitución y no ensanchar el alcance de ésta adicionando a su letra lo preceptuado en aquella. La ley estatutaria prevé el referendo aprobatorio de actos legislativos de iniciativa popular en su artículo 5º, más no de leyes aprobatorias de convocatoria a referendo y mal podría ésta ensanchar, se repite, el alcance de la Constitución, por lo demás rígida.

Tampoco es posible integrar el texto constitucional, concretamente la institución del referendun orientado a reformar la Constitución, con el proveído del artículo 32 de la ley estatutaria que se refiere a actos normativos de jerarquía inferior.

Tanto la Constitución como la ley estatutaria quisieron separar la iniciativa de acto legislativo del referendun constitucional, el cual a su vez puede ser de iniciativa popular o gubernamental; mal pueden entonces los intérpretes complementar recíprocamente las figuras saltando de la ley a Constitución y de la Constitución a ley y generando una simbiosis contraria al texto de la Constitución

Por esa vía se quiebra el principio de supremacía de la Constitución que cuenta dentro de sus más efectivos aliados, con los procedimientos reforzados para reformar la Constitución, la cual, precisamente por esa característica, es rígida.

No siendo tampoco de recibo el concepto del Consejo de Estado del 6 de agosto de 1998 por las mismas razones cabe retornar la cuestión al interrogante original: ¿Puede el Congreso de la República introducir reformas a la iniciativa de referendun formulada por el Gobierno o el cinco por ciento del censo electoral en los términos del artículo 378 constitucional?

Son varios los argumentos que sin quebrar la fuerza vinculante de la institución y tanto menos desconocer el principio democrático que, dicho sea de paso, ha encontrado su más representativa institución a lo largo de la historia en el parlamento, sirven de sustento a la tesis en virtud de la cual el Congreso conserva en las hipótesis previstas en el artículo 378 constitucional plena competencia.

En primer lugar y a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, el Congreso, que goza de una cláusula general de competencias, solamente queda restringido en el ejercicio de sus potestades en los casos que expresamente indica la Constitución; se trata de las hipótesis prevista en los numerales 14 y 16 del artículo 150 de la Constitución, esto es cuando se trata de aprobar o improbar los contratos o los convenios que hubiere celebrado el Presidente de la República sin previa autorización, así como de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros estados o entidades de derecho internacional.

Existen otros casos en que se prevén prohibiciones parciales para el Congreso frente a la iniciativa legislativa gubernamental, v.g. con relación al proyecto de ley del plan. En este caso el Congreso puede introducir modificaciones pero debe preservar el equilibrio financiero. El artículo 351 constitucional determina también que si bien es cierto el Congreso puede modificar la ley del presupuesto no puede aumentar las partidas presupuestales, ni incluir nuevas, sin previa autorización del Ministro de Hacienda.

Se concluye entonces que, la restricción a la potestad legislativa del Congreso puede tener lugar de manera total o parcial solo para los casos en que de manera expresa y taxativa lo dispone la Constitución. En este sentido ni la Constitución cuando consagró la institución en comento, ni las leyes orgánicas (ley 5° del 92) ni las leyes estatutarias (ley 134 de 1994) previeron prohibiciones excepcionales para el Congreso.

En consecuencia no nos encontramos ante una excepción al inciso 2° del artículo 154 constitucional que estatuye que las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno.

Por otro lado, al consultar la voluntad del constituyente, método de validez relativa que sabemos, poco apreciado por los científicos del derecho constitucional, no encontramos que la voluntad de éste hubiese sido aquella de homologar el papel del Congreso a un convidado de piedra, a papel de mero notario o secretario técnico que verifica la idoneidad de la forma del proyecto de ley contenido del referendun constitucional. Lo que sí es posible identificar es que dicho cuerpo constituyente no aprobó las normas que facultaban al Presidente de la República para convocar directamente a un referendun. El riesgo a que dicho procedimiento se convirtiera en un plebiscito legitimante de gobiernos desacreditados o de facto preocupó entonces a la Corporación. (Gaceta Constitucional del 24 de mayo de 1991).

Así, con el texto definitivo del artículo 378 se quiso garantizar que el Ejecutivo no concentrase en si el poder reformativo de la Constitución, de tal manera que tanto en este caso como en el de iniciativa popular de acto legislativo como en el de convocatoria a Asamblea Constituyente el Congreso jugase un papel central.

Finalmente cabe un análisis meramente exegético del artículo 378. Allí se contempla que para que el referendun constitucional tenga lugar la iniciativa le corresponde o, al gobierno o, a un porcentaje determinado de ciudadanos. Dicha iniciativa se presenta ante el Congreso de la República, órgano constitucional y democrático, para que éste introduzca dicho proyecto de reforma constitucional, el término es incorpore a la ley. Dicha ley para que sea tal, debe ser aprobada por la mayoría de los miembros de ambas cámaras.

No haría sentido que se previera la incorporación del proyecto de referendun constitucional en una ley aprobada por mayorías en las dos cámaras, si el papel del órgano constituyente y legislador esto es, del Congreso, fuese el de ejercer un mero control político limitándose a aprobar o no aprobar la iniciativa. Además, esa interpretación

aparentemente restrictiva, equivaldría a reconocerle al Congreso un control de veto, ese sí exuberante frente a la iniciativa ciudadana o gubernamental.

Acorde con una interpretación sistemática de la Constitución, (esto es con el artículo 154 y 150 numerales 14 y 16, y 341 y 351), con el principio de separación de poderes y de *checks and balance* que supone la repartición adecuada del poder entre las distintas ramas y la posibilidad de control de los electores frente a los elegidos, y en pleno respeto del método democrático que supone libertad deliberante a cargo de los órganos constituidos y legítimos como es el Congreso, resulta la interpretación favorable a la competencia del Congreso para examinar la sustancia del referéndum.

¿Y qué hacer ante una preocupación pragmática? Aquella consistente que el Congreso vacié de contenido efectivo la propuesta sometida a su consideración para impedir su propia reforma?

Pues tanto más grave si lo que se le reconoce al Congreso es un poder de veto pues sencillamente no aprueba el proyecto de referendun.

Pero en todo caso qué hacer si el Congreso desnaturaliza la propuesta y ello no consulta la voluntad democrática? Pues sencillamente el pueblo, la cuarta parte del censo electoral, no lo aprueba, lo cual constituye además desde el punto de vista político, pues jurídicamente ello no tiene consecuencias jurídicas en nuestro sistema presidencialista de período fijo, un voto de desconfianza para el Congreso.

Adicionalmente cabe recordar, que si el Congreso no aprueba el proyecto existen otros caminos constitucionalmente previstos como la iniciativa de reforma constitucional o la Asamblea Constituyente.

Así, no sólo la interpretación sistemática, teleológica, de la voluntad del constituyente y exegética llevan a concluir que el papel del Congreso no puede ser el de mero convidado de piedra. Debe tenerse presente que además la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-1122 del 2001 sentó que resulta imposible reformar la Constitución por vías distintas a las previstas en ese texto; y que, se deben defender las reglas sobre la validez de los procesos democráticos que impone las condiciones bajo las cuales han de realizarse, y que no pueden ser consideradas desde ningunas perspectivas formales, sino todo lo contrario, son de tipo sustancial; esta interpretación no atenta contra el principio democrático, sino que recoge una visión moderna del mismo que implica la concurrencia de varios métodos y órganos en la reforma a la Constitución y exige que se respete su letra que no puede ser interpretada a partir de su integración con la Constitución

Finalmente resulta pertinente la cita de Javier Pérez Royo, que para el caso español, no precisamente deficitario respecto del valor democrático comenta:

.... mientras las grandes campañas electorales para el Parlamento educan a las masas en una visión general de los problemas, las instituciones de democracia directa tiendan a potenciar el particularismo. Por eso las primeras constituyen un momento importante de organización y potenciación de la democracia moderna y de los partidos políticos, mientras que las segundas tienden a anular la importancia de la una y de los otros⁵.

Es que el Congreso debe ser visto como institución constitucional y democrática y no sólo como la sumatoria de un conjunto de elegidos sin vocación ni jurídica, ni ética, para responder al encargo que se les ha confiado. En todo caso si ello sucede, circunstancia no infrecuente en nuestro medio, otros son los mecanismos para excluirlos de la Corporación. Lo que no puede suceder es que dicha corporación parlamentaria sea por

5. BRETÓN, Tomás, *La Reforma de la Constitución*, AGISA, Madrid 1987, p. 146.

vía interpretativa sometida a un *capitis deminutio* para así maniatar a sus integrantes, pues por esta vía se desconoce la fuerza vinculante de la Constitución y por ende las competencias de los órganos constituidos.

Mientras se escribía este ensayo, se pudo verificar que el Gobierno eludió este debate optando por el sometimiento del Proyecto de Referendo a la consideración del Congreso de la República, actitud que efectivamente nos parece sana y respetuosa de los mandatos constitucionales.

Corresponde ahora el análisis del contenido mismo del proyecto de referendo.

III. ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY N° 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Consideraciones preliminares

La discusión del proyecto mediante el cual se convoca a un referendo y se somete a la decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, ha tenido lugar en circunstancias indicativas de la prioridad que este tema reviste para el Gobierno. En efecto, ante el riesgo de que la iniciativa no culmine exitosamente, el Ministro del Interior recordó ante los medios de comunicación la posibilidad, varias veces planteada en la campaña presidencial, de revocar el Congreso.

Pero al lado del garrote aparecen las técnicas de la zanahoria: Es así como se utiliza la prórroga del período de alcaldes y gobernadores,⁶ para que éstos se conviertan en jefes de campaña del referendo, habida cuenta del interés directo que dicha iniciativa les crea frente a la aprobación del referendo. Y para que la opinión pública se sienta atraída por el proyecto, también se incluyen asuntos de altísima sensibilidad moral, como es la legalidad del consumo de la dosis personal de sustancias estupefacientes.

La tenacidad del Gobierno y el contenido poco sustancial para el futuro de la República del cuestionario, hacen además de esta iniciativa un acontecimiento más de carácter plebiscitario que referendario, en el sentido que el éxito o el fracaso en las urnas del articulado propuesto tendrá seguramente un mayor significado desde el punto de vista de ratificación del apoyo a la persona del Presidente de la República, que como instrumento jurídico de cambio efectivo de las costumbres políticas y de modernización de la democracia.

Analicemos pues el texto.

2. Contenido del Proyecto

El Gobierno ha querido darle a este Referendo una ambigua formulación, concretamente en lo que refiere a la formulación del cuestionario. En efecto, la técnica adoptada

6. Propuesta que pereció durante el debate.

empieza por la formulación de un objetivo grandilocuente, que en varios casos, se equipara a un valor incuestionable para la sociedad colombiana, para luego referirse propiamente al texto del proyecto de artículo que, como impone la técnica legislativa, se redacta en términos de mandar, prohibir, permitir o castigar. Al final se consignan dos casillas precedidas de sendos *si* y *no*.

Obviamente la posibilidad de respuesta asertiva, en términos de si o no, se refiere al objetivo grandilocuente, que no al texto del articulado, que dicho sea de paso, en la gran mayoría de precepto resulta más propio de una ley orgánica por medio de la cual se establece el reglamento del Congreso, de un código disciplinario o penal, pero en todo caso sancionatorio, de códigos de procedimiento e incluso de decisiones CONPES⁷, que en nada tienen presente que mediante el proveído constitucional se fijan valores y principios que deben irradiar las distintas normas constitucionales y que éstas últimas no pueden inspirarse en un telos contrario al que nutre la Constitución de 1991, por lo que ésta terminará siendo un extraño injerto salpicados de ideologías contrarias.

Pero hay otro aspecto sustancial que genera interrogantes: ¿Será esa manera de formular el cuestionario compatible con el proveído del artículo 378 de la Constitución que a la letra recita: “..... El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente o qué votan negativamente? Nótese pues que la Constitución se refiere a la respuesta positiva o negativa que el elector da al temario o articulado y no al objetivo grandilocuente que se busca obtener con la aprobación del respectivo articulado.

También a la luz del mismo artículo 378, se impone tachar de inconstitucional la propuesta de votar en bloque todo el proyecto. Ello equivaldría a que el referendo mismo tuviese vocación de determinar el procedimiento y forma de su validez, haciendo caso omiso del proveído constitucional.

Lo anterior además contribuye a reforzar la naturaleza plebiscitaria de la iniciativa, lo cual no es admisible, ni siquiera ante el problema concreto planteado por la Registraduría en el sentido de que la lectura de todo el cuestionario le toma al elector aproximadamente media hora.

Examinemos ahora el contenido de la propuesta.

A. Muerte política

PREGUNTA: PARA HACER MÁS PRECISAS LAS INHABILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS O CONTRATAR CON EL ESTADO, Y MÁS EFICAZ LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POLÍTICA, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE TEXTO?

El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

No podrán ser inscritos como candidatos para corporaciones públicas, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personal o por interpuesta persona contratos con el Estado quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o haya dado lugar como servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Este artículo plantea una situación consistente en la exclusión definitiva de la posibilidad de gestionar la cosa pública, bien sea como consecuencia de una elección, o como

7. Consejo Nacional de Política Económica y Social.

consecuencia de una designación, o mediante la celebración de contratos con el Estado, a quienes hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, o que como consecuencia de su conducta el Estado se haya visto obligado a asumir una gravosa reparación patrimonial, salvo que en este último caso el autor de la conducta dolosa o gravemente culposa que haya generado la responsabilidad del Estado, asuma directamente la carga patrimonial derivada de esa responsabilidad.

Se trata de una inhabilidad que como tal acompaña al sujeto que se haya visto envuelto en la situación fáctica descrita, en cualquier tiempo e independientemente de la duración de la sanción.

En todo caso bajo el manto de la lucha contra la corrupción, de cuya vocación altamente nociva nadie puede dudar, se erige una norma que niega la posibilidad de rehabilitación del sujeto delincuente o negligente.

B. Voto nominal

PREGUNTA: PARA QUE EL PUEBLO SIEMPRE SEPA CÓMO VOTAN SUS REPRESENTANTES EN EL CONGRESO, LAS ASAMBLEAS Y LOS CONCEJOS MUNICIPALES, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El inciso segundo del artículo 133 de la Constitución Política quedará así:

El elegido por voto popular en cualquier corporación pública, es responsable ante la sociedad y frente a sus electores por el cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. Su voto, salvo para asuntos de mero trámite, será nominal y público.

El método del voto nominal contribuye a fijar un claro marco de responsabilidad en cabeza del elegido y a evitar los *pupitrazos* tan frecuentes los últimos días de cada legislatura. La bondad de la propuesta no nos exime de la obligación de preguntarnos si este método de votación amerita o no reforma constitucional, tramitada por lo demás, mediante referendo. Se trata en realidad de un aspecto técnico que debe estar ubicado en la ley contentiva del Reglamento Orgánico del Congreso sin que sea necesario empeñar tanto recursos estatales en la aprobación de una norma procedimental.

3. Suplencias

PREGUNTA: PARA QUE EL PUEBLO SEPA SIEMPRE POR QUIÉN EMITE SU VOTO Y PARA ELIMINAR LOS LLAMADOS CARRUSELES PENSIONALES Y OTRAS PRÁCTICAS INDEBIDAS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE TEXTO?

El artículo 134 de la Constitución quedará así:

Artículo 134. Los miembros de corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de su misma lista, según el orden de inscripción en ella. Las únicas faltas que se suplirán serán las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada. En tales casos, el titular será reemplazado definitivamente por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. La renuncia voluntaria pero no justificada, no producirá como efecto el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo, pero tampoco será causal de pérdida de investidura.

Derógase el artículo 261 de la Constitución Política.

La Constitución actual establece que las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas, serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral. -Artículo 134 Constitucional-.

Examinada la normatividad vigente -artículo 134 y 261 de la Constitución actual- queda claro que, en todo caso hoy no existe la institución de la suplencia sino un procedimiento para proveer las curules cuando se produce falta del principal, por lo cual carece de sentido su prohibición. Además, la reforma frente al mecanismo para proveer la curul vacante, no introduce absolutamente ninguna innovación.

Las modificaciones, acordes con el objetivo que se plantea en la pregunta del referendo y que consiste en la eliminación de los carruseles pensionales, se concreta en realidad a que por un lado, ante la falta absoluta, el reemplazo ha de ser definitivo y por otro, a que la renuncia voluntaria pero no justificada no da lugar a suplir la falta.

El carácter justificable o no de la renuncia no parece suficiente para corregir la disfuncionalidad planteada; la conducta de pactos contrarios al objetivo del ejercicio de la función congresional debe ser objeto de sanción incluyendo la pérdida de investidura como lo dispone el mismo proyecto.

Igualmente podría plantearse que definitivamente ni las faltas absolutas ni las faltas temporales sean objeto de suplencia, al menos que éstas superen un porcentaje determinado constitucionalmente y que dicho porcentaje pueda afectar el normal funcionamiento de la respectiva Cámara, caso en el cual se imponga, ahí sí, por razones objetivas, convocar anticipadamente a elecciones.

Se genera así una responsabilidad de cada parlamentario frente al adecuado funcionamiento de la institución misma y de sus colegas, que seguramente resulte más comprometedor y eficaz que la propuesta sancionatorio.

4. Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública

PREGUNTA: PARA ASEGURAR LA ADECUADA INTERVENCIÓN DEL CONGRESO, DE LAS ASAMBLEAS Y DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES EN LA INVERSIÓN PÚBLICA GLOBAL Y REGIONAL Y EN LOS INGRESOS DEL ESTADO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 346 de la Constitución Política con el inciso y párrafo del siguiente tenor:

El proyecto presentado al Congreso por el Gobierno, recogerá el resultado de audiencias públicas consultivas convocadas por los Gobiernos Nacional, Departamentales y del Distrito Capital y del análisis hecho en el Congreso por las Comisiones Constitucionales y las Bancadas de cada departamento y Bogotá. No incluirá partidas globales excepto las necesarias para atender emergencias y catástrofes. El Congreso de la República participará activamente en la dirección y control de los gastos públicos, lo cual comprenderá tanto el análisis y la decisión sobre la inversión Nacional como sobre la regional. La ley Orgánica del Presupuesto reglamentará la materia, así como la realización de audiencias públicas especiales de control político, en las cuales los congresistas formularán los reclamos y aspiraciones de la comunidad.

Parágrafo. Con excepción de los mecanismos establecidos en el Título XII de la Constitución Política, en ningún caso y en ningún tiempo los miembros de las corporaciones públicas podrán directamente o por intermedio de terceros, convenir con organismos o funcionarios del Estado la apropiación de partidas presupuestales o las decisiones de destinación de la inversión de dineros

públicos. Lo dispuesto en este artículo se aplicará a la elaboración y aprobación de presupuesto en todas las entidades territoriales.

El artículo introduce un sano procedimiento para vincular a los representantes del pueblo en los órganos colegiados de elección popular a la definición de las políticas públicas con incidencia regional.

Son grandes los riesgos que existen al intentar hacer compatible la política con el manejo y aplicación del presupuesto de la Nación, tanto a nivel nacional como a nivel local; pero los graves capítulos de corrupción que hemos presenciado, no permiten establecer, en una auténtica democracia, una escisión tajante entre las prioridades políticamente definidas para una comunidad, y las decisiones técnicas sobre distribución de recursos.

En este sentido la reforma propuesta encuentra un camino claro para garantizar que las necesidades de una comunidad conocidas por los representantes políticos del pueblo que los eligió, puedan reflejarse en el presupuesto, sin necesidad de recurrir a pactos y acuerdos personalizados entre el político y el funcionario realizados de espaldas a la institucionalidad y en veces inspirados en intereses contrarios al general.

5. Servicios Administrativos del Congreso

PREGUNTA: PARA RESCATAR LA MAJESTAD DEL CONGRESO, IMPEDIR SU DEDICACIÓN A PREOCUPACIONES SUBALTERNAS Y EVITAR TODA FORMA INTERNA DE CLIENTELISMO POLÍTICO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 180 de la Constitución Política, con el siguiente numeral que quedará así:

5° Participar bajo ninguna circunstancia individual o colectivamente en las funciones administrativas del Congreso, salvo para la conformación de su unidad de Trabajo legislativo. Los servicios técnicos y administrativos de las Cámaras Legislativas estarán a cargo de una persona pública o privada, que ejercerá sus funciones con plena autonomía, conforme lo establezca la ley.

Nadie, ni siquiera los congresistas mismos se atreven reivindicar su derecho a la autarquía o autoadministración, habida cuenta de la deplorable experiencia que en esta materia ha presenciado el país en términos de despilfarro, desorden y corrupción.

En este sentido la propuesta no debería presentar mayores resistencia; el mismo Presidente del Congreso lo había planteado en su discurso de posesión.

Ahora bien, los correctivos administrativos que se introducen al interior de un órgano del Estado, máxime cuando nadie parece tener el ánimo de oponerse, no ameritan reforma constitucional y tanto menos, por la vía del referendo.

6. Reducción del Congreso

PREGUNTA: PARA MEJORAR LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA DEL CONGRESO, ¿APRUEBA USTED LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS?

El artículo 171 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por 81 senadores elegidos de la siguiente manera: setenta y cinco (75) elegidos en circunscripción nacional, dos (2) elegidos en cir-

cunscripción nacional especial por comunidades indígenas y cuatro (4) en circunscripción nacional especial para minorías políticas.

Para la asignación de curules en la circunscripción nacional sólo se tendrán en cuenta las listas que obtengan al menos el dos por ciento (2%) de los votos emitidos validamente. Para la asignación de curules entre las listas que superen este umbral, se aplicará lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución Política, tomando como base para el cálculo allí definido sólo el total de los votos válidos obtenidos por estas listas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio del Interior.

La ley desarrollará la forma de elección de las minorías políticas.

Parágrafo Transitorio. Si transcurrido un año de vigencia del presente Acto legislativo el Congreso no hubiere aprobado la ley para la elección de minorías políticas, el Presidente de la República la expedirá por Decreto en los tres meses siguientes.

El artículo 176 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y especiales.

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 1.16 por ciento de la población nacional o por fracción mayor del 0.58 por ciento de la población nacional que resida en la respectiva circunscripción, por encima del 1.16 por ciento inicial. Cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

Para la asignación de curules de las circunscripciones territoriales de la Cámara de Representantes se aplicará el sistema de cifra repartidora o método D'Hont. Para la asignación de curules en las Asambleas departamentales, los Concejos Municipales y Distritales y las Juntas Administradoras Locales sólo se tendrán en cuenta las listas que obtengan, al menos, el 50% del respectivo cociente electoral. Para la asignación de curules entre las listas que superen este umbral se aplicará lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución Política, tomando como base para el cálculo sólo el total de los votos válidos emitidos para estas listas. Si ninguna lista superare dicho umbral se asignarán todas las curules mediante el sistema de cifra repartidora o método D'hont.

Adicionalmente, se elegirán siete representantes para circunscripciones especiales, así: tres para minorías políticas, dos para comunidades negras, uno para comunidades indígenas y uno elegido por los colombianos que residan en el exterior.

Parágrafo. Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, éste podrá establecer, por una sola vez, circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que se realicen antes del 7 de agosto del año 2006, o nombrar directamente por una sola vez, un número plural de Congresistas, Diputados y Concejales en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados.

El número será establecido por el Gobierno Nacional, según la valoración que haga de las circunstancias y del avance del proceso. Los nombres de los Congresistas, Diputados y Concejales a que se refiere este artículo serán convenidos entre el Gobierno y los grupos armados y su designación corresponderá al Presidente de la República.

Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser Congresista, Diputado y Concejal.

Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en los artículos 171 y 176 de la Constitución Nacional regirá para las elecciones que se celebren en el año 2006, salvo que fueren anticipadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de este mismo Acto Legislativo. Los umbrales previstos en este artículo para Asambleas, Concejos y Juntas Administradoras Locales se aplicarán a partir de las elecciones de 2003.

Lo concerniente a tamaño y composición del Congreso, estuvo precedido de una propuesta que se consideró a todas luces inconveniente cual era la de un congreso monocameral. Sobre el punto se comentó⁸:

En el proyecto de cuestionario que sería sometido al pueblo mediante referendo, se plasma con el título *Reducción del Congreso* la siguiente pregunta: ¿Para mejorar la eficiencia y la transparencia del Congreso, aprueba usted el siguiente artículo?

El artículo 171 de la Constitución quedará así:

Artículo 171. El Congreso de la República consta de una sola cámara. Sus miembros elegirán en circunscripciones territoriales, en circunscripción nacional y en circunscripciones especiales así:

1. Habrá dos (2) congresistas por cada circunscripción territorial y uno más por cada 1.4% de la población nacional que resida en ella o fracción superior al 0.7% de la población nacional, que tengan exceso sobre el 1.4% inicial. Para los efectos de este numeral cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.
2. Veinticinco (25) congresistas más serán elegidos en circunscripción nacional.
3. Habrá un número adicional de cinco (5) congresistas elegidos por circunscripciones especiales distribuidos de las siguientes maneras: Dos (2) en circunscripción nacional especial de comunidades indígenas, dos (2) en circunscripción nacional especial de comunidades negras, y uno (1) en circunscripción especial para colombianos residentes en el exterior.....

De adoptarse dicha propuesta y una vez surta todos los trámites requeridos para transformarse en reforma a la Constitución, nuestro sistema político entraría a caracterizarse como monocameral rompiendo así la tradición bicameral que ha prevalecido.

De la formulación de la pregunta queda claro que sus autores suponen que mediante esa reforma orgánica se logra la eficiencia del Congreso, así como su transparencia.

Posiblemente lo primero sea cierto en la medida que necesariamente se acorta el trámite previsto para la aprobación de cualquier ley o acto legislativo y porque además, el número menor de miembros de la corporación necesariamente implica que los debates se hagan teniendo en cuenta un inferior número de intereses y sectores representados. Cabe en todo caso preguntar si la brevedad, si los lapsos menores de los procesos decisionales son sinónimos de eficacia teniendo en cuenta que dicho concepto debería comprender el de calidad de la decisión, que en este caso habría de traducirse en “leyes mejores”.

Lo segundo, lo concerniente a la transparencia tal vez no es tan diáfano. El bicameralismo constituye una garantía contra los abusos en los que puede incurrir una sola cámara y contra el riesgo de merma de su independencia frente al Ejecutivo. Además evita la producción de leyes con premura, en nuestra jerga diríamos, con un solo pupitrero, sin la posibilidad de re-examen, de revisión por una segunda cámara, que algunos llaman precisamente cámara de reflexión o de enfriamiento.

El bicameralismo no solo contribuye a un desenvolvimiento ponderado del trámite legislativo y de reforma a la Constitución en un esquema de pesos y contrapesos, sino que responde a una técnica de articulación de los intereses territoriales y nacionales, especialmente relevante en un Estado que reconoce el principio de autonomía de las entidades territoriales. Ello es posible porque, mientras una cámara representa el pueblo considerado como totalidad y por lo tanto la uni-

8. *¿EL Congreso Monocameral o bicameral?*, Ámbito Jurídico, Bogotá, Septiembre 16 al 29 de 2002.

dad nacional, la otra cámara garantiza la representación de las entidades territoriales. Como ejemplos se citan Italia 1948, Francia 1958, España 1978, y obviamente Estados Unidos de América, aunque no así el caso inglés que responde a especificidades históricas que no vienen al caso.

Sin embargo, la grave alteración del orden público que afecta el país así como el déficit fiscal, parecen haber excluido de la agenda legislativa y constitucional el proceso autonómico colombiano, lo cual resulta más evidente si se opta por una sola cámara, de acuerdo a la propuesta de reforma del artículo 171 constitucional, en la que los intereses territoriales y nacionales imperativamente habrían de confundirse.

Se hace notar además, que la propuesta como ha sucedido no pocas veces cuando de reforma del Estado se trata, incurre en el error de fundarse en criterios organicistas sacrificando por un lado aspectos funcionales y por otro, principios basilares del estado constitucional que antes que utopías disfuncionales al sistema, constituye conquistas del estado constitucional de occidente.

En efecto el monocameralismo responde a una estructura instrumental al propósito de concentración del poder. Las técnicas de su división entre distintas ramas o al interior de las mismas, han sido siempre mecanismos previstos para lograr controles y equilibrios recíprocos entre los distintos órganos que conforman el Estado. Contrariamente, la concentración del poder tiende siempre a degenerar en arbitrariedad. Puede degenerar también en evidente merma del Congreso, cuya función única no es legislar; el ejercicio del control político, serio, responsable y ponderado, funcional al interés público y no particular, oportunista y mezquino, como en veces sucede, es sin lugar a dudas, la principal razón de ser de los parlamentos modernos.

Puede un congreso unicameral mantener una férrea independencia frente al ejecutivo para ejercer adecuadamente esa función de control? El riesgo es doble: o bien se plega dócilmente una vez adelgazado tanto en su estructura orgánica como en el número de sus componentes, a la voluntad de quien es a la vez jefe de estado y de gobierno y a sus ministros, o bien, mediante un comportamiento monolítico facilitado por su nueva y simple estructura, bloquea las decisiones gubernamentales en forma sistemática contribuyendo al descuadernamiento aún mayor del Estado.

Otras muchas propuestas del referendo en comento parecen sí funcionales al objetivo propuesto, aunque dicho sea de paso, no suficientes. El cambio de las costumbres políticas, el fortalecimiento de los partidos, así como un estricto estatuto moral, aunado a una reforma del sistema electoral y complementado con un gran esfuerzo de modernización funcional del Congreso que redunde en mejoramiento de la técnica legislativa parecen más adecuados para lograr los impostergables cometidos propuestos.

La propuesta actual es en buena hora, más modesta en sus pretensiones. Así, conserva las dos cámaras y reduce de 100 a 81 el número de senadores, incluyendo las circunscripciones nacionales especiales para minorías políticas -4-.

Por otro lado, permanece la circunscripción nacional para Senado que no sólo no resulta funcional al principio de autonomía territorial, sino que además contribuyó a encarecer notablemente las campañas políticas.

Se introduce, y esta sí es una novedad, el concepto de umbral, de tal manera que para la asignación de curules en la circunscripción nacional sólo se tendrá en cuenta las listas que obtengan al menos el dos por ciento de los votos emitidos válidamente, lo cual contribuye a calificar la representatividad y desestimula las microempresas electorales.

En cuanto a la Cámara, además de modificar los parámetros para establecer el porcentaje de la población que le da derecho a cada circunscripción territorial a tener un representante más, se establece el método D'Hont o cifra repartidora.

Igualmente se determina un umbral, lo cual cualifica la representatividad y se disponen circunscripciones especiales para minorías políticas, comunidades indígenas y comunidades afrodescendientes, lo mismo circunscripciones especiales de paz.

7. Pérdida de investidura

PREGUNTA: PARA CONSOLIDAR LA RECUPERACION INSTITUCIONAL DEL CONGRESO, LAS ASAMBLEAS Y LOS CONCEJOS Y PARA CASTIGAR PRÁCTICAS INDEBIDAS AUN NO CONTEMPLADAS EN LA CONSTITUCIÓN, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Los ordinales 2, 6, 7 y 8 del artículo 183 de la Constitución Política quedarán así:

Artículo 183.- Los congresistas, los diputados, los concejales y cualquier otro miembro de corporación elegida popularmente, perderán su investidura:

2. Por la inasistencia sin causa justificada en un mismo periodo ordinario de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias, o de la respectiva Comisión Constitucional, que hubieren sido citadas para votar proyectos de acto legislativo, de ley, mociones de censura, o elección de funcionarios.

6. Por violar el régimen de financiación de las campañas electorales, por negociar votos, o por participar en prácticas de trashumancia electoral.

7. Por celebrar o ejecutar cualquier acuerdo que hubiere tenido por objeto el ingreso a la Corporación de quien deba sustituirlos, o por alegar como motivo para retirarse de la misma una incapacidad absoluta o una renuncia que se probaren injustificadas. En caso de acuerdos perderán la investidura las partes involucradas.

8. Por gestionar o aceptar auxilios con recursos públicos, cualquiera que hubiese sido su forma de aprobación o ejecución.

9. El servidor público que ofrezca cuotas o prebendas burocráticas a uno o mas Congresistas a cambio de la aprobación de un proyecto de acto legislativo o ley será sancionado por falta gravísima sancionable con pérdida de empleo

Parágrafo. La ley en cualquier tiempo reglamentará las causales de pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones públicas, para garantizar los principios de legalidad, del debido proceso y de la culpabilidad. Igualmente, fijará el procedimiento para tramitarla, y dispondrá una mayoría calificada para imponer la sanción y su graduación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Facúltese al Presidente de la República para que en el término de 90 días, contados a partir de la entrada en vigencia de este acto legislativo, mediante decreto con fuerza de ley, adopte las disposiciones anteriores.

La propuesta de reforma al artículo 183 constitucional actual mediante la cual se establecen las causales de pérdida de investidura, es decir las conductas sancionables con ese específico efecto respecto de congresistas, concejales, diputados y cualquier otro miembro de corporación elegida popularmente, constituye una mejoría respecto del texto actual⁹, vago, impreciso, ambiguo y ambicioso. Ésta aporta mucho en claridad, concisión y adecuada descripción típica de la conducta sancionable, a la vez que amplía la institución a los miembros de las asambleas, los concejos y miembros de juntas administradoras locales.

9. Los Congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen d inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. Parágrafo: las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor", recita el artículo 183 constitucional hoy vigente.

Se destaca el método para evitar pactos entre principal y suplente, de tal manera que éste entre a ocupar la curul no por existir una causa objetiva constitutiva de falta, sino para *honrar* pactos contrarios al interés general o a las leyes, como por ejemplo aquellos destinados a garantizar los carruseles pensionales.

Corresponde igualmente sancionar el haber gestionado o recepcionado auxilios públicos, cualquiera sea la forma con la que se quieran presentar; y hay lugar, igualmente, a sancionar a los servidores públicos que intenten mermar la autonomía del voto parlamentario, ofreciendo prebendas a cambio de decisiones en determinado sentido.

El carácter estricto del régimen sancionatorio planteado se acompaña con la expresa mención de principios propios del debido proceso y de la responsabilidad subjetiva, lo cual es indeclinable en un Estado que se pretenda racional y de derecho. Sobre el punto conviene señalar que cursa igualmente un proyecto de reforma constitucional mediante el cual se establece la doble instancia para los procesos de pérdida de investidura. Esta iniciativa presentada por el Fiscal General de la Nación constituye un aporte importante a nuestro sistema de garantías procesales.

8. Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos

PREGUNTA: COMO MEDIDA DE SOLIDARIDAD DE LOS ALTOS DIGNATARIOS CON EL PUEBLO COLOMBIANO, PARA REDUCIR LAS DESIGUALDADES SOCIALES Y CONTROLAR EL GASTO PÚBLICO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto:

Las pensiones de los servidores públicos con cargo al tesoro público, no podrán superar en ningún caso el monto de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni la edad exigida para tener derecho a la pensión de vejez, podrá ser inferior a la establecida en el sistema general de pensiones, con excepción de los miembros de la fuerza pública. En todo caso, se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigencia del presente Acto Legislativo.

Los servidores públicos que hayan cotizado el número de semanas exigidas y les faltare cinco (5) años o menos para tener derecho a la pensión, se les aplicaran las normas vigentes a la promulgación del presente Acto Legislativo.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo y hasta el mes de diciembre del año 2006, no se incrementarán las asignaciones o pensiones del Presidente de la República, de los miembros del Congreso, de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, de los Ministros del Despacho, del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, del Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, ni de los demás servidores públicos o funcionarios de entidades de derecho privado que administren recursos públicos o pensionados, que sean superiores a 20 salarios mínimos legales mensuales. Lo previsto en esta disposición no supondrá una reducción acumulada superior al 30% de los salarios ni de las pensiones actuales en términos reales.

Uno de los grandes huecos de las finanzas públicas colombianas tiene origen en el monto del cálculo actuarial de las pensiones. Muchos factores, además de parálisis de la economía nacional, han contribuido a incrementar la brecha entre el pasivo pensional y los recursos para atenderlos: convenciones colectivas excesivamente generosas, fallos judiciales sobre indexación, leyes creadoras de regímenes de excepción, y lo más graves: defraudaciones millonarias al erario público.

En éste contexto, opta el gobierno por el atípico sistema de topes constitucionales para reconducir las finanzas públicas y evitar desmanes futuros; y digo futuros, porque frente a los derechos adquiridos nada puede hacerse mediante reforma constitucional.

Sea como fuere, en todo caso ésta no es norma constitucional aunque de ser aprobada y considerada acorde con la Constitución por el órgano de control jurisdiccional ha de fungir como tope material tanto para el Congreso como para la Corte Constitucional.

El casuismo de la redacción permite desde ya, anticipar problemas práctico en la aplicación de esta norma constitucional destinada finalmente a regular una realidad económica y social caracterizada por su volatilidad y variabilidad.

9. Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales

PREGUNTA: PARA SUPRIMIR LAS CONTRALORÍAS MUNICIPALES, DISTRITALES Y DEPARTAMENTALES, Y ASIGNAR SUS FUNCIONES A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El artículo 272 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 272. El control de la gestión fiscal de las entidades del orden territorial será ejercido, con austeridad y eficiencia, por la Contraloría General de la República, para lo cual podrá apoyarse en el auxilio técnico de fundaciones, corporaciones, universidades, instituciones de economía solidaria o empresas privadas escogidas en audiencia pública celebrada previo concurso de méritos en el que se tendrá en cuenta prioritariamente el que estas entidades sean oriundas de la región de que se trate. Las decisiones administrativas serán de competencia privativa de la Contraloría.

Las Contralorías territoriales hoy existentes quedarán suprimidas cuando el Contralor General de la República determine que está en condiciones de asumir totalmente sus funciones en el proceso de transición se respetará el período de los contralores actuales. Los funcionarios de la Contraloría General de la República que se designen para desempeñar estos cargos serán escogidos mediante concurso de méritos y deberán ser oriundos del departamento respectivo.

Los comentarios a esta iniciativa, que por poco muere en la Cámara de Representantes, son mismos que los plasmamos en el numeral siguiente.

10. Supresión de las Personerías

PREGUNTA: PARA AHORRAR RECURSOS DE LOS DISTRITOS Y MUNICIPIOS DEL PAÍS Y PARA QUE PUEDAN AUMENTAR SU INVERSIÓN SOCIAL, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el Artículo 280 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, dentro de su respectiva competencia, ejercerán todas las facultades que en la Constitución y la Ley se atribuyen a las Personerías municipales o Distritales. La Procuraduría y la Defensoría cumplirán estas funciones con austeridad y eficiencia, pudiendo apoyarse en el auxilio técnico de fundaciones, corporaciones, universidades, instituciones de economía solidaria o empresas privadas escogidas en audiencia pública celebrada previo concurso de méritos. Las decisiones administrativas serán de competencia privativa de la Procuraduría o de la Defensoría.

El Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo reorganizarán sus entidades para asumir las funciones previstas en este artículo. En aquellos municipios donde no lo puedan hacer se mantendrá la personería respectiva. A más tardar el 31 de diciembre de 2003 quedarán supri-

midas todas las personerías de las ciudades capitales y las de los municipios de más de 100 mil habitantes.

En el proceso de transición se respetará el período de los Personeros actuales. Los funcionarios de la Procuraduría o de la Defensoría que se designen para desempeñar estos cargos serán escogidos mediante concurso de méritos y deberán ser oriundos del departamento respectivo.

Todas aquellas iniciativas tendientes a racionalizar la estructura y el funcionamiento del Estado, son de buen recibo, máxime en aquellos caso en los que es posible identificar una injustificada duplicidad de funciones. Es que la Contraloría General de la República cuenta ya con gerencias departamentales en perfecta capacidad de asumir la función de control fiscal en cada entidad territorial. Otro tanto se puede plantear respecto tanto de la Procuraduría como de la Defensoría, que deberían entrar a suplir las funciones de las personerías.

Lo que no se explica es porqué junto con el criterio meritocrático para designar los funcionarios locales que habrían de asumir la función, debe tenerse en cuenta su proveniencia local. Una vez asumida una concepción racional normativa del Estado y predefinido normativamente las conductas fiscalmente sancionables, elementos culturales determinados por un modo de ser regional, deben resultar irrelevantes para el investigador, pues la ley es igual para todos. Este principio también aplica para cualquier ciudadano, que cumpla los requisitos y pretenda ocupar los cargos a los que nos estamos refiriendo. El elemento regional o cultural adquiere relevancia cuando de fijar políticas públicas se trata, caso en el cual resulta pertinente tomar en consideración las especificidades de cada zona del país y de cada comunidad, no cuando se trata de garantizar la integridad de ordenamiento jurídico erigido para la protección patrimonial del Estado.

11. Auxilios con dineros públicos

PREGUNTA: PARA ERRADICAR DEFINITIVAMENTE LA PRÁCTICA DE LOS LLAMADOS AUXILIOS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 355 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Así mismo, queda prohibida cualquier forma de concesión de auxilios con recursos de origen público, bien sean de la Nación, los departamentos o los municipios, sus entidades descentralizadas o los Establecimientos públicos o las empresas industriales y comerciales o las sociedades de economía mixta, mediante apropiaciones, donaciones o contratos que tengan por destino final, en todo o en parte, apoyar campañas políticas, agradecer apoyos o comprometer la independencia de los miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, la violación de estas prohibiciones constituye causal de destitución o desvinculación para el servidor público que la promueva, tolere o ejecute, lo mismo que de inhabilidad para el ejercicio, en el futuro, de cualquier otro cargo o función pública, y de pérdida de investidura para el congresista, diputado, concejal o miembro de Juntas Administradoras Locales que la consume.

Ha sido lamentable que en el país a pesar de la expresa prohibición constitucional, la creatividad y inventiva se apliquen a encontrar esguinces a prohibiciones de este orden con graves consecuencia en términos de moralidad pública y detrimento patrimonial, pero por sobretodo con una nociva capacidad de comprometer la independencia de las corporaciones públicas, particularmente al Congreso, con efectos perversos para el adecuado funcionamiento del Estado, dentro de una lógica de pesos y contrapesos.

La descripción de las formas como se pueden canalizar recursos para burlar la prohibición constitucional de los auxilios, también resulta adecuada, lo mismo que la inclusión de otros servidores públicos, distintos de los miembros electivos de las corporaciones públicas en este tipo de prácticas irregulares, en las que le cabe gran responsabilidad al ejecutivo.

12. Nuevos recursos para educación y saneamiento básico

PREGUNTA: PARA ORIENTAR LOS AHORROS QUE A LAS ENTIDADES TERRITORIALES PRODUCIRÁ ESTA REFORMA HACIA SUS NECESIDADES FUNDAMENTALES, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Inclúyese en la Constitución Política un artículo nuevo, que codificará la Sala de Consulta del Consejo de Estado y que quedará así:

El ahorro generado en las entidades territoriales por la supresión de las contralorías territoriales y las personerías, se destinará, durante los 10 años siguientes a su vigencia, a la ampliación de la cobertura y al mejoramiento de la calidad, en educación preescolar, básica y media, y a la construcción y sostenimiento de Restaurantes Escolares o al saneamiento básico. La ley, a iniciativa del Gobierno, reglamentará el modo de aplicación de estos recursos.

El método casuístico de vinculación de los recursos provenientes de un falso ahorro, a cometidos específicos, riñe con una adecuada técnica constitucional y presupuestal. Y digo falso ahorro porque precisamente la eliminación de las contralorías y personerías departamentales se hace imperativa entre otras varias razones, por una con peso específico ineludible: el déficit público, de tal manera que el ahorro no es precisamente acumulable en una partida para los fines indicados en el proyecto, sino que sencillamente se traducen en reducción de los altísimos índices del déficit público. Por esa razón resulta o contraproducente para la política de austeridad que debe implementar el gobierno, o falaz, la propuesta del artículo en comento.

13. Recursos para educación y saneamiento básico

PREGUNTA: PARA FORTALECER LOS PLANES DE EDUCACIÓN Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El artículo 361 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 361. Los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios y Cormagdalena se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán así: el 56% a la ampliación de la cobertura con calidad en educación preescolar, básica y media, el 37% para agua potable y saneamiento básico y el 7% para el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades Territoriales.

La ley, a iniciativa del Gobierno reglamentará la materia.

En cuanto a este artículo, nuevamente se impone una destinación específica rentas que le quita toda flexibilidad a al manejo presupuestal; cabe además preguntarse qué sucede cuando los índices en educación preescolar, básica y media, saneamiento básico y cobertura de pensiones de las entidades territoriales, cambien? ¿Se seguirá destinando el mismo porcentaje o se tramitará otras reforma constitucional?

Es que la destinación específica de los recursos públicos se determina mediante la ley anual de presupuesto, que como su nombre lo indica se hace año por año, precisamente por la naturaleza altamente variable del objeto que le corresponde reglar.

14. Finanzas públicas sanas

PREGUNTA: EN RAZÓN DE LA SITUACIÓN FISCAL DEL PAÍS ¿DESEA USTED DISPONER LAS MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO CONTENIDAS EN EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase al artículo 345 de la Constitución Política el siguiente párrafo transitorio:

Parágrafo Transitorio. Los gastos de funcionamiento de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, de las entidades descentralizadas, autónomas, de naturaleza especial o única, que administren recursos públicos y de las territoriales, incluidos los salarios y las pensiones superiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales, no se incrementarán con relación a los gastos del año 2002 durante un período de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo. Se exceptúan: el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios; los gastos destinados a la expansión de la seguridad democrática diferentes de los correspondientes a salarios; el pago de nuevas pensiones; y las nuevas cotizaciones a la seguridad social o las compensaciones a que haya lugar.

De registrarse a finales de diciembre del año 2003 ó 2004 un incremento anual en la inflación, calculada de acuerdo con el IPC, superior al correspondiente para el año 2002, se incrementarán los salarios y pensiones en un porcentaje igual a la diferencia entre la inflación registrada en cada uno de estos años y la correspondiente al año 2002.

El ahorro de los departamentos, distritos y municipios, generado por el menor crecimiento del gasto financiado por el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, lo destinarán las entidades territoriales para reservas del Fondo Nacional de Pensiones Territoriales, del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y para el pasivo pensional del sector salud.

Exótica por decir los menos, resulta una norma constitucional, tendiente a congelar el gasto de funcionamiento de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, de las entidades descentralizadas, autónomas, especiales y únicas, de las que administren recursos públicos y de las territoriales.

Lo más lamentable es que, si esa fuese la fórmula adecuada para sanear las finanzas públicas, porqué adoptarla mediante reforma constitucional en lugar de reflejarla sencilla y técnicamente en las partidas de la ley anual del presupuesto, como corresponde en un régimen democrático de división de poderes en el que el ejecutivo presenta el proyecto respecto y el Congreso previa deliberación democrática procede a su aprobación teniendo en cuenta las previsiones económicas del momento, cuya mutabilidad e imprevisibilidad, al menos en el estado actual de desarrollo de esa ciencia, son evidentes.

¿Qué sucedería si se aprueba una norma de este tipo y luego nos encontramos ante una hecatombe, Dios no lo quiera, como la Argentina del año 2002 que obligue a reducir las partidas del presupuesto nacional y no sencillamente a no incrementarlas. O qué mejor aún, si el país se ve beneficiado de una bonanza, petrolera, cafetera o no sé, cualquiera otra que una visión más poblada de optimismo pudiera sugerir? Los dos ejemplos extremos del panorama económico futuro ponen en evidencia la no pertinencia de disposiciones constitucionales contentivas de medidas económicas rígidas, así sean de carácter transitorio. Las constituciones, o más específicamente, las constituciones económicas contienen un modelo, unos valores, unos cometidos, las bases de una políticas

públicas, que vez por vez han de ser colmadas por el legislador atendiendo las específicas circunstancias y los procedimientos para su concreción. Fórmulas cerradas, completas, se atraviesan como un iceberg en la ruta de navegación contenida en la norma fundamental de una Nación.

15. Partidos Políticos

PREGUNTA: PARA MEJORAR Y RACIONALIZAR EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Sustitúyese el inciso primero y adiciónanse los siguientes textos del artículo 108 de la Constitución Política:

Artículo 108. El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los Partidos, o Movimientos Políticos o grupos significativos de ciudadanos que hayan obtenido en las últimas elecciones para Senado o Cámara de Representantes, una votación equivalente al dos por ciento (2%) o más de los votos válidos emitidos en el territorio nacional, así como a los partidos o grupos significativos de ciudadanos y organizaciones políticas que hayan obtenido una cifra superior al cinco por ciento (5%) de los votos válidos en las elecciones presidenciales. La Personería Jurídica aquí establecida se extinguirá cuando no se obtenga el número de votos mencionados.

Los partidos y movimientos políticos que inscriban candidatos a la circunscripciones especiales de minorías de Senado y Cámara no se les exigirá lo referido en el presente artículo para la obtención de su Personería. En estos casos, será suficiente con conseguir representación en el Congreso.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones.

Los grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

En ningún caso un partido o movimiento político o ciudadano podrá avalar más candidatos que el número de curules por proveer en cada elección.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos.

Los partidos o movimientos políticos o ciudadanos que tengan representación en el Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y las Juntas Administradoras Locales, actuarán como bancadas en la respectiva Corporación en los términos que señale la ley.

Parágrafo. El Congreso de la República expedirá la ley que reglamenta la materia.

Las microempresas políticas han determinado un gran desorden no sólo en las campañas políticas sino el comportamiento de las corporaciones públicas. Recuperar los partidos parece ser un presupuesto de la democracia, lo mismo que la democratización interna de los mismos.

Sobre el primer punto, Silvio Gambino comenta que en Italia gozaron, lo mismo que en España, de mucha popularidad, las propuestas de reforma al sistema electoral orientadas a debilitar los partidos pues por esa vía rompe el monopolio de los mismos y aumenta las alternativas de los electores.

Sin embargo esa premisa teórica, en la práctica no parece haberse verificado, sencillamente porque las alternativas electorales no parecen ser mejores a las presentadas por los partidos, pues en realidad las empresas electorales uninominales aparecen ligadas a redes clientelistas, y particularmente Italia, a organizaciones criminales y mafiosas¹⁰.

10. *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini 1997, pp. 88-91.

Por las anteriores consideraciones el autor concluye que: "...la propuesta de *depatitizzazione* del Estado, tienen que observar que el principal punto de partida es que los partidos continúan siendo instituciones centrales para el funcionamiento de las formas de gobierno.... que la pretensión de debilitar los partidos puede ser, a largo plazo, contraproducente y disfuncional para la democracia..."¹¹.

Perece ser éste el telos del artículo, aunque obviamente no deja de ser un primer intento de fortalecimiento a los partidos, definitivamente tímido e insuficiente.

16. Contra el narcotráfico y la drogadicción

PREGUNTA: PARA PROTEGER LA SOCIEDAD COLOMBIANA, PARTICULARMENTE SU INFANCIA Y SU JUVENTUD, CONTRA EL USO DE COCAÍNA, HEROÍNA, MARIHUANA, BAZUCO, ÉXTASIS Y CUALQUIER OTRO ALUCINÓGENO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Agrégase al artículo 16 de la Constitución Nacional, un segundo inciso que quedará así:

Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción, El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción y de recuperación de los adictos, y sancionará, "con penas distintas a la privación de la libertad", el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes.

Este artículo se incluye a la iniciativa de referendo como una manera de atraer la atención de la opinión pública sobre la iniciativa, es decir como una estratagema electoral, lo cual es posible precisamente porque éste si que es un tema apropiado para referendo.

Precisamente en su momento hubo de plantearse que asuntos de tanta sensibilidad moral debían diferirse a la decisión directa del pueblo. Al respecto se dijo:

En 1994 la Corte Constitucional se pronunció con una sentencia que causó gran impacto, no sólo porque suponía la formulación de una política pública distinta a la definida con el Gobierno y el Congreso en materia de consumo de drogas en cuanto a hacer prevalecer la prevención sobre la represión, sino precisamente por el impacto que supuso sobre la estructura de valores de los colombianos. El fallo, identificado como el C-221 de 1994, contiene la plena definición de los parámetros de la política pública que debería implementarse en ese ámbito:

No puede pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

...dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que [...] desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados.

11. *Ibidem*, p. 97.

Compartir las orientaciones de la Corte Constitucional, e incluso, en este caso, las conclusiones a las que llega, no puede llevarnos a aceptar el comportamiento institucional de una Corporación judicial de suplantación de las instancias legislativas y administrativas del Estado.

Dentro de estos parámetros de razonamiento, tampoco es admisible la extrapolación de conceptos morales dentro de la argumentación jurídica, tal como se procedió en la sentencia en comento. El debate más calificado sobre la cuestión se plasmó en Derecho y argumentación, de Manuel Atienza, donde además de analizar el fallo sub examine y su salvamento de voto se comenta el artículo de Hernando Yepes Arcila “La sentencia C-221-94: ¿Delimitación ontológica del derecho o mutación constitucional?”, publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano en 1995.

Algunos apartes del debate resultan sumamente ilustrativos:

La crítica que Yepes -dice Atienza- dirige a la sentencia se puede condensar en los [...] puntos siguientes:

[...] En primer lugar, destaca -en relación con el “estilo” de la sentencia, pero sin que ello deje de tener, como se verá, consecuencias de “fondo”- “la tendencia de la Corte a trascender el plano jurídico-dogmático de los problemas sometidos a su decisión” para planteárselos “como problemas metajurídicos a través de la discusión de su anclaje en las grandes estructuras del pensamiento, y en los supuestos culturales, antropológicos, metafísicos y éticos de las normas examinadas. Ello contrastaría con el Tribunal Constitucional federal de Alemania que, al afrontar el mismo tema del consumo de drogas (y por las mismas fechas: marzo de 1994), lo habría resuelto al hilo de la noción estrictamente técnica de “proporcionalidad normativa”. Ese “estilo” tiene, según Yepes, dos peligros: a) abandonar la “tierra firme” que proporciona el “método jurídico” y, al incursionar en los “supuestos axiológicos preconstitucionales”, invadir lo que sería competencia del constituyente; b) “convertir los fundamentos de los fallos en confesiones de escuela, desposeyéndolos, de paso, de la universalidad legitimadora que sólo el dato dogmático del derecho positivo tiene actitud para comunicarle”¹².

A estos planteamientos Atienza responde citando a Nino, en el sentido que el razonamiento justificativo jurídico involucra inevitablemente un aspecto moral, y al respecto anota: “La argumentación jurídica (piensa Nino, y muchos otros autores: Dworkin, MacCormick, Alexy, etc.) viene a ser, en consecuencia, un caso particular de la argumentación moral”¹³.

Adoptando el tono que Atienza le da a la polémica, podría a su vez refutársele su argumento por sospechoso, por servirse en exceso de la auctoritas; pero en realidad sobre el punto lo que interesa subrayar es que una cosa es que la argumentación jurídica venga a ser “en consecuencia, un caso particular de argumentación moral”, o que las sentencias del Tribunal Constitucional alemán se vean salpicadas de argumentos morales, y otra muy distinta es que el método jurídico se vea suplantado por parámetros morales.

Las decisiones contenidas en las sentencias T-239 de 1997 y 333 de 1998, referidas a los temas de la eutanasia y el incesto, generan los mismos interrogantes.

La primera, la sentencia relativa a la eutanasia, luego de un raciocinio sobre los elementos subjetivos del tipo penal, sin que le merezca mayores reflexiones la comparación entre la norma acusada y la Constitución¹⁴ -que sólo resulta pertinente para la corporación al sostener la tesis de que nuestro derecho penal es un derecho del acto y no del autor, habida cuenta que en el artículo 29, cuando se plasma el principio del Estado

12. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp 103 y 104.

13. *Ibid.*, p. 109.

14. Y que es la actividad central y única del juez constitucional.

de derecho, en virtud del cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, se hace referencia al término *acto*, lo cual no deja de ser una aproximación algo *sui generis* al concepto de debido proceso-, resbala inmediatamente en consideraciones iusfilosóficas.

La concepción moral sobre la vida, su carácter sagrado o no, termina siendo el marco del razonamiento conceptual de la Corte para llegar a concluir sorprendentemente, bajo una óptica supuestamente pluralista, que la concepción de carácter sagrado está proscrita del ordenamiento jurídico: “Además, si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

Nótese que al incursionar en los terrenos morales, a partir de una concepción filosófica preconcebida, la Corte Constitucional se traiciona a sí misma, pues lo que pretendía era “...resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior”. Pues bien, una perspectiva secular supone la separación Estado-Iglesia, y dentro del Estado está la Corte Constitucional, que no puede, o mejor, no debe, predefinir que el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia; en un Estado laico, secularizado, ello debe admitirse. De lo contrario se traicionaría también el valor del pluralismo.

Es que si se pretendiera obtener consecuencias jurídicas de la afirmación de la Corte llegaríamos al absurdo de considerar que la eutanasia sería obligatoria en nuestro orden constitucional.

Dentro de la misma concepción iusfilosófica, el ponente considera que la Constitución regula las relaciones de sujetos morales; en realidad, mucho trecho ha andado la civilización para que al ser humano se le asuma como sujeto de derecho y, en relación al Estado, como ciudadano, titular además de derechos políticos. Situar el derecho constitucional en la órbita de la moral y tender a su homologación no deja de ser un alto riesgo en términos de pérdida de la función garantista del derecho para devolverlo, aunque sea con ocasión del control jurisdiccional de constitucionalidad, a la esfera del subjetivismo y la arbitrariedad, de la autoridad. En otros términos, ese modo de razonar entraña un alto riesgo de autoritarismo moral, que tal vez es el de peor raigambre. La sentencia sobre el incesto también resulta inquietante bajo esta perspectiva.

Lo primero que se debe destacar es el acervo probatorio que integró el magistrado sustanciador: dos conceptos de dos médicos genetistas, el concepto de una socióloga, el concepto de un psicoanalista, el concepto de una psicóloga y dos antropólogos. Respecto de este modo de proceder de la Corporación, cabe precisar que en realidad conceptos de autorizados científicos no constituyen ni un método epistemológicamente válido para la sociología jurídica en cuanto a la finalidad de aprehender el objeto de estudio, ni un método probatorio de recibo para el derecho constitucional cuando de establecer la constitucionalidad de una norma se trata, pues en este último caso el juez constitucional debe realizar un análisis de correspondencia entre la norma superior, la Constitución, y la norma acusada.

En todo caso, de esa sentencia merece destacarse el aparte 10, en cuanto a la relevancia constitucional de los criterios de moralidad pública que subyacen en una norma le-

gal. En este caso la Corporación hizo un juicioso análisis de las relaciones entre derecho y moral. Allí se acepta que la ley suele reflejar los principios morales compartidos por las mayorías representadas en el órgano legislativo, y por ello se afirma que el derecho es moral positivizada. Allí también se consigna que "...no escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría..."

Las anteriores consideraciones son inobjetable; no así las que siguen: "En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíben en la Constitución, y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución de cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios".

Pues no, realmente no se puede compartir la afirmación de la Corte en cuanto asigna al juez constitucional la función de construir o refrendar la moral pública; el juez constitucional debe velar por la supremacía de la Constitución, incluyendo obviamente su axiología, y no fungir de cuarto poder moral.

La limitación del poder por el derecho constituye un hito de la civilización. La irracionalidad y la arbitrariedad del poderoso ceden, para someterse a un conjunto de parámetros, reglas, normas de conducta, nomos, preestablecidos, racionales y con vocación de crear un orden objetivo para la convivencia pacífica. Esa es precisamente la razón de ser del constitucionalismo entendido como "...los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política [...] el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica impuesta al gobierno. El constitucionalismo se propone así sustituir el gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno *del derecho*"¹⁵.

El gobierno de las leyes, concepto plasmado ya por Aristóteles en La Política, no sólo supone una concepción del ejercicio del gobierno sustraído del arbitrio del gobernante y la ordenación del Estado articulado a partir del valor guía de la legalidad en términos de Estado de derecho, sino que además encuentra consagración epistemológica en el positivismo jurídico, cuyo mayor exponente es Hans Kelsen y de cuya idea del derecho se destaca su aspiración de determinar "...un concepto de derecho absolutamente libre de cualquier residuo moralista. Puede incluso decirse que dicho concepto se delinea en sus obras a través de un esfuerzo constante de investigación y de demarcación del confín de la esfera moral, por un lado, y del mundo de la naturaleza con respecto al universo jurídico, por otro; por una parte, la ética, y por otra, la sociología; por una parte, la metafísica, y por otra, la naturaleza; por una parte, el imperativo absoluto, y por otra, la causalidad"¹⁶.

No se trata de obviar lo anotado por Renato Treves, el sociólogo jurídico italiano, y reportado por Pattaro en el mismo texto citado, en cuanto a que esa definición del derecho responde a una posición ideológica. Tampoco se trata de desconocer que el asunto

15. TAMAYO y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Coahuacán, Méjico 1998, p. 91. Las comillas simples en la expresión del *derecho* responden a la aclaración del autor en el sentido que utiliza la expresión no con el alcance meramente técnico del derecho.

16. Así introduce PATTARO, Enrico, de la Universidad de Bolonia, el análisis de la *teoría pura del derecho: Elementos para una teoría del derecho*. Debate, Madrid 1996, p. 51.

reviste suma complejidad: el derecho siempre se ha ocupado de la moral, bien en el momento de su producción para transformar los preceptos morales en imperativos jurídicos, lo que supone su generalización y objetivación, o bien en la instancia doctrinaria, para determinar fronteras e interacciones.

Con relación al último aspecto, el doctrinario, la frontera entre las dos escuelas del pensamiento jurídico más representativas se plantea, sin lugar a duda, a partir de las disquisiciones alrededor de las relaciones entre moral y derecho. Así, para el iusnaturalismo “la ley no es más que la ordenación de la razón tendente al bien común, promulgado por aquel que tiene a su cargo el gobierno de la comunidad”. Se está citando a Santo Tomás de Aquino en su Tratado de las leyes, donde se plasma una concepción de ley inescindible, por definición, de la categoría ética de bien común. Esa simbiosis es absolutamente inexistente para el positivista John Austin, que cinco siglos después sostiene que la ley es una orden coactiva que puede ser sensata o necia, justa o injusta¹⁷.

Respecto de lo primero, es decir, en cuanto a los valores que irradian el derecho en el momento de su formulación, ello es así en tanto que el fenómeno jurídico es un fenómeno eminentemente cultural porque, como lo explica el jurista Jorge Vélez García, en su formación interviene la acción del hombre¹⁸. Esta o aquella opción ideológica y moral determina el modelo jurídico mismo de Estado: así, una vez “Universalizada la Constitución escrita, *constitucionalismo* llegó a significar: conjunto de ideologías y doctrinas que tienen como principal objetivo que los sistemas políticos tengan sus reglas de juego político y las funciones de los detentadores del poder establecidas en un documento solemne denominado *Constitución*; documento especialmente protegido, con respecto a sus reformas, por una suprallegalidad constitucional”¹⁹.

“Siendo un objeto cultural, al igual que los demás objetos de este género, el derecho está compuesto de un sustrato y de un sentido. El sustrato son las reglas, las normas, las leyes, los reglamentos, las sentencias, etc., que materialmente constituyen la sustancia de que está compuesto; el sentido es el significado de las normas, el propósito o finalidad que el autor les atribuyó a las reglas jurídicas, la razón de ser por la cual fueron dictadas. Si el derecho es producto de la actividad humana, y si toda acción del hombre está orientada hacia un fin específico, es lógico deducir que en el derecho existen unos propósitos predeterminados por el legislador y que en la adopción de aquellos la intención del autor haya jugado el papel que en cualquier situación realiza, frente a varias posibilidades de acción, toda voluntad consciente: la adopción de una de esas posibilidades. Por lo tanto, en toda norma de derecho (como cualquier objeto cultural) el sentido está cifrado en dos factores determinantes: la elección consciente realizada por la voluntad legislatora, que entre varias posibles formas de regular una conducta con un sentido determinado ha escogido aquella concretada en regla; y la idea de que la regla adoptada es la mejor, la más conveniente, la más apropiada, la más justa [...] lo que debe ser...”²⁰

La referencia traída a este texto describe perfectamente el momento y el proceso de inserción del valor en la norma jurídica, esto es, la decisión, la escogencia de determinada opción, la *más valiosa*, la que tiene *sentido*.

17. Al respecto consúltese *Ética y Derecho*, de LYONS, David, Ariel, Barcelona 1989, pp. 19 y ss.

18. VÉLEZ GARCÍA, *Derecho y valores*, cit., p. 76.

19. TAMAYO y SALMORÁN, *op. cit.*, p. 199.

20. VÉLEZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

La introducción de determinados valores en la norma jurídica los transforma en imperativos y vinculantes, pero no por su dimensión ética, sino por su transmutación en imperativos jurídicos. Ello sin perjuicio de la complejidad que para el intérprete jurídico comporta su aplicación directa en consideración a la textura abierta de las normas que cristalizan valores.

En todo caso, la política constitucional y la política legislativa, que suponen, entre otras, optar por esta o aquella alternativa ética, se deciden, en un sistema de *civil law*, ordinaria y preferiblemente, en el momento de creación de la norma, esto es, al proferir la Constitución o la ley. Ello sin desconocer la función creadora, pero por sobre todo integradora del orden jurídico, que cumple la decisión judicial, que en todo caso escapa a la legitimidad democrática directa; de ahí que no se conciba primigeniamente como instancia capaz de definir ni políticas públicas ni opciones morales para una determinada sociedad. Gustavo Zagrebelsky, en *El derecho dúctil*, alerta sobre "...el peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador".

Interesa entonces destacar la existencia de dos categorías conceptuales que, si bien es cierto interactúan en la práctica y se implican recíprocamente -la moral y la jurídica-, no pueden ser confundidas por los operadores jurídicos y tanto menos por las autoridades estatales cuando imparten justicia, optando por fundar sus razonamientos en consideraciones ideológicas o morales, suplantando los mandatos jurídicos y los métodos de interpretación del derecho. Por esa vía la razón de ser del estado de derecho se diluye, la vocación garantista del derecho cede para abrirle paso a un decisionismo judicial sometido a la precariedad e incertidumbre del subjetivismo.

En tratándose de la jurisprudencia constitucional, la cuestión no se plantea sólo como una suplantación de la instancia política, al definir la política legislativa y por esa vía las políticas públicas, tal y como ya se indicó. En veces el juez constitucional se ha asumido como poder constituyente, determinando la política constitucional, y no sólo: por esta vía ha rayado con lo que hemos llamado un cuarto poder moral, ajeno a cualquier concepción auténtica de libertad y por lo tanto de constitucionalismo auténtico²¹.

No cabe pues duda que éste si es un tema propio de referendo.

17. Aprobación integral de este Referendo

PREGUNTA: ¿DESEA USTED MANIFESTAR SU APROBACIÓN O SU RECHAZO A LA TOTALIDAD DEL ARTICULADO SIN QUE LE SEA NECESARIO MARCAR CON EL SÍ O CON EL NO CADA UNA DE LAS RESPUESTAS ANTERIORES?

Manifiesto mi aprobación integral a este referendo.

Cómo es posible que respecto de temas tan diversos, tan disímiles pueda pretenderse una aprobación en bloque, salvo que nos encontremos ante un fenómeno plebiscitario que pretende evitar la reflexión juiciosa sobre cada uno de los puntos del referendo.

¿Qué hace pensar al gobierno que un ciudadano juicio necesariamente piense lo mismo frente a la dosis personal que frente a la congelación de salarios?

21. MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, pp. 144-160.

La discusión termina perdiendo importancia además si nos ceñimos a la letra del artículo 378 constitucional ya citado. La insistencia en este artículo nos permite afirmar desde ya que será la muerte del referendo por vicios de procedimiento de cuya declaratoria difícilmente podría sustraerse la Corte Constitucional.

18. Artículo 2°. Vigencia y nuevas elecciones

PREGUNTA: PARA QUE ESTA REFORMA POLÍTICA ENTRE EN VIGENCIA DE INMEDIATO, Y SEA POSIBLE ANTICIPAR ELECCIONES PARA ELEGIR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SI LOS INTERESES DE LA NACIÓN LO ACONSEJAREN, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Vigencia. Salvo el artículo 6, este referendo entrará en vigencia a partir de su promulgación. Las próximas elecciones se sujetarán con lo dispuesto en el citado numeral 6. Si a juicio del Presidente de la República y del Congreso Nacional los intereses de la Nación aconsejaren anticipar la elección del Congreso prevista para 2006 concertarán, Presidente de la República y Congreso Nacional, la fecha para convocar esas elecciones. Las decisiones se tomarán con la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras.

Se trata de una propuesta que es previsible desde ya, no haga carrera en el Congreso por obvias razones emanada del más primitivo y elemental sentido de supervivencia corporativo, pues el anticipo a elecciones no siendo éste un régimen parlamentario, funciona sencillamente como la muy anunciada revocatoria al Congreso, que no deja de ser una alteración del normal funcionamiento de las instituciones estatales. Ello no puede considerarse como *aconsejado por los intereses de la Nación*.

Además, cabe preguntarse si es posible que mediante reforma constitucional y por una sola vez, se suspenda el sistema de períodos fijos del Congreso, para facultar al gobierno y al Congreso a convocar elecciones. No olvidemos que el poder reformatorio de la constitución no onmímmodo ni original. No olvidemos tampoco, que la mera reforma constitucional no priva de legitimidad los órganos constitucionales preexistente al advenimiento de ésta.

IV. LA REFORMA JUDICIAL

Paralelamente al tramite del referendo, se ha presentado al Congreso un proyecto de reforma constitucional a la administración de justicia; ésta también se caracteriza por su tono amenazante frente a las actuales instituciones judiciales y porque es en todo caso, abiertamente restrictiva de valores y principios constitucionales, así como de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, respecto de la acción de tutela, la competencia para conocer de la misma, se restringe a los jueces no colegiados, de tal manera que automáticamente y en tanto no se pongan en funcionamiento los jueces administrativos, toda la jurisdicción de lo contencioso queda excluida del conocimiento de las eventuales violaciones de derechos fundamentales que pudieren cometer las autoridades, lo cual no sólo implica un desconocimiento de que el juez natural de la administración es juez administrativo, sino además que una medida en éste sentido aumentará, aún más los índices de congestión de la jurisdicción ordinaria y eventualmente hará nugatoria la tutela por la imposibilidad

física de los jueces ordinarios de decidir en 10 días todos los asuntos cuyo conocimiento se distribuía entre juzgados municipales, del circuito, tribunales ordinarios y contencioso administrativos, Corte Suprema y Consejo de Estado.

Ahora ese cúmulo de trabajo recaerá exclusivamente en los jueces municipales y de circuito.

En el proyecto se excluye la tutela contra sentencias. La verdad es que la Corte Constitucional al declarar inconstitucionales los artículos del decreto 2591 de 1991 que reglamentaban en términos de juez competente y caducidad de esta acción, la posibilidad de interponer acciones de tutela contra sentencias, e introducir el concepto de la vía de hecho, desarticuló el sistema. Así un juez municipal pudo definir si la Corte Suprema de Justicia había incurrido en una vía de hecho, lo cual rompe la ordinaria disposición jerárquica de la administración de justicia y la tácita presunción que el superior es más sabio que el inferior, a la vez que afecta la seguridad jurídica.

Ahora bien, hacer prevalecer el principio de la cosa juzgada como una valor superior e incuestionable, aún frente a la violación de un derecho constitucional fundamental mediante una decisión judicial, atenta contra la justicia efectiva y el estado constitucional, por lo que la prohibición constitucional de tutela contra sentencias constituye una merma a la vocación garantista que debe preservar nuestra Constitución.

Se limita la tutela a la protección de los derechos constitucionales fundamentales definidos como tales en la propia constitución. El objetivo perseguido según la exposición de motivos: evitar que el juez suplante al alcalde o que decrete cargas gravosas a cargo del Estado, no se logra exactamente mediante la adopción de esa medida. El tutelar el derecho a la dignidad o a la igualdad, puede comportar una erogación económica importante y no prevista en el presupuesto nacional. De la misma manera, ordenar el pago oportuno de una mesada pensional ya decretada, cuya demora es imputable sólo a ineficiencia de del funcionario público, no genera una carga adicional en el presupuesto ni implica suplantación de ninguna instancia administrativa.

El problema es más complejo; éste se genera cuando el juez constitucional con ocasión de la protección de un derecho en un caso concreto, formula o determina una política pública sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos efectivamente existente y, lo que es peor, tomando decisiones de manera eventual y fragmentaria, que suplantando las instancias democráticas del Estado.

La vocación garantista también se merma cuando muchos de los pilares del debido proceso se restringen al proceso penal. Hoy rigen para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas porque precisamente, es tal el poder de las autoridades administrativa o judicial de disponer de la esfera de derechos de los coasociados, su patrimonio, su libertad empresarial, su libertad de locomoción, que es indispensable en un estado de derecho, que sus actuaciones estén suficientemente regladas y excluyan cualquier margen de arbitrariedad. El debido proceso constituye la expresión a la vez procedimental y sustancial de esa garantía que mal puede quedar circunscrita a la esfera de lo penal.

No poca perplejidad genera la definición de la función de administrar justicia como un servicio público. Con ese cambio de naturaleza jurídica de una de las actividades inherentes a la manifestación soberana del Estado, incluso en los momentos históricos donde éste ha tenido su manifestación más adelgazada como la llamada del Estado gendarme, no sólo se le reconoce un mayor radio de acción a los particulares para que como conciliadores, amigables componedores o árbitros, puedan impartir justicia, es que-

ma que resulta perfectamente aceptable, sino que además, y eso es grave, desaparece el principio de gratuidad de la justicia como regla general.

En la exposición de motivos se argumenta a favor del carácter oneroso de la administración de justicia que resulta verdaderamente absurdo para el Estado, sufragar los costos que se originan en los cobros jurídicos que realizan las entidades financieras. Esa presentación de la iniciativa que realmente lo que pretende es desestimular la presentación de demandas por parte de los ciudadanos y coasociados que ante la anomia que caracteriza relaciones sociales y económicas y ante la arbitrariedad de la administración pública, no encuentra otra instancia distinta a la judicial para reclamar sus derechos.

No podemos desconocer las consecuencias nocivas de la congestión judicial, pero mal podemos solucionar el problema excluyendo a las personas del acceso a la justicia. Ello genera un mal de consecuencias cuya gravedad es incalculable: el ejercicio arbitrario de las propias razones.

A pesar de los índices de violencia es mucho lo que en más de 10 años de vigencia de la Constitución del 91 ha ganado el país en términos de credibilidad del ciudadano común en las instancias judiciales; la tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, a pesar del abuso que en veces se hace de éstas, también le han mostrado al ordinario público que la justicia es capaz de tomar decisiones prontas, oportunas y de resolver efectivamente conflictos.

No parece deseable que con un tejido social tan deteriorado, con tantos factores de violencia, *desalojemos* de las toldas de la justicia a quienes deciden someterse a su dictum, porque no tienen o no quieren pagar por el servicio judicial.

No es prudente olvidar que cualquier Estado, no sólo el social de derecho, debe, gratuitamente ejercer las funciones para las cuales fue creado y que el costo de la erogación de dichas funciones lo sufraga los contribuyentes, incluyendo los bancos, mediante el pago de impuestos.

Bajo la égida de razonamiento que le sirve de sustento al proyecto, podemos llegar a afirmar que la protección de la policía sólo puede ser invocada por el mísero en forma gratuita y que los demás coasociados sólo pueden beneficiarse de ese *servicio* previa consignación del costo que su utilización genera, cómo si el Estado no estuviese instituido para proteger a las personas en su vida honra y bienes.

El abuso de la jurisdicción se desestimula con efectiva sanciones al abogado temerario, a la vez que se soluciona de tajo, formando abogados con pundonor; se logra también reduciendo el número de abogados o bien porque las facultades quedan autorizadas a graduar un número limitado y excelentes de profesionales del derecho, o bien, porque el grado por sí sólo, no habilita para ejercer la profesión de abogado. Para ello, y para acceder a las altas cortes en calidad de litigantes, han de exigirse requisitos adicionales.

La calificación del ejercicio de la profesión resulta un camino más eficiente para los fines propuesto, sin que sea menester privar al ciudadano de derechos y garantías para hacerlos efectivos.

El proyecto contiene una serie de disposiciones tendientes a definir qué y cuál es el alcance de la jurisprudencia, seguramente con el ánimo de contribuir a la seguridad jurídica, pero reforzando la tendencia a incorporar elementos del Common law en nuestro sistema jurídico y olvidando que la fuente principal del derecho en nuestro país es la ley. Además los desmanes de la jurisprudencia deben ser corregidos por la misma Corporación judicial, a partir de la aplicación rigurosa y científica de los distintos métodos

de interpretación judicial. Es que constitucionalizar el comportamiento de lo que los italianos llaman del *diritto vivente*, no parece procedente.

Otros varios aspectos de doctrina jurisprudencial vienen a ser reglamentados constitucionalmente mermando el radio de acción de la interpretación judicial.

Es lamentable que ese catálogo de prohibiciones se establezca desconociendo el estado de la ciencia jurídico constitucional, que por ejemplo ha perfectamente delimitado cuándo la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad es obligatoria, particularmente cuando se trata de decisiones de constitucionalidad condicionada.

La complejidad del derecho constitucional y particularmente de la posición que dentro de los fallos del derecho ocupan las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes y las sentencias de constitucionalidad en concreto destinadas a tutelar la esfera jurídica individual y fundamental, no se resuelve mediante lacónicas disposiciones constitucionales fundadas en una visión simplista de la problemática.

En cuanto al gobierno de la Rama con el objetivo de eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, sencillamente se desdibuja el principio de autogobierno del Poder Judicial, presupuesto de la independencia del Juez.

Se crea un Consejo Superior de Administración de Justicia de cuya integración ya se comentó y la gerencia de la Rama Judicial, seleccionada mediante licitación y con la interferencia del gobierno nacional. Sobre este mecanismo no queda claro si el autor del proyecto tiene en mente adjudicar a una persona jurídica privada la gerencia de la rama tal y como se hace para cualquier otro servicio público como por ejemplo el aseo, o si se trata de una mera imprecisión terminológica pues el objetivo sería el de establecer que la persona del gerente sería seleccionada mediante concurso

Con la iniciativa gubernamental no sólo se quiebra el principio de separación de poderes entre el ejecutivo y el judicial sino que, adicionalmente el ejecutivo no duda en autofacultarse para usurparle la competencia legislativa que en materia de administración de justicia la Constitución le otorga al Congreso de la República en la forma de ley estatutaria.

En efecto será el Presidente de la República quien reglamente este acto legislativo mediante Decreto.

En el proyecto gubernamental se establece que la ley dispondrá la creación de una carrera especial para la administración de justicia como si de hecho ésta no existiese. Hace muchos años los principios meritocráticos impregnaron el funcionamiento de la administración de justicia. Que los métodos de evaluación sean susceptibles de perfeccionamiento, así como en general todo el sistema de selección y permanencia, no exige una reforma constitucional que, como está formulada, pareciera introducir por primera vez, la carrera al interior de la rama judicial.

No sucede así al interior de la Rama Ejecutiva donde el clientelismo determina los parámetros y las prácticas para ingresar al servicio público y donde definitivamente el ingreso por concurso y la carrera terminan siendo la excepción.

Introducir además, la libre remoción para los empleados judiciales constituye la mejor herramienta para mermar la independencia del administrador de justicia y de contera, la autonomía de la rama porque en este mismo proyecto se quiebra el principio de autogobierno del Poder Judicial, y se desdibuja la separación de poderes al crear un órgano rector de la rama presidido no solo por los Presidentes de las Altas Cortes sino también por el Ministro de Justicia, como si este jerárquicamente fuese equiparable al vértice del

poder Judicial y lo que es peor aún, dicho funcionario puede ser reemplazado por el Viceministro de la misma cartera. Terminará entonces el Viceministro de Justicia teniendo voz y voto en la libre remoción de los Jueces de la República.

No cabe duda que el Consejo Superior de la Judicatura debe ser adelgazado, los consejos seccionales, incluso, eliminados; pero el principio de autogobierno de la rama, presupuesto de la independencia judicial no puede desaparecer es un estado garantista y social de derecho.

No parece en todo caso, que los problemas que aquejan a la justicia se solucionen mermando su independencia, desdibujando el principio de separación de poderes, reduciendo la eficacia de las acciones constitucionales, limitando las garantías individuales y condicionando el comportamiento de las corporaciones judiciales.

V. CONCLUSIONES

Los proyectos comentado apenas de manera precaria y preliminar, se caracterizan por una vocación abolicionista y prohibicionista. Se varias, tal vez demasiadas si tenemos en cuenta que estamos hablando de normas constitucionales, aquellos artículo que introducen prohibiciones como si se tratase de un código penal y disciplinario.

Son muchas también las normas que restringen y merman las garantías ciudadanas al debido proceso en actuaciones administrativas y judiciales, de acceso a la justicia, de eficacia de la tutela, etc.

Son también frecuentes las disposiciones, que aunque de carácter transitorio, desdibujan el principio de separación de poderes y sitúan en cabeza del Presidente de la República, facultades propias de otras ramas del poder público como si con el advenimiento de la reforma se produjere una especie de transición constitucional que permitiese suponer que ésta emana de un poder soberano, primigenio y no derivado. En otro término como si la reforma no tuviese un marco jurídico que respetar como es ni más ni menos, que el contenido en la Constitución. En efecto, ese marco delimita las fronteras entre las ramas del poder público y asigna claras y precisas competencias que no quedan suspendidas como consecuencia de la aprobación de las reformas propuestas.

En fin, las reformas eluden los problemas sustanciales del país que pueden encontrar un principio de solución en la reforma a la constitución, verbigracia la autonomía del Banco de la República, verbigracia el régimen territorial, verbigracia la multiplicidad de órganos insostenibles económicamente por el ciudadano, etc, etc.

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

Jorge Luis Suárez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución venezolana de 1999 es la incorporación de un artículo según el cual la República “podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”. El mismo artículo establece *in fine* que “[l]as normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna” (art. 153)¹.

Como puede verse, lo que ha hecho la nueva Constitución es incorporar al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Público del Estado venezolano. Es decir, el derecho generado en una comunidad de Estados, al ser producido por el ejercicio que hace la organización internacional de las competencias que le han atribuido los Estados que la componen, es el resultado del Poder Público que cada país ha otorgado a ese ente externo para solucionar problemas comunes y en consecuencia, ese derecho tiene aplicación directa en cada uno de esos países, es obligatorio para sus órganos internos, tiene efectos jurídicos para sus ciudadanos, y en caso de conflicto con el derecho nacional, tendrá primacía sobre éste, lo que ocasiona su desaplicación en el caso concreto. Y lo más importante: todo esto sin necesidad de que un órgano nacional tenga que darle entrada a esa norma al ordenamiento jurídico interno, como tradicionalmente pasaba con el Derecho Internacional y la necesidad de ley aprobatoria.

Así las cosas, al establecer la Constitución al Derecho Comunitario como fuente de Derecho Público y la aplicabilidad en nuestro país de los principios rectores de aquél, como son el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario, debemos conocer, en consecuencia, lo que significan estos términos y nada mejor para ello estudiar lo que se ha dicho en Europa, cuna del Derecho Comunitario, sobre los mismos.

II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES

Para la consecución de las cuatro libertades que justifican normalmente un proceso de integración supranacional, éstas son, la libre circulación de las personas, de las mercan-

1. Sobre este artículo de la Constitución de 1999. V., SUÁREZ M., Jorge Luis, “La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional”, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje 20 Años Especialización Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela*, vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 440-471.

cías, de los servicios y los capitales, con las que normalmente se trata de lograr un mercado común, se crearon instrumentos jurídicos distintos con la finalidad de establecer modelos de relación diferentes entre las legislaciones de los Estados miembros, para evitar convulsiones y traumas innecesarios.

Así, se produjeron las siguientes situaciones:

1. *Materias sobre las que no existe más derecho nacional*: En estos casos, “el Derecho Comunitario sustituye de forma uniforme al derecho interno”². Se establece por tanto una transferencia de competencia para algunos, o de soberanía para otros³, a los órganos comunitarios que vedan cualquier intromisión de normas o actuaciones estatales. Para otros no se produce ni lo uno ni lo otro porque no hay transferencia de competencias ni cesión de soberanía sino simplemente la *atribución del ejercicio de competencias* como acertadamente lo dice nuestra Constitución en el artículo 153, es decir, una nueva distribución del Poder Público que en ningún caso significa que el Estado que constituye o se incorpora a una organización internacional supranacional es menos soberano o pierda definitivamente competencias propias⁴.

El instrumento ideado para realizar esta operación en las Comunidades Europeas es el Reglamento y en la Comunidad Andina la Decisión, norma que tiene tres particularidades:

a) Es de carácter general: se aplica simultáneamente en todo el territorio comunitario, es decir, a todo Estado miembro, y vincula a un gran número de personas.

b) Es obligatorio en todos sus elementos. El Reglamento como la Decisión impide a los Estados miembros una aplicación incompleta o selectiva, aunque es cada vez más frecuente que sea incompleto, es decir, que resulte necesario tomar medidas por parte de autoridades nacionales para su aplicación.

c) Es directamente aplicable en el orden jurídico interno y crea derechos y obligaciones a los particulares sin necesidad de otro tipo de medidas de ejecución.

2. *Materias sobre las que es necesaria una previa armonización*: En los sectores en que existe una gran disparidad de legislaciones, “las autoridades comunitarias deben preparar el derecho nacional para que éste pueda recibir el derecho europeo”⁵. Así, la comunidad impone las finalidades a conseguir otorgando a los Estados libertad en su ejecución.

Al respecto, el mecanismo previsto en las Comunidades Europeas es la Directiva, que obliga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios.

2. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “El Efecto Directo de las Directivas Comunitarias: el papel de la Administración y los Jueces en su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, nº 125 (Mayo-agosto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 229.

3. Al respecto, TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel considera en la misma obra que no cree que exista una transferencia de soberanía sino de competencias, “por cuanto ninguna institución internacional es detentadora de la soberanía de sus miembros”, aunque él mismo reconoce que contra esa afirmación se alza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a partir de la sentencia *Costa/Enel*.

4. Es lo que, ciertamente, nosotros consideramos que es la supranacionalidad, un atributo de ciertos procesos de integración que es una nueva forma de distribución del Poder Público pero hacia fuera de los Estados, que sólo se concebía internamente en los Estados federales o autonómicos hasta que aparecieron las Comunidades Europeas. No implica la supranacionalidad una cesión de soberanía o una transferencia de competencias, lo que permite a la organización respectiva actuar autónomamente e imponerse a los gobiernos e imponer sanciones a los Estados, pero sólo hasta cierto punto porque éstos siguen siendo soberanos e independientes y pueden retirarse de la organización en cualquier momento y recuperar la plenitud de sus competencias.

5. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 231.

Con este fin, la Directiva puede ordenar a las autoridades nacionales eliminar de sus legislaciones las disposiciones contrarias al Derecho Comunitario⁶.

Como consecuencia de lo anterior, se dice que la Directiva “es un instrumento de legislación indirecto”⁷ porque determina los objetivos a alcanzar, dejando que sean los Estados miembros los encargados de ejecutarlas por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, consiguiendo únicamente la armonización de legislaciones, no un derecho único como el Reglamento. Por eso se dice que las reglas que transponen la directiva “son comunitarias en su origen y sustancia pero nacionales en su forma”⁸.

El problema se plantea cuando la Directiva impone un plazo para su ejecución por el Estado destinatario y éste no cumple con la obligación de transponerla en el ordenamiento interno, o lo hace mal, variando de esta manera los objetivos y finalidades perseguidos. En este caso lo que se tiene previsto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es la aplicación de la institución de la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho Comunitario, para lo cual este tribunal ha creado toda una doctrina común que impida que en algunos Estados éstos no respondan por los daños causados por la falta de trasposición o mal desarrollo de las Directivas⁹.

3. *Sectores donde es necesaria una coordinación*: existen parcelas de los ordenamientos estatales sobre las que no ha habido ni cesión de soberanía ni transferencia de competencias ni atribución del ejercicio de competencias ni armonización de legislaciones, pero resulta imprescindible una cierta coordinación a nivel de los efectos, creando una especie de superestructura comunitaria.

Para este supuesto, el instrumento idóneo es el Reglamento en Europa o la Decisión andina y en ocasiones son recomendaciones que se emiten y no vinculan a los Estados, por lo que no pasan a ser fuentes de derecho en el sentido estricto del término. Por ello, en estos casos los Reglamentos o las Decisiones parecen más unas Directivas, no obligatorias en puridad de términos.

4. *Sectores donde se producen relaciones de coexistencia entre ambos ordenamientos jurídicos*: los sistemas nacionales quedan como estaban, aplicándose, en ausencia de regulación específica, “las normas comunitarias que se encargarán de definir los contornos, no siempre claros, que distinguen uno y otro derecho”¹⁰.

Al respecto, la comunidad puede dictar decisiones, cuyo régimen jurídico es análogo al acto administrativo, de carácter individual -lo que la diferencia de los Reglamentos y Decisiones-, pero obligatorias en todos sus elementos -lo que la diferencia de las Directivas-, imponiendo nuevas cargas e incluso sanciones administrativas a los destinatarios que designe, sean particulares o el Estado mismo.

6. En la Comunidad Andina no existe la figura de las Directivas, pero hay una posibilidad de lograr un efecto similar cuando el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que en algunos casos excepcionales el órgano comunitario que dicte una Decisión podrá establecer la necesidad de que cada país miembro dicte normas para preparar el ordenamiento jurídico interno antes de la entrada en vigencia de la norma andina. En efecto, dice el único aparte del mencionado artículo 3 que “[c]uando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

7. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, pp. 231-232.

8. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.* p. 232.

9. Respecto a este tema véase el interesante estudio ALONSO GARCÍA, Ricardo, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Editorial Cívitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid 1997.

10. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 233.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL

1. El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario

Este principio significa que la norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares o como dice Ricardo Alonso García la posibilidad de aplicar el Derecho Comunitario en los Estados miembros con independencia de previsiones al respecto por los derechos internos¹¹.

Para Santiago Muñoz Machado, el efecto directo es una característica primordial y básica de las normas comunitarias y expresa que “sus destinatarios son tanto los Estados como los ciudadanos que quedan inmediatamente obligados por las mismas y pueden exigir su observancia ante los tribunales internos”¹².

Esto es lo más parecido a la concepción monista del Derecho Internacional clásico, elaborada por Kelsen, basada en la unidad del ordenamiento jurídico, según la cual el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos nacionales de los Estados son uno solo, por lo que la norma internacional se aplica de manera inmediata, sin recepción ni transformación en el orden interno de los Estados que son parte del tratado.

Frente a esta concepción monista, existe la dualista que considera el orden jurídico internacional como un sistema independiente y separado del orden jurídico nacional y cada uno constituye un compartimiento estanco. En consecuencia, para que un tratado internacional pueda aplicarse en el orden nacional es necesario su recepción por una ley interna, lo que produce una transformación de su naturaleza, permitiendo a los jueces aplicarla en calidad de regla de derecho interno y no como regla de derecho internacional.

Sin embargo, es importante distinguir, como lo hace Santiago González-Varas Ibáñez, entre aplicabilidad directa y efecto directo. Aquélla consiste, en criterio de este autor, en que no es necesaria la interposición normativa de un Estado miembro para que tengan aplicación las normas comunitarias. La aplicabilidad directa es, según este autor, aquel elemento de las normas comunitarias en cuya virtud éstas forman parte del sistema jurídico de los Estados miembros, sin necesidad de ningún acto interno de incorporación, bastando la mera publicación en el Diario Oficial de la Comunidad¹³.

Ahora bien, por efecto directo, entiende Santiago González-Varas, “se indica que las normas comunitarias constituyen fuente inmediata de derechos y obligaciones para sus destinatarios y, como tales, directamente invocables ante los tribunales, que han de protegerlos y exigirlos”¹⁴.

En sentido similar se manifiesta Ricardo Alonso García en otra obra cuando expresa que: “La expresión *aplicabilidad directa* suele utilizarse en Derecho comunitario básicamente en dos sentidos (...). El primero de ellos se refiere a la no necesidad de que la

11. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1994, p. 251.

12. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión europea y las Mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1994, p. 68.

13. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Virtualidad del efecto directo de las normas del Derecho comunitario”. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*. (XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional), Madrid 1994, p. 321.

14. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 321.

norma comunitaria tenga que ser *recibida* en Derecho interno para poder desplegar formalmente su eficacia; el segundo, centrándose más en el aspecto material que en el formal de la norma, destaca el hecho de que ésta necesite o no otra norma ulterior de desarrollo para desplegar de manera completa todos sus efectos”¹⁵.

Continúa Ricardo Alonso García diciendo que “[p]or lo que respecta a la eficacia directa, también podemos distinguir básicamente dos sentidos en la determinación de su alcance. El primero de ellos, más restringido, sería el de aptitud material para generar derechos y obligaciones directamente exigibles por los ciudadanos ante los tribunales de justicia. Por tanto, aptitud para generar no sólo derechos, sino también obligaciones, invocables ante los Tribunales. Lo que sucede es que progresivamente se ha ido acen tuando con mayor intensidad el hecho de que el particular tenga la posibilidad de preva lerse de la norma comunitaria ante el juez interno, lo que ha dado lugar al paulatino es tablecimiento de un lazo entre la eficacia directa y las garantías de los derechos indivi duales del particular; el segundo sentido tendría un alcance más amplio, centrado en la generación de cualquier tipo de situación jurídica invocable ante el juez, al que corres pondería el deber de aplicarla”¹⁶.

De este modo, de acuerdo con las expresiones anteriores, el problema del efecto di recto o de la eficacia directa está en la indagación de qué normas gozan de tal virtud y cuáles están excluidas de tal efecto. Esto es lo mismo que ocurre con el resto del Dere cho interno porque hay normas que están dirigidas exclusivamente a las Administracio nes y otras que permiten reconocer derechos subjetivos relevantes en los ciudadanos. Con esto lo que queremos decir es que no toda declaración normativa lleva implícita una declaración de un derecho subjetivo que dé derecho a un ciudadano invocarlo ante el Poder Público y el Derecho Comunitario, en este sentido, permite reconocer derechos subjetivos de los ciudadanos de los Estados miembros en algunos casos por lo que no es un derecho dirigido exclusivamente a los Estados. Si bien en muchas de las normas co munitarias los obligados son los Estados, también hay efectos reflejos en favor de los ciudadanos y se han detectado algunas características para que ello ocurra como es que se trate de normas claras, unívocas e incondicionadas, por lo que los beneficiarios de las mismas pueden ejercitar sus pretensiones ante el juez nacional de la misma forma como pueden invocar la tutela de las normas del Tratado.

Como también lo apunta Guy Isaac, en el Derecho Comunitario “lo que era excepción tiende a convertirse en regla”¹⁷. En un principio, se podía deducir que solamente los Reglamentos podían ser susceptibles de efecto directo. Ello porque una interpretación literal de algunos artículos de los tratados europeos, como lo destaca Juan Manuel Tray ter Jiménez, “había difundido la creencia, posteriormente matizada, que sólo el regla mento constituía una auténtica ley comunitaria. Su carácter general, su obligatoriedad en todos los elementos y la peculiaridad de ser “directamente aplicable a todo estado miembro” imponía sus términos a todos los ciudadanos a los que iba dirigido y obligaba a los jueces nacionales a seguir escrupulosamente sus mandatos”¹⁸.

Al contrario, la Directiva (bautizada como Recomendación en el tratado Comunidad Económica del Carbón y del Acero -CECA-) vinculaba a todo Estado miembro destina tario en cuanto al resultado a obtener, dejando a las instancias nacionales la competen-

15. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid 1989, p. 94.

16. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales...*, pp. 95-96.

17. ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1986, p. 182.

18. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, pp. 238-239.

cia respecto a la forma y los medios. Finalmente, la decisión era obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios que ella designe, en múltiples ocasiones un Estado dado su carácter individual.

El tono de estas afirmaciones había hecho pensar a la doctrina jurídica que únicamente el Reglamento o la Decisión era aplicable en forma directa. Así lo contempla de modo literal el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Además, en lo referente a las Directivas, parecía obviarse dicha propiedad dada la reserva efectuada a las autoridades estatales en la forma y los medios de aplicación, lo que suponía la necesaria dicción de medidas nacionales que tradujeran esa elección, implicando además que el único destinatario de la norma fuesen los Estados, no los particulares. Por tanto existía una mediatización, vocablo que se opone a aplicación directa: o es directa o es mediatizada, se decía.

Un tercer argumento, nada desdeñable, resultaba de las previsiones recogidas en el artículo 254 TCE, precepto que impone la notificación de las Directivas a sus destinatarios, es decir, a los Estados, acto que es el único que aporta eficacia a las mismas. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE se planteó, en la sentencia Grad del 6 de octubre de 1970, el problema de los efectos de una decisión en relación a una Directiva, otorgando aplicación directa a la combinación de esas normas afirmando: “si en virtud de las disposiciones del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su naturaleza susceptibles de producir efecto directo, ello no implica que otras categorías de actos contemplados por ese artículo no pueden nunca producir efectos análogos; en particular, la disposición según la cual las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para el destinatario., permite plantear la cuestión de saber si la obligación derivada de la decisión puede solamente ser invocada por las instituciones comunitarias teniendo en cuenta a sus destinatarios, o también puede ser alegada por toda persona interesada en la ejecución de esta obligación. Sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la decisión, el excluir la posibilidad que los interesados puedan invocar la obligación por ella impuesta. Particularmente, cuando las autoridades comunitarias habrían, por decisión, obligado a un Estado miembro, o todos los Estados miembros, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se encontraría debilitado si los justiciables no pudieran prevalecerse en justicia y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarla en consideración en tanto que un elemento de derecho comunitario. Si los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de una disposición reglamentaria, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en que el derecho para los interesados de prevalecerse en justicia sea el mismo que el de una disposición reglamentaria directamente aplicable”¹⁹.

A los anteriores argumentos, el Tribunal agregó que el artículo 234 TCE, que establece la cuestión prejudicial, no distingue entre uno u otro tipo de norma comunitaria sino que obliga pura y simplemente al juez nacional, conocedor de un litigio en que puede haber una disposición de derecho interno contraria al Derecho Comunitario, cualquiera que sea su calificación, a suspender el procedimiento y elevar la cuestión al Tribunal de Justicia para que interprete ésta última.

Por eso ya se puede decir, en este momento, que lo que hace que una norma comunitaria tenga efecto directo no es su forma como Reglamento o Directiva o tratado, sino el contenido material, tal como lo expresó la sentencia *Politi* del 14 de diciembre de 1971.

19. *Cit.* por TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 240.

En efecto, el reconocimiento del efecto directo no está en la naturaleza formal del acto en cuestión, sino en función de la naturaleza de la obligación en sí: ésta, si reúne los requisitos de incondicionalidad, claridad y ausencia de discrecionalidad, podrá ser invocada directamente, independientemente del tipo de norma de la que se hayan servido las instituciones comunitarias. Esta fue la vía para el reconocimiento del efecto directo de las Directivas que en la concepción original no tenían efecto directo, a diferencia de los Reglamentos como ya vimos.

La sentencia *Van Gend et Loos* del 5 de febrero de 1963 del TJCE constituye la decisión líder en este aspecto cuando dijo que “El derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico: éstos nacen no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino en razón de las obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias”²⁰. También marcó la diferencia con lo que sucede en el Derecho Internacional tradicional ya que dispuso que la norma comunitaria tiene como destinatarios a los Estados y a los particulares, aun cuando no los mencionare textualmente.

La acción entablada por una empresa neerlandesa ante la jurisdicción fiscal de su país y la cuestión prejudicial planteada por ésta, llevaron al Tribunal de Justicia a pronunciarse en una decisión de principios sobre el derecho de los particulares de invocar el Derecho Comunitario ante sus respectivas jurisdicciones nacionales.

La empresa *Van Gend & Loos* había importado en los países bajos un producto químico procedente de Alemania. Se le había reclamado un derecho de aduana que esta empresa consideraba superior al que se aplicaba cuando entró en vigor el TCE, debido a que se había producido una modificación de la clasificación aduanera. Dicho aumento iba en contra de la obligación conocida como de *standstill*, impuesta por el entonces artículo 12 (hoy 25 TCE) del Tratado que prohíbe crear nuevos derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente, así como elevar la cuantía de los ya existentes. La empresa recurrió contra la Administración neerlandesa ante el juez competente y éste acudió a su vez al Tribunal de Justicia planteando dos cuestiones prejudiciales.

Se trataba de determinar, entonces, si el artículo 12 del TCE tiene efecto interno o en otras palabras, si las partes pueden alegar, basándose en este artículo, derechos de carácter individual que el juez debe salvaguardar. Tres gobiernos y el Abogado General defendieron ante el Tribunal la tesis de que esta disposición sólo contenía obligaciones internacionales para los Estados y que por dicho motivo, la respuesta debía ser negativa. La Comisión Europea se pronunció, en cambio, a favor del efecto directo del artículo 12 y ésta fue la decisión que adoptó el Tribunal.

Tras haber reconocido su competencia para interpretar el artículo 12 en el marco del Derecho Comunitario y desde el punto de vista de su incidencia en los particulares, el Tribunal hizo una amplia descripción de la naturaleza del ordenamiento jurídico creado por el Tratado, antes de analizar el efecto del artículo 12 en sí.

Definitivamente, este problema, si se presentara en el ámbito del Derecho Internacional clásico, su solución hubiese sido diferente ya que en éste las obligaciones son para el Estado y no pueden los particulares alegar derechos directamente de la norma internacional. El fundamento del efecto directo del Derecho Comunitario es la especificidad

20. Cit. por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *ob. cit.* p. 317.

misma de este orden jurídico ya que su finalidad es la integración, lo que hace imprescindible la aplicación de este principio.

Para sustentar su criterio, el Tribunal consideró el objetivo del tratado y colocó el marco institucional y sobre todo judicial que prevé: “el objetivo del Tratado CEE (...) es instaurar un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los individuos de la Comunidad (...) ya que el Tratado constituye más que un acuerdo que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes (...) y la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico (...) cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales”²¹.

El Tribunal recordó que el preámbulo del Tratado se dirige a los pueblos más allá de los gobiernos nacionales y que tanto los ciudadanos como los Estados miembros están afectados por el funcionamiento de los mecanismos comunitarios y los individuos contribuyen a las tomas de decisión participando en los órganos comunitarios como el Parlamento o el Comité Económico y Social.

En este punto es donde se opera la ruptura más profunda con el sistema internacional tradicional ya que la sentencia expresa que esos derechos nacen no sólo cuando el tratado hace una atribución explícita de los mismos sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias. El destinatario no es, pues, el criterio determinante de los efectos de una disposición comunitaria. Las personas privadas pueden convertirse en titulares de derechos individuales aunque no estén expresamente designadas como los destinatarios de una norma de este tipo. El hecho de designar los Estados como sujetos de la obligación de abstenerse no implica que sus nacionales no pueden ser sus beneficiarios. Contrariamente a los tratados internacionales clásicos, los tratados comunitarios confieren a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar, cuando las disposiciones en cuestión los consideran expresamente como sujetos de derechos, pero también imponen a los Estados miembros una obligación bien definida.

La conclusión de la sentencia es elocuente: “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también los ciudadanos, de manera que independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su patrimonio jurídico”²².

Al Tribunal sólo le quedaba aplicar estos principios al problema planteado y tras haber situado al artículo 12 en su contexto, declaró que esta disposición “define una prohibición clara e incondicional, que es una obligación, no de hacer, sino de no hacer y que, por otra parte, esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados de subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de derecho interno y que se presta perfectamente, por su naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales”²³. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que el artículo 12 TCE produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar.

21. *Cit. por ISAAC, ob. cit.*, pp. 182-183.

22. *Cit. por ALONSO GARCÍA, Derecho comunitario, derechos nacionales...*, p. 253.

23. LOUIS, Jean Victor, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 1991, p. 113.

Como lo apunta Ricardo Alonso García, la originalidad del Tribunal de Justicia consistió “no en la construcción de una noción de aplicabilidad o eficacia directa distinta de la noción clásica del Derecho Internacional, ni siquiera de someter su admisibilidad a requisitos extraños a la voluntad de las partes, sino en la objetivación de ésta al máximo (Verhoeven), utilizando una técnica interpretativa mucho más próxima al Derecho Constitucional que al Derecho Internacional centrada en la constitución de un nuevo ordenamiento jurídico -marcando las distancias con el clásico ordenamiento internacional-, asentado en la cesión de soberanías de los Estados signatarios en favor de la Comunidad”²⁴.

La sentencia *Marshall* de 1988 definió este principio como “el derecho que posee toda persona de pedir a su Administración y a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones”²⁵.

Este principio, de elaboración estrictamente jurisprudencial, constituye una clave en todo el ordenamiento comunitario, pero la norma para disfrutar de esta prerrogativa deberá ser clara y precisa, es decir, ha de contener una obligación efectivamente imperativa, y completa y jurídicamente perfecta, al no necesitar ninguna medida complementaria para su aplicación y si la requiere, no deben gozar las autoridades encargadas de ejecutarla de ningún poder discrecional de apreciación. Esto lo aplicó el TJCE en sentencia del 3 de abril de 1968 (Caso *Molkerei Zentrale*) cuando consideró que el texto de una directiva puede aplicarse en muchos casos directamente, pues, aunque este tipo de normas necesita siempre de la intervención de los Estados a las que van dirigidas, en ocasiones no permiten margen alguno de discrecionalidad al transponerlas en el orden interno, por lo que son judicialmente perfectas.

Y de especial interés, como lo destaca Santiago González-Varas Ibañez, resulta el criterio de la ausencia de discrecionalidad en la norma comunitaria para que puedan gozar de efecto directo. En el caso concreto de las directivas, el Tribunal de Justicia mantiene que si éstas conceden tal poder al Estado miembro, las directivas no tienen efecto directo y el particular no tiene un derecho subjetivo invocable ante los tribunales. Sin embargo, éste sólo hecho no impide que un ciudadano no acuda al juez a solicitar el control jurisdiccional de los actos del Estado miembro, esto es, que tenga efectos directos, ya que como lo expresó la sentencia del 1 de febrero de 1977 del Tribunal de Justicia europeo, “la posibilidad de que un individuo invoque la disposición de una directiva ante el Tribunal nacional en orden a que éste determinase si las autoridades nacionales competentes, al ejecutar la elección que les corresponde en cuanto a las formas y medios de desarrollar la directiva, se han mantenido dentro de los límites de discrecionalidad establecidos en las directivas”²⁶. Así, la existencia de discrecionalidad no necesariamente imposibilita que la Directiva despliegue efectos directos.

Como lo dice Jean-Victor Louis, el efecto directo refuerza la eficacia del Derecho Comunitario porque todo particular puede solicitar al juez correspondiente que se oponga a la aplicación del derecho nacional contrario al Derecho Comunitario directamente aplicable. El juez puede documentarse sobre el alcance de este derecho mediante el mecanismo de las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y puede decirse que este procedimiento ha sido utilizado por numerosas jurisdicciones nacionales confrontadas con un conflicto posible entre el derecho nacional y el Derecho Comunitario²⁷.

24. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales...*, p. 252.

25. *Cit. por* TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 236.

26. *Cit. por* GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *ob. cit.*, p. 318.

27. LOUIS, *ob. cit.*, p. 114.

2. El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de disposiciones

Ahora bien, como vimos en un primer momento parecía que dependiendo del tipo de norma comunitaria, así será su efecto directo. No obstante, en la realidad ello no era así. Esto era sólo una apariencia.

Al respecto, las Directivas, normas que en principio van dirigidas a los Estados miembros y normalmente dependen de medidas nacionales de aplicación, sin embargo, disfrutan del privilegio del efecto directo y se integran en el orden jurídico interno con la sola publicación comunitaria, reservándose únicamente las autoridades nacionales las competencias de ejecución pero no de recepción. Con los Reglamentos no hay duda: se aplican de inmediato porque no necesitan de normas de ejecución.

En principio toda norma comunitaria tiene efecto directo. En relación con los tratados, la primera tendencia del Tribunal de Justicia sólo reconoció efecto directo a las disposiciones que imponían a los Estados miembros una obligación de abstención. Posteriormente, extendió tal efecto a las obligaciones de acción. Igualmente, las normas de los tratados tienen efecto directo tanto horizontal como vertical.

En relación con los Reglamentos comunitarios no hay mayores problemas ya que éstos, por definición, están destinados a declarar derechos y obligar directamente. No ocurre así con las Directivas por ser normas dirigidas a los Estados miembros y precisan de una reglamentación complementaria de éstos. El efecto directo es un fenómeno normal en el caso de los Reglamentos y, si no extraordinario, sí condicionado a la inejecución del Estado miembro en el caso de las Directivas.

El Tribunal de Justicia ha concluido que en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, éstas pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en los plazos que establezca la Directiva o en contra de alguna disposición nacional no conforme a la misma, o en tanto que sean susceptibles de definir derechos que los particulares puedan hacer valer al Estado miembro.

Así pues, la Directiva forma parte del ordenamiento jurídico interno del Estado miembro desde el momento mismo de la notificación y, si bien en principio no despliega más efecto jurídico que la obligación del Estado destinatario a que la desarrolle, si éste no lo hace en los plazos previstos, la Directiva puede tener efectos directos si contiene normas precisas, concretas y no discrecionales.

Durante el plazo de ejecución de una Directiva, los ciudadanos de un Estado miembro no pueden hacer valer los mandatos de la misma pues su eficacia queda supeditada a la terminación del plazo fijado. Sin embargo, nada obsta para que el Estado proceda a la ejecución normativa antes de la expiración del plazo fijado, en cuyo caso los efectos no se extienden por ello a los demás Estados miembros.

Una vez que se ha ejecutado la Directiva por el Estado miembro o haya transcurrido el plazo de ejecución sin que aquél haya cumplido su obligación, surgen los efectos jurídicos directos. La Directiva puede ser invocada directamente ante los tribunales si el Estado no la ejecutó. Si lo hizo, la norma interna de desarrollo será la que se aplique directamente. Realmente, la Directiva sólo produce efectos directos cuando el Estado no ha adoptado los actos internos necesarios, pues, en caso de incumplimiento por los Estados y como remedio excepcional, como correctivo contra el Estado miembro, la Directiva sustituirá las disposiciones internas contrarias. El efecto jurídico principal en este momento es el del llamado efecto directo o generador de derechos subjetivos, pero

también tendrá cualesquiera otros efectos jurídicos. La vinculación del ciudadano es respecto a la ley nacional de ejecución de la Directiva, pero no respecto de la Directiva en sí misma, pues es aquella la que otorga eficacia a ésta. De ahí que sean los medios de protección jurisdiccional previstos dentro del ordenamiento interno los que deban funcionar contra la norma de ejecución.

Sin embargo, cuando el Estado desarrolla de Directiva pero la contraviene la norma estatal, es aplicable por los tribunales nacionales hasta que la misma sea modificada por el Estado miembro, solución que se explica a los efectos de evitar una laguna jurídica. De este modo, el efecto directo de las Directivas asegura la efectividad del Derecho Comunitario en caso de incumplimiento, pero no es un mecanismo de sustitución automática de la normativa interna por la comunitaria.

Es importante destacar que el efecto directo de la Directiva no es un fenómeno normal como en el caso del Reglamento, el cual previsto y definido para tener eficacia directa. Las Directivas pueden llegar a tener efecto directo ante la necesidad de dar una solución a los casos en que los Estados incumplen su obligación de desarrollar normativamente la Directiva, pero no representa un carácter natural o esencial de la Directiva. De lo contrario, difuminaríamos la diferencia entre Reglamento y Directiva.

Para algunos autores como J. E. Soriano, por esta razón no es posible el efecto directo horizontal de las Directivas. Al respecto, una corriente jurisdiccional que arranca desde las sentencias *Grad* y *Van Duyn* del TCE puso en duda que el efecto horizontal no pudiera darse con relación a las Directivas, al no distinguir entre cuándo el litigio se producía entre el Estado y un particular o entre particulares. Pero cuando el Tribunal se ha enfrentado directamente con la cuestión, como fue en el caso de la sentencia *Marshall* del 26 de febrero de 1986, mantuvo que el carácter obligatorio de una Directiva, sobre el que se funda la posibilidad de invocarla ante la jurisdicción nacional, existe únicamente en relación a todo Estado miembro destinatario y de ahí que aquéllas no puedan ser aplicadas en las relaciones entre particulares.

Por eso se es más proclive a pensar en el sólo efecto directo vertical de las Directivas en los casos anotados, que sin embargo se ha configurado en forma amplia, englobando a las distintas administraciones territoriales, porque el Estado inexecutó una Directiva no puede invocar contra un particular su incumplimiento de las obligaciones que le impone la Directiva si aquél ha omitido la ejecución de la misma.

Por último, respecto a las normas que tienen efecto directo, también se ha reconocido éste a las Decisiones, que equivalen a nivel andino a la mayoría de las Resoluciones. Al igual que las Directivas, no precisan ser publicadas sino que se notifican a sus destinatarios. Igualmente, a los acuerdos internacionales.

Las normas del Derecho Comunitario que no gozan de efecto directo también forman parte del ordenamiento jurídico interno; tienen la cualidad de fuentes y tienen el efecto principal de servir de interpretación. Todas las normas comunitarias son aplicables por los tribunales e invocables ante éstos. Lo que ocurre es que algunas, a juicio de éstos, “tendrán además la virtualidad de causar efecto directo, esto es, el efecto de surtir un derecho subjetivo en favor de un particular, que el Tribunal reconocerá”²⁸.

Así, una Directiva, aunque carezca de efecto directo, puede ser considerada como un elemento de la legalidad objetiva del Estado miembro destinatario a efectos de que el juez pueda controlar la legalidad de las normas adoptadas en su aplicación. Los particu-

28. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *ob. cit.*, p. 322.

lares tienen derecho a hacer controlar por el juez nacional las normas internas adoptadas por el Gobierno para adaptarse a las Directivas.

3. La primacía del Derecho Comunitario

Como lo afirma Francisco Bueno Arús, “la primacía es una consecuencia del efecto directo y de la obligatoriedad general del Derecho comunitario, así como del *principio del buen funcionamiento de las Comunidades*”²⁹. El Tribunal de Justicia ha considerado que la integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria y, de modo más genérico, los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior que no le sería de este modo oponible.

Sobre este principio, Santiago Muñoz Machado dice que la primacía “es una virtualidad de la que están revestidas todas las normas comunitarias que gozan de efecto directo cualquiera que sea su condición o rango. En base a ella, las reglas de derecho comunitario se imponen a las normas internas, cualquiera que sea el rango de éstas y sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria”³⁰.

Frente al derecho nacido de fuente comunitaria, en virtud de su particular naturaleza original, no podrá oponérsele texto interno alguno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento de la Comunidad, como lo manifestó la sentencia Costa/ENEL del 15 de julio de 1964. La condición fundamental de la existencia y funcionamiento de la Comunidad es la aplicación uniforme y regular del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros.

Inmediata y directamente aplicable en el orden jurídico interno de los Estados miembros, dice Guy Isaac que “el derecho comunitario “no puede dejar de chocar con el derecho nacional: su impacto será muy diferente según los inevitables conflictos se zanjen en favor de uno u otro”³¹.

A pesar del principio de la primacía del Derecho Comunitario, los modos de solución de los conflictos entre éste y el derecho de los Estados miembros, considerados por los sistemas jurídicos de éstos, dejan todavía que desear y están lejos de ser uniformes.

Los Estados miembros no han tenido dificultad en reconocer la primacía del Derecho Comunitario en relación con las leyes nacionales anteriores, teniendo en cuenta, bien las reglas de solución de conflictos de leyes, bien el carácter superior de las normas comunitarias. Sin embargo, ha habido dificultad en algunos países para afirmar la primacía del Derecho Comunitario respecto de las leyes posteriores, especialmente en Francia y en Italia, donde se ha ido de la aplicación de la ley posterior deroga a la anterior hasta el reconocimiento de la superioridad del Derecho Comunitario, pero considerando, de acuerdo con la Constitución, que si una ley nacional posterior se opone a las reglas comunitarias, habría de ser objeto de una previa declaración de inconstitucionalidad para que el juez ordinario pudiera dejar de aplicarla.

29. BUENO ARUS, Francisco, “Características del Ordenamiento Jurídico Comunitario”, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, p. 199.

30. MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 68.

31. ISAAC, *ob. cit.*, p. 193.

Para Pescatore, la primacía del Derecho Comunitario radica en el principio de la jerarquía de las normas, pero para la mayoría de los autores, está en el principio de autonomía o de atribución de competencias, puesto que las cedidas a la Comunidad sólo pueden regularse por normas comunitarias, dado que los Estados han perdido competencia sobre las materias transferidas y de aquí la nulidad absoluta por vicio de incompetencia de las leyes nacionales posteriores que pretendieran regularlas, como lo dejó establecido el Tribunal de Justicia en sentencia del 16 de diciembre de 1960.

Tal como sucede en el efecto directo, los jueces nacionales están obligados a aplicar la primacía del Derecho Comunitario y no están sometidos a los poderes legislativos. Corresponde al juez nacional competente en una materia determinada la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y asegurar el pleno efecto de sus normas, dejando de aplicar, en caso de ser necesario, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o esperar la eliminación previa de la norma del ordenamiento jurídico, ya sea por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento judicial, dado que, de lo contrario, se disminuiría la eficacia del Derecho Comunitario, como lo manifestó la sentencia *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978.

De manera que el alcance mínimo de la primacía del Derecho Comunitario sería la no aplicabilidad de las normas internas que se les opusieran, sin acudir a una previa declaración de inconstitucionalidad de las mismas por el Tribunal Constitucional correspondiente. El alcance máximo, si el derecho nacional lo autoriza, sería la declaración de nulidad de dichas normas internas por el juez ordinario.

Las sentencias del Tribunal de Justicia *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 de diciembre de 1970 y *Nold* del 14 de mayo de 1974 fueron más allá que la sentencia *Costa-Enel* al afirmar que el Derecho Comunitario prima también sobre el Derecho Constitucional interno, porque la base de la primacía se encuentra en los tratados fundacionales y no en las Constituciones de los Estados miembros: “Toda pretensión de un Estado miembro de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el derecho comunitario constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad”³².

El reconocimiento de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Constitucional por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros se ha basado en sus propias normas constitucionales cuando éstas permiten expresamente atribuir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a las organizaciones internacionales o supranacionales por medio de un tratado, como sucede en Holanda, Luxemburgo, Grecia, Gran Bretaña y España, o cuando éstas permiten delegar tales competencias por medio de una ley, como en Alemania o Dinamarca. También, las normas constitucionales pueden permitir limitaciones de la soberanía nacional para asegurar la paz y la justicia entre las naciones, como lo expresan las Constituciones francesa e italiana.

En Francia, Gran Bretaña, Escocia y Dinamarca se interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la adhesión de los tratados de la Comunidad, que fueron inadmitidos o rechazados. Con posterioridad, se han presentado recursos similares contra disposiciones comunitarias en Italia y Alemania Federal cuyos Tribunales Constitucionales han declarado la naturaleza autónoma del Derecho Comunitario, su compatibilidad con las Constituciones nacionales y la incompetencia del propio tribunal para controlar la inconstitucionalidad de los reglamentos comunitarios, pero con la reserva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las normas constitucionales.

32. Cit. por BUENO ARUS, *ob. cit.*, p. 200.

En la ya mencionada sentencia Costa-Enel del 15 de julio de 1964, el Tribunal planteó solemnemente el principio de la primacía, lo cual en este caso fue doblemente ejemplar porque, al tratarse de un conflicto alegado entre diferentes disposiciones del TCE y la ley italiana de nacionalización de la electricidad del 6 de septiembre de 1962, se veía confrontado con el conflicto más agudo debido a que se plantea entre el Derecho Comunitario y una ley nacional posterior, y además, porque el Tribunal Constitucional italiano, que se había pronunciado unas semanas antes en sentencia del 7 de marzo de 1964 sobre ese mismo conflicto, lo había resuelto dentro del marco de la tesis *internacionalista* y por aplicación de la concepción dualista de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno, en beneficio de la norma más reciente, ésta es, la ley nacional.

El razonamiento del Tribunal se basaba principalmente en tres argumentos complementarios:

- a) La aplicabilidad inmediata y directa, que sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios.
- b) La atribución de competencias a la Comunidad, al limitar de manera correspondiente los derechos soberanos de los Estados.
- c) La unidad del orden jurídico comunitario, es decir, la indispensable unidad de aplicación del Derecho Comunitario.

Al término de una motivación superabundante, el Tribunal concluye lo siguiente: "...surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del tratado no podría pues, en razón de su naturaleza específica original, verse judicialmente oponer un texto interno, cualquiera fuera éste, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionada la base jurídica de la Comunidad misma"³³.

Esta fórmula, en criterio de Guy Isaac, resume por sí sola los cuatro elementos de la doctrina del Tribunal sobre la primacía, que en su jurisprudencia ulterior no hará sino confirmar:

1. La primacía es una *condición existencial* del Derecho Comunitario, como lo considera Pescatore, que no podría existir en tanto derecho de los Estados miembros. El logro de los objetivos de la Comunidad, la realización de un mercado común, imponen la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, sin el cual no existe integración. La primacía del Derecho Comunitario no proviene, pues, "de no se sabe qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias, contraria a la base de la construcción europea, sino que se basa en que esta regla debe prevalecer aun a riesgo de dejar de ser común; y si no es común, deja de existir y no hay más Comunidad"³⁴.

2. Es en virtud de su propia naturaleza que el Derecho Comunitario afirma su superioridad: ésta no resulta de ninguna concesión del Derecho Constitucional de los Estados miembros. "Basada en la naturaleza intrínseca de los tratados comunitarios y de las Comunidades, la primacía escapa de la suerte que le harían correr, si de ellas dependiera, las reglas divergentes que, en cada Estado y para cada Estado, pretenden regular los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno"³⁵.

3. El orden jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos nacionales. Esto significa, en principio, que la primacía se beneficia con todas las nor-

33. *Cit. por ISAAC, ob. cit., p. 195.*

34. *ISAAC, ob. cit., p. 195.*

35. *ISAAC, ob. cit., p. 195.*

mas comunitarias primarias o derivadas, directamente aplicables o no. Esto significa también que la primacía se ejerce frente a todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales, y aun en nivel constitucional: en un primer momento, el Tribunal debía afirmar que disposiciones constitucionales internas no podían ser utilizadas para hacer fracasar el Derecho Comunitario y que esa acción sería contraria al orden público comunitario; luego, más claramente aún, que los derechos fundamentales tales como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, o los principios de una estructura constitucional nacional no podrían afectar la validez de un acto de la Comunidad y su efecto en el territorio de un Estado miembro. En una palabra, como lo destaca Isaac, “el derecho constitucional de un Estado miembro no podría constituir un obstáculo a la primacía”³⁶.

4. Finalmente, la primacía del Derecho Comunitario no es válida sólo en el orden comunitario, es decir, en las relaciones entre Estados e instituciones, y sobre todo ante el Tribunal de Justicia, sino también, y en esto consiste el aporte fundamental de la sentencia, en los órdenes jurídicos internos donde se impone a las jurisdicciones nacionales. Las modalidades de la sanción de esta primacía por los jueces nacionales aún no están precisadas en la sentencia Costa-Enel.

4. La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Estados miembros

Como lo expresa Araceli Mangas Martín, las relaciones de la Constitución y la ley nacional con el Derecho Comunitario siguen siendo constante objeto de reflexión y debate en todos los Estados miembros. Es ésta una de las cuestiones de más interés en la aplicación diaria del Derecho Comunitario, especialmente en lo que se refiere a los principios del efecto directo de las normas comunitarias y la primacía del Derecho Comunitario.

Por supuesto, concretamente el principio de la primacía del Derecho Comunitario suscitó en el pasado perplejidad, y sigue produciéndolo, y en muchos casos resistencias entre los diferentes órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros, las cuales, afortunadamente, se han ido reduciendo conforme se ha ido conociendo más profundamente lo que significa el Derecho Comunitario y los objetivos de la integración europea.

En España, se ha ido alejando la concepción que ve al Derecho Comunitario como algo extraño e incluso impuesto exteriormente por autoridades lejanas. No ha sido fácil hacer entender a los funcionarios encargados de aplicar e interpretar la ley para que haya una aplicación más receptiva y efectiva del Derecho Comunitario porque la concepción férrea de la soberanía nacional no acepta matizaciones en sus expresiones jurídicas más importantes: la Constitución y la ley³⁷.

Como lo destaca Santiago Muñoz Machado, “La actitud de los jueces nacionales ha planteado, y sigue haciéndolo -aunque cada vez con menos fuerza-, discordancias con la

36. ISAAC, *ob. cit.*, p. 196.

37. Sobre este punto, puede consultarse el excelente trabajo MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 18, Año 1991, nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo.

jurisprudencia de Luxemburgo. Unas veces los jueces internos no reconocen las obligaciones que se derivan para ellos como consecuencia del principio de primacía. Otras desconocen o rechazan abiertamente las interpretaciones innovadoras del Tribunal de Justicia a las que, sin embargo, se hallan vinculados”³⁸.

Muchos tribunales de los Estados miembros siguen considerando en ocasiones que los conflictos que puedan suscitarse entre las normas comunitarias y las normas internas deben resolverse dando preferencia a la norma interna. Como ya lo hemos referido en este trabajo, el primer problema que se ha planteado es de si las leyes posteriores y contrarias a las normas comunitarias vinculan más fuertemente al juez nacional que las normas europeas y si debe aplicar aquéllas en perjuicio de éstas, pese al principio general de primacía del ordenamiento comunitario.

Al respecto, en la sentencia *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978, ya mencionada en este trabajo, el Tribunal de Justicia negó absolutamente esta posibilidad afirmando que “el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuese necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior..”³⁹.

En Italia, el reconocimiento de la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley posterior contraria ha sido más problemático. Aunque la primacía de la norma comunitaria se admitió, implícitamente pero de forma clara por el Tribunal Constitucional italiano desde la sentencia 18-23 de diciembre de 1973, ese tribunal reconducía el conflicto a un problema de constitucionalidad de la ley interna posterior, obligando a los jueces nacionales a plantear una cuestión de inconstitucionalidad y reservándose por tanto el poder de inaplicar la ley posterior contraria.

La reacción del Tribunal de Justicia a esta técnica italiana se expresó con toda contundencia en la ya citada sentencia *Simmenthal*, donde se dice expresamente que el juez nacional está obligado a inaplicar toda norma nacional a una norma comunitaria, incluso si esa norma interna es posterior a ésta “sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁴⁰.

A estas actitudes favorables, como dice Santiago Muñoz Machado, hay que sumar ahora la del Tribunal Constitucional español⁴¹ que, en su sentencia del 24 de abril de

38. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1994, p. 69.

39. *Cit.* por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 69.

40. *Cit.* por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 70.

41. Afortunadamente, esta sentencia cambió el criterio jurisprudencial que dio lugar al trabajo citado de la profesora Araceli Mangas Martín, el cual iba en contra del principio de la primacía del Derecho Comunitario o por lo menos, el principio no era entendido de acuerdo con la concepción del Tribunal de Justicia que de seguidas exponemos. Concretamente, la profesora Mangas Martín, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca, hace un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991 de 14 de febrero, que decidió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra el artículo 211, apartado 2, d), y 214 de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, que modificaba la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y que regulaba las elecciones al Parlamento Europeo. En este trabajo, la mencionada profesora hace críticas muy fuertes a esta sentencia que por el interés en el tema que estamos tratando, extraeremos algunas de ellas:

“Algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional (en adelante TC) sobre el artículo 96 CE son muy discutibles y, en mi opinión, poco conformes con la Constitución misma. Esas afirmaciones afectan no sólo a la jerarquía del DC (Derecho Comunitario) sino en general, a la jerarquía misma de cualquier tratado internacional.

El TC vuelve a reiterar que el DC no integra “en virtud del artículo 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes del Estado español” (FJ 5). Pero el TC no está acertado cuando al rehusar, justificadamente, el control de constitucionalidad de una ley -la competencia de control- por violación de una norma comunitaria considera que no hay infracción a la Constitución (al art. 93 y al art. 96). Una cosa es que el respeto a la primacía del DC (de cualquier Tratado) no tenga por qué garantizarse en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes y otra bien distinta es que esa ley eventualmente contraria es inválida en el ámbito de una relación jurídica de DC.

Si un órgano de control constitucional rehúsa garantizar la primacía del DC (y se comprende y está justificado como también ha sucedido en otros Estados miembros), entonces reconoce algo que es trascendental: que todo órgano judicial (y administrativo) puede “censurar” al legislativo y paralizar los efectos de una ley salvaguardando el mandato contenido en el artículo 96 de la CE (o el art. 55 de la Constitución francesa, etc.) para evitar que se produzca denegación de justicia”.

Yves GALMOT dice, siguiendo una corriente mayoritaria, “que parece harto difícil afirmar que una ley contraria a un Tratado no es sin embargo contraria a la Constitución, siendo así que el artículo 55 (de la Constitución francesa) obliga al legislador francés a respetar los compromisos internacionales válidamente contraídos por Francia”. Pero cuando el legislador viola el precepto constitucional que le obliga a respetar a los Tratados válidamente celebrados, el control de constitucionalidad no obedece al sistema general sino que todos los órganos del Estado dispensarán especial protección al Tratado.

La voluntad del constituyente español es que las disposiciones directamente aplicables del Tratado (y derecho derivado) deben ser aplicadas sin que una ley posterior (o norma reglamentaria) en vigor pueda modificarlo o derogarlo. El artículo 96 impide a cualquier autoridad interna modificar o derogar un Tratado (o una norma comunitaria) en vigor. El Tribunal Constitucional trata de minimizar la voluntad del constituyente diciendo que los tratados no reciben del artículo 96 más que “fuerza pasiva”: sí, pero, por sentido común, de esa “fuerza pasiva” o fuerza de resistencia a la ley posterior, los Tratados (el DC) reciben así de la Constitución una jerarquía superior a la ley. El Tratado o el DC ciertamente no es el parámetro de constitucionalidad para controlar la ley, sino la Constitución misma de la que no se debe ni se puede excluir el artículo 96.

Es evidente que las Cortes infringen la Constitución (el art. 96) cuando aprueban una ley contraria a un Tratado en vigor del que sea parte España, como también la vulneran cuando aprueban una ley contraria a otras disposiciones constitucionales. Pero la diferencia entre uno y otro caso, como ha observado el consejero de Estado y antiguo Juez del TJCE, I. Galmot, es que por voluntad del constituyente, aunque resulte extraño, refiriéndose al similar sistema francés, los “Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas)”.

El artículo 96 de la CE es un mandato que se dirige, en primer lugar, a todos los órganos con potestad normativa y reglamentaria exigiéndoles coherencia jurídica con las obligaciones internacionales de España: coherencia entre la actividad interna y externa del Estado. El TC debió meditar sobre el más viejo principio general del Derecho y el más aceptado por toda la Comunidad Internacional. Un principio que en todas las lenguas del mundo se enuncia en latín: *Pacta sunt servanda*. El respeto a la palabra dada se ha codificado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, esa vulneración del artículo 96 no conduce a atribuir la competencia de control de constitucionalidad al TC pues no solucionaría la exigencia de aplicación directa e inmediata, es decir, efectiva del DC. Por eso no hay que esperar hasta su eliminación por el Tribunal Constitucional ni esperar a que el propio órgano infractor enmiende su ilícito. Del fundamento jurídico quinto de la sentencia del TC sólo merece tenerse en cuenta su justificado rechazo a convertir en “litigio constitucional” -de competencia del TC- la eventual infracción de la legislación comunitaria por una ley interna. Pero ha sido una excelente ocasión perdida para deslindar, de un lado, la superior jerarquía de los Tratados y del DC y la calificación de vulneración de la Constitución por una ley contraria a un Tratado que tenga un ámbito de aplicación personal y material coincidente y, de otro, el impropio control de constitucionalidad de dicha ley.

(...)

El Tribunal Constitucional ha puesto un serio obstáculo a la aplicación efectiva del DC al exigir que en caso de “pretendida antinomia” sean “los órganos judiciales quienes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción como paso previo a la aplicación o inaplicación” de la ley, sin perjuicio del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE (FJ 6). En otro párrafo del mismo fundamento jurídico, el TC añade “que la primacía de éste (del DC) exige que sean sólo aquéllos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho” (subrayados añadidos).

El proceso judicial y su sentencia no puede ser el *paso previo* a la inaplicación. Este requisito es claramente contrario al principio de eficacia directa e inmediata y, por tanto, contrario a las obligaciones contraídas por España, por todos los órganos del Estado español. No niego que es importante que el TC haya confirmado la doctrina de la

inaplicación de la norma nacional contraria a la norma comunitaria, pero ha añadido un requisito contrario a Derecho que quiere justificar acompañado de un párrafo de la sentencia *Simmenthal* sesgado de su contexto. Pero esta cita está utilizada fuera de la cuestión planteada al TJCE para fundar en su doctrina algo expresamente repudiado por el TJCE.

En efecto, los fundamentos 22 y 23 de la sentencia *Simmenthal* que cita el Tribunal Constitucional como el conjunto de esa sentencia, se refieren a los poderes del juez nacional para asegurar la primacía y la eficacia en el curso de un proceso y frente a cualquier obstáculo jurídico constitucional (“toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional”) o a “toda práctica legislativa, administrativa o judicial” que impidan a un juez nacional hacer “todo lo necesario”, ya sea inaplicar o suspender la aplicación de una ley, incluso contra lo dispuesto en la Constitución, en las leyes, etc., para asegurar la plena eficacia de la norma comunitaria. En ese litigio el juez italiano preguntaba al TJCE que puesto que el sistema jurídico italiano no le permitía dejar inaplicada una ley hasta que el TC no la hubiera declarado inconstitucional o hasta que el Parlamento no la hubiera derogado, si podría el juez que conoce el litigio verse facultado por el DC para inaplicar la ley eventualmente incompatible o si esa facultad compete a otras autoridades distintas a la del juez. De ahí que el TJCE responda con el fundamento 23 del que el Tribunal español extrae consecuencias inaceptables en Derecho.

Por ello, cuando el TJCE dice que no puede reservar la solución del conflicto a otra autoridad distinta de la del juez competente en la controversia lo afirma en función de la disyuntiva planteada por el Pretor de Susa, a fin de que un juez nacional no plantee una cuestión de inconstitucionalidad ni tenga que esperar a la derogación o modificación por su Parlamento; pero no excluye a los órganos administrativos de la obligación de dejar inaplicada la norma interna ni excluye la obligación de eliminar la contradicción misma. Pero en el marco de un litigio el juez nacional, por su autoridad, por la autoridad que le confiere el DC, independientemente de la legislación nacional, tiene que asegurar por sí mismo el pleno efecto de la norma comunitaria: en el marco de un litigio la inaplicación le está reservada al juez de ese litigio (fundamento 24).

El Tribunal Constitucional condiciona la aplicación efectiva del DC a un proceso judicial (lento, costoso e ¿incierto?); se deduce de se requisito que la primacía sólo afecta a los jueces llegando al absurdo jurídico de que la norma comunitaria no tiene efecto jurídico obligatorio objetivo (para todos). Así, la primacía del DC resulta ser una afirmación huera.

La primacía del DC no es algo que sólo compete al juez ordinario. Todos los Estados miembros, todos los órganos del Estado miembro se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines previstos en los Tratados y “adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las Instituciones de la Comunidad” (art. 5 CEE, 192 EURATOM y 86 CECA).

Por ello, si se quiere evitar esa situación en la que los órganos administrativos se ven obligados a inaplicar leyes u otras disposiciones -y deben evitarse-, entonces el legislativo y el ejecutivo deben asumir sus responsabilidades respectivas de respeto del DC: derogar o modificar las normas infractoras.

La primacía del DC no es algo abstracto; operativamente este principio significa que cuando un particular invoca ante el órgano competente una norma comunitaria pertinente al caso, ese órgano debe aplicar la norma comunitaria; no tiene que plantearse si hay una norma nacional compatible o no; sólo si la norma comunitaria está en vigor y concurren sus condiciones de aplicación en la persona que la invoca o a la que hay que exigir su cumplimiento (no se olvide que las normas comunitarias también imponen obligaciones). Y lo mismo se puede decir cuando la norma comunitaria se aplica en las relaciones entre particulares. Sólo ante la imposibilidad de una aplicación “pacífica” de los derechos y obligaciones, cuando alguna de las partes lleva la controversia ante el juez, sólo entonces es cuando tiene sentido esa reiterada afirmación del TJCE de que “las jurisdicciones nacionales están obligadas a salvaguardar los derechos y obligaciones que emanan de la norma comunitaria”.

El TJCE ha concentrado la expresión máxima del efecto directo en la invocabilidad ante el juez nacional. Pero esa reiterada expresión recubre la previa alegación ante el órgano administrativo y la obligación de este de aplicar las normas comunitarias. Es de sentido común. Pero el TJCE ha tenido que clarificarlo en la sentencia *Constanzo c. Ayuntamiento de Milán* de 1989, sentencia sobre la que debió meditar nuestro Tribunal constitucional. Afirma el TJCE que si los particulares pueden invocar disposiciones de una directiva ante las jurisdicciones nacionales es porque las obligaciones que derivan de esas disposiciones se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. Sigue diciendo que sería contradictorio estimar que los particulares pueden invocar una norma comunitaria ante el juez nacional para hacer reprobar a la administración y estimar que ésta no tiene obligación de aplicar las normas comunitarias descartando las disposiciones nacionales que sean contrarias. Por ello, concluye que al igual que el juez nacional, una administración, todos los órganos de la administración, incluidos los órganos descentralizados, tales como los municipios, tienen la obligación de aplicar la norma comunitaria y descartar la aplicación de las normas nacionales contrarias.

No se entiende esa insistencia del TC español en reservar la solución del conflicto ley nacional-norma comunitaria a la autoridad del juez, cuando en su jurisdicción anterior, en relación con disposiciones self executing de tratados internacionales de los que España es parte, había reconocido la invocabilidad por los particulares de los derechos que confiera una norma internacional y su protección por todos los órganos del Estado español. Este cumpli-

1990, afirmó que “Los reglamentos y directivas comunitarios tienen valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas internas y efecto directo en su caso no podrán ser discutidos, desde el momento de la adhesión a los tratados fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia -artículos 93 y 96.1 de la Constitución Española- pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*”⁴².

Sobre la primacía del Derecho Comunitario, el país que más ha teorizado ha sido Francia que ha mantenido, durante algún tiempo, una situación contradictoria a este respecto entre las decisiones de la *Cour de Cassation* y las del Consejo de Estado. Este último siempre ha estimado que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa erigirse en censor del poder legislativo, negándose, en consecuencia, a reconocer la primacía de los tratados sobre las leyes posteriores que sean contrarias a los mismos.

Esta solución se afirmó en sentencia del 1 de marzo de 1968 y ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores. Sin embargo, es importante hacer una precisión para entender el alcance de esta jurisprudencia: el Consejo de Estado nunca ha pretendido negar el principio de la primacía del Derecho Comunitario sobre leyes internas, claramente proclamado en el artículo 55 de la Constitución francesa, sino que se ha limitado a afirmar que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de atribuciones para declarar que el legislador ha incurrido en una violación de la Constitución y, por tanto, para dejar inaplicada la ley de que se trate.

Si en un principio esta teoría tuvo algún fundamento, la actitud del Consejo de Estado se convirtió en indefendible cuando, por un lado, el Consejo Constitucional declaró, mediante resolución del 15 de enero de 1975, incompetente para examinar la conformidad de una ley con las estipulaciones de un tratado internacional en el marco del control de constitucionalidad y, por el otro, la *Cour de Cassation* abandonó una línea jurisprudencial hasta ese momento idéntica a la de la jurisdicción administrativa, aplicando hasta sus últimas consecuencias el principio de la primacía de las normas comunitarias en detrimento de la ley interna posterior.

Durante once años, el ordenamiento jurídico francés se encontró, no sólo en discordancia parcial con el orden jurídico comunitario, sino en contradicción consigo mismo a causa de la divergente jurisprudencia que oponía al Consejo de Estado con la *Cour de Cassation* y, en consecuencia, a la jurisdicción contencioso-administrativa con la ordinaria.

En un principio, la jurisprudencia del Consejo de Estado produjo efectos sumamente perniciosos para la integración jurídica europea con la aplicación de la teoría de la *ley pantalla* en base a la cual no solamente las leyes posteriores a los tratados se situaban fuera de la competencia del juez contencioso-administrativo, sino que también quedaban fuera de su alcance todas las normas de rango reglamentario adoptadas en aplicación de esas leyes, así como todos los actos administrativos singulares fundados en dichas normas reglamentarias.

miento de la norma internacional o comunitaria por los órganos administrativos debería mantenerse aunque una ley posterior contenga disposiciones que perturben el ámbito de aplicación de la norma internacional o comunitaria”.

42. Cit. por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 70.

Sin embargo, desde 1975, el propio Consejo de Estado limitó los efectos de esta teoría diferenciando entre leyes contrarias a un tratado que se limitan a atribuir una competencia reglamentaria que los órganos investidos de ésta ejercitan libremente, de aquellas otras que establecen normas sustantivas que vinculan a los órganos investidos de la potestad reglamentaria. Sólo en este último supuesto, la *pantalla* de la ley sigue produciendo su efecto protector, como lo expresó la sentencia del 29 de noviembre de 1986 (*Smanor*).

Para el primer supuesto, el Consejo de Estado ha ido elaborando toda una gama de procedimientos destinados a hacer posible la inaplicación de un texto reglamentario que sea contrario a las estipulaciones de un tratado internacional o del derecho derivado del mismo, sobre todo en sentencia *Alitalia* del 3 de febrero de 1989.

Ahora bien, hasta hace muy poco, el Consejo de Estado se negaba a dar una protección semejante cuando se trataba de una disposición con rango de ley, en la medida en que no excluía la aplicación de una ley posterior a un tratado y contraria a éste. Esta actitud, marcadamente favorable a la ley nacional posterior, mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa francesa, ha sido finalmente rota a partir del *arrêt Nicolo* de 20 de octubre de 1989. No hay ninguna duda de la Decisión Nº 88-1082/1117 de 21 de octubre de 1988 del Consejo Constitucional, influyó en este cambio de jurisprudencia. Desde 1975, este Consejo había confirmado y precisado su jurisprudencia según la cual, declarándose incompetente para controlar la conformidad de las leyes con los tratados, afirmaba, además, que correspondía a los diversos órganos del Estado velar por la aplicación de los convenios internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias. Y precisamente, esto fue lo que hizo en su Decisión de 1988: en un asunto contencioso en materia de elecciones legislativas -materia en la que actúa no ya como jurisdicción constitucional, sino como juez de lo contencioso-electoral- entró a examinar si la ley francesa era contraria a un precepto del Protocolo 1 del Convenio Europeo sobre derechos humanos.

Tras la sentencia *Nicolo* del Consejo de Estado francés, puede afirmarse que todas las jurisdicciones internas de los países comunitarios parecen aceptar, con carácter general, la primacía del Derecho Comunitario, sea cual sea su rango, sobre la ley interna posterior, ya que, aunque en esta sentencia el Consejo de Estado comprueba únicamente la compatibilidad de una ley posterior con las disposiciones comunitarias, nadie parece dudar que la primacía de los tratados y acuerdos mencionados en el artículo 55 de la Constitución francesa se hace igualmente extensiva al derecho derivado. Y esto último es precisamente lo que el Consejo de Estado ha reconocido expresamente en una sentencia más reciente, la sentencia *Boisdet*, de 24 de septiembre de 1990.

Sin embargo, la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley nacional posterior continúa creando ciertas reticencias esta vez en el seno del Parlamento francés. La propuesta de ley constitucional sobre la revisión del artículo 55 de la Constitución en el sentido de limitar la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes, que presentaron los señores diputados Pierre Mazeaud y Jean-Louis Debré el 9 de octubre de 1990, deja traslucir la incomprensión o el desconocimiento de algunos parlamentarios de lo que significa la integración europea.

Lamentablemente, en la actualidad, las jurisdicciones nacionales no aceptan plenamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como justificación de la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley posterior contraria. La mayoría de los tribunales nacionales prefieren basar la primacía del Derecho Comunitario en sus propias normas constitucionales, antes que en la naturaleza propia de aquel derecho.

El juez nacional ha aceptado, en la generalidad de los casos, inaplicar la ley posterior contraria al ordenamiento comunitario, pero basándose para ello más en parámetros de inconstitucionalidad de la norma interna que de *anticomunitariedad*, si bien admitiendo, como lo hizo Italia en sentencia *Granital* o en la sentencia del Tribunal Constitucional español arriba citada, que no es necesario en estos casos promover una cuestión de inconstitucionalidad.

Algunos órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros han reservado un supuesto en el que la ley posterior prima sobre el Derecho Comunitario. La tesis de que las leyes posteriores no han de aplicarse en perjuicio del Derecho Comunitario se excepciona para aquellas leyes posteriores que, de forma voluntaria y consciente, contienen regulaciones abiertamente incompatibles con las comunitarias. Así lo entienden el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia *Granital* de 8 de junio de 1984 y los tribunales ingleses.

Sin embargo, estamos en este caso en el supuesto de leyes de secesión o de, lo que es lo mismo, el ejercicio del derecho de la separación de la Comunidad Europea que todos los Estados miembros mantienen tras la adhesión. En este sentido hay que considerar más una declaración de voluntad que una verdad jurídica la afirmación del Tribunal de Justicia en la sentencia *Simmenthal* sobre el carácter incondicional e irrevocable de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud del Tratado.

Ahora bien, el principio de la primacía del Derecho Comunitario, que como hemos visto ha sido prácticamente asimilado por los ordenamientos jurídicos internos cuando se refiere a la ley posterior, continúa planteando infinidad de problemas cuando se trata de la primacía de las normas comunitarias frente a la propia Constitución y en particular, los derechos fundamentales en ella contenidos.

La posición del Tribunal de Justicia en este punto ha sido inamovible. En la ya mencionada sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 de diciembre de 1970 y en la de *Leonesio* del 17 de mayo de 1972, también referida anteriormente, el Tribunal de Justicia afirmó que la invocación de atentados contra los derechos fundamentales, tal y como son formulados en la Constitución del Estado miembro, no podría afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio de ese Estado. Y ello porque niega que la justificación de las reglas de la primacía y del efecto directo se encuentre en los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

Fundamenta de hecho toda su tarea jurisprudencial sobre el carácter autónomo del ordenamiento comunitario que aparece como un ordenamiento propio, surgido de una fuente autónoma, que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros. Para el Tribunal de Luxemburgo, la justificación de la primacía y del efecto directo de las normas comunitarias no está, en suma, en las Constituciones de los Estados miembros, sino en el propio ordenamiento comunitario, aunque nadie niegue que si el ordenamiento comunitario tiene esta característica es precisamente porque las Constituciones de los Estados que lo fundaron lo permiten.

En un primer momento, el Tribunal de Justicia rechazaba los recursos interpuestos contra actos comunitarios, basados en lesiones de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, limitándose a declarar que no tenía que asegurar el respeto de las reglas de derecho interno, incluso las Constitucionales, en vigor en uno u otro Estado miembro, como lo afirmó en sentencias del 4 de febrero de 1959 y 17 de mayo de 1960.

Posteriormente, la sentencia *Stauder* del 12 de noviembre de 1969 significó un cambio de rumbo, al reconocer expresamente que los derechos fundamentales de la persona humana están comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, de los que el Tribunal asegura el respeto. Luego, las sentencias antes citadas *Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold* precisaron que los derechos fundamentales se deducen de las tradiciones constitucionales comunes de los derechos de los Estados miembros, por lo que no se pueden admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados e igualmente que se deben tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros se hayan adherido.

En el caso *Transocean Marine Paint Association*, el Tribunal consideró infringido por la Comisión el principio general común a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, consistente en que toda persona que puede verse afectada por una decisión del Poder Público, debe contar con la posibilidad de ser oída previamente y en sentencias posteriores, como la *Defrenne III* del 30 de junio de 1978 y la *Hauer* del 13 de diciembre de 1979, el Tribunal ha incrementado la lista de derechos fundamentales comunitarios como el derecho de propiedad, libertad de comercio e industria, libre ejercicio de actividades profesionales, principio de proporcionalidad, libertad de manifestar la religión, principio general de igualdad, irretroactividad de las normas desfavorables, audiencia previa, seguridad jurídica, secreto profesionales en las relaciones cliente-abogado, buena fe, entre otros.

De esta manera, el Tribunal ha establecido que las bases comunes de los derechos internos de los Estados miembros se pueden definir los derechos fundamentales comunitarios, pero que no puede juzgar la validez de un acto de las instituciones comunitarias en virtud de las Constituciones nacionales. Ahora bien, en todo caso, el Tribunal debe limitarse al supuesto concreto y no puede establecer el contenido y los límites de la protección de los derechos fundamentales de una manera general.

Por tal razón, el Tribunal Constitucional alemán, en sentencias del 29 de mayo de 1974 y 22 de octubre de 1986, y el italiano, en sentencia del 27 de diciembre de 1973, han afirmado que la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos contra intervenciones comunitarias, incumbe a sus jurisdicciones nacionales en la medida en que las disposiciones comunitarias sean aberrantes y la Comunidad no disponga de un sistema adecuado de protección de tales derechos. En el caso de un conflicto entre los reglamentos comunitarios y los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional italiano ha considerado que tendría que pronunciarse sobre la compatibilidad de los Tratados con la Constitución y el Tribunal Constitucional alemán expresó que se habrían de declarar inaplicables en Alemania los reglamentos comunitarios en cuestión y nulos por inconstitucionalidad los actos estatales de aplicación de aquéllos.

Como se ve, a pesar de la evolución constitucional operada en los últimos años en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional alemán insiste en reservarse su competencia para decidir si el Derecho Comunitario se ajusta al derecho nacional en los casos de protección de los derechos fundamentales, cuando la protección del Tribunal de Justicia sea insuficiente, con lo que en definitiva mantiene la competencia para enjuiciar la constitucionalidad del Derecho Comunitario en todos los casos.

Observa Pablo Mayor Meléndez, comentando la aludida posición del Tribunal Constitucional italiano, que “si bien en principio el juez ordinario es el que tiene la competencia para resolver la eventual contradicción entre la normativa estatal y la comunitaria,

sin embargo, esa competencia cede en favor de la propia Corte Constitucional, tanto en el caso de que el Derecho comunitario choque frontalmente con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o con los derechos inalienables de la persona humana (ya que se entiende que la limitación de la soberanía derivada de la integración en la Comunidad no puede implicar en ningún caso el otorgamiento a los órganos comunitarios de un poder de violar tales derechos) como en el caso de que la ley italiana sea voluntaria y conscientemente anticomunitaria, ya que en tales casos el legislador lo que pretendería es poner de manifiesto un exceso de los órganos comunitarios, sobrepasando los límites de la competencia transferida⁴³.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español proclama, en sentencia del 22 de marzo de 1991, que el principio de la primacía del Derecho Comunitario no conlleva la modificación de los cauces procesales habilitados por el ordenamiento jurídico español para tutelar los derechos fundamentales y las libertades públicas por actos internos. El Tribunal Constitucional renuncia a asumir algún tipo de potestad jurisdiccional en relación con las trasgresiones de que puedan ser objeto tales derechos como consecuencia de actos de las instituciones comunitarias, ya que la tutela frente a tales actos tiene cauces procesales propios contenidos en los Tratados constitutivos. En cambio, en criterio de este Tribunal, sí cabe control jurisdiccional del Tribunal Constitucional español y de la vía ordinaria ante actos del Poder Público interno que supongan aplicación del Derecho Comunitario y vulneren los derechos fundamentales. Como se ve, la posición del Tribunal Constitucional español es más respetuosa de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho Comunitario que la que sostienen otros Tribunales Constitucionales europeos como el alemán y el italiano.

Sin embargo, en criterio de Pablo Mayor Menéndez, la sentencia del Tribunal Constitucional español parece coincidir con la del italiano en algunos aspectos, pues parece deducir que si la ley interna viene a derogar, modificar o suspender un tratado internacional, sin acudir a las formas previstas en el propio tratado o por las normas generales del Derecho Internacional, se habría vulnerado el artículo 96 CE, por lo que sí sería competente para valorar la constitucionalidad, y por lo tanto, la comunitariedad, de tal ley.

En todo caso, la autonomía del Derecho Comunitario ha sido confirmada precisamente con la idea de sustraer sus normas del control de conformidad con las Constituciones de los Estados miembros, de tal forma que ni siquiera la alegación de una vulneración, ya sea de los derechos fundamentales según están formulados por la Constitución de un Estado, ya sea de los principios de la estructura constitucional nacional, puede afectar la validez de un acto de la Comunidad ni a su eficacia en el territorio de dicho Estado, como lo expresó la sentencia *Dow Chemical Iberica* del 17 de octubre de 1979.

Desde el nacimiento de toda aquella construcción jurisprudencial, en tres sentencias capitales para el sistema comunitario, como fueron *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, donde arranca la jurisprudencia del efecto directo, *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964, donde nace la doctrina de la primacía, y *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, que realiza la conexión entre ambos principios y establece las obligaciones inexcusables que de ellos se derivan para el juez nacional, el Tribunal de Justicia ha repetido, en efecto, hasta la saciedad que la validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del Derecho Comunitario.

43. MAYOR MENÉNDEZ, Pablo, "Una reflexión sobre la función del juez nacional ante la contradicción derecho interno-derecho comunitario (Comentario a la sentencia TC 180/93, de 31 de mayo)", *Revista de Administración Pública*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, p. 285.

IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Como se ha visto, no ha sido fácil en Europa establecer unos principios como los de efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario. Pero especiales han sido los problemas de aceptación de este último principio cuando se trata de enfrentarlo a las Constituciones de los países miembros de una organización supranacional.

Ciertamente no es fácil decir y mucho menos aceptar que el Derecho Comunitario tiene primacía en todos los casos frente a las Constituciones de los Estados miembros. Quizás frente a las leyes y demás actos normativos de menor rango no hay mucho problema en aceptar un principio como ese, sobre todo si la respectiva Constitución establece la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales, de manera que éstas puedan ejercer el Poder Público como si de un órgano interno se tratara, tal como lo establece la Constitución venezolana.

Pero cuando es la propia Constitución la que entra en conflicto con el Derecho Comunitario es más complejo el problema, aún cuando haya establecido ella misma la posibilidad de creación o incorporación a una organización internacional de naturaleza jurídica supranacional. Por supuesto que cuando la Constitución de que se trata ni siquiera ha permitido esta figura como sucede en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas el problema es más grave y difícil de solucionar.

Para resolver este problema de la primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones de los países miembros de una organización internacional de naturaleza supranacional es determinante el criterio que adoptemos sobre lo que es su atributo principal -la supranacionalidad- y su incidencia en las soberanías estatales. Ello porque si la supranacionalidad implica que ha habido una cesión de soberanía a la organización internacional por parte de los Estados que la conforman y en consecuencia, con ello la creación de un ente supra-estatal, es decir, que se ubica por encima de los Estados, obviamente la aplicación del Derecho Comunitario debe implicar que las Constituciones deben someterse al Derecho Comunitario y serán desaplicadas en los casos concretos de conflicto con aquél. Esto en tanto y en cuanto esas mismas Constituciones hayan previsto una figura como esa -la supranacionalidad- porque obviamente si ni siquiera ha establecido la posibilidad de que algún órgano del Poder Público nacional pueda atribuir el ejercicio de competencias nacionales a una organización internacional, tal primacía resultará sencillamente imposible, tanto por motivos jurídicos como políticos.

Ahora bien, si la supranacionalidad no puede considerarse que implica una transferencia o cesión de soberanía sino simplemente una nueva forma de distribución del Poder Público en la que los Estados participantes distribuyen ese poder propio hacia fuera, y no solamente hacia adentro como normalmente puede hacerse en ellos, especialmente en los Estados federales, sin que signifique que tal mecanismo que los países han perdido soberanía -siguen siendo tan soberanos como cuando estaban fuera de la organización supranacional-, obviamente la conclusión sobre la primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones tendrá que ser distinta y no podrá aplicarse a rajatabla en todos los supuestos de conflicto.

Así las cosas, siendo que la supranacionalidad no necesariamente debe considerarse como una manera de ceder soberanía sino simplemente de distribuir el Poder Público, como es nuestro criterio, por supuesto que si en el ejercicio de ese poder la organización internacional dicta actos o normas que pudieran entrar en conflicto con alguna de las Constituciones de los Estados miembros, ello no podrá resolverse pura y simplemente

con la idea de primacía del Derecho Comunitario en todos los casos sino que habrá que ver el caso concreto para determinar si la norma comunitaria involucrada está incidiendo o no en aspectos fundamentales de la Constitución del Estado respectivo. Si la respuesta es afirmativa, como sería el caso de violación de derechos humanos, por ejemplo, al igual a como pasó en Europa en nuestra opinión el conflicto no podrá resolverse únicamente con la aplicación del referido principio rector del Derecho Comunitario sino que habrá que buscar una solución tolerable desde el punto de vista constitucional y no solamente comunitario. En otros casos, en los que tal primacía no conlleve a la violación de principios primordiales en el Estado de que se trate, sí creemos que la primacía del Derecho Comunitario podrá aplicarse⁴⁴.

Ahora bien, concretándonos a la norma constitucional venezolana que tiene prevista esta posibilidad de distribución del Poder Público como es la supranacionalidad, debemos decir que, adicionalmente a los problemas interpretativos que existen a nivel general con respecto las implicaciones constitucionales del Derecho Comunitario, especialmente en lo que tiene que ver con el aludido principio de primacía de este último derecho, existen otras limitaciones para aplicar el Derecho Comunitario con prevalencia sobre la Constitución venezolana, al menos en todos los casos.

En efecto, según el artículo 153 de nuestra nueva Carta Magna, las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración supranacional “serán consideradas parte integrante del ordenamiento *legal* vigente y de aplicación directa y *preferente a la legislación interna*” (cursivas nuestras). Como puede verse claramente, el constituyente venezolano consideró que el Derecho Comunitario tiene rango legal, por un lado, y por el otro, estableció la posibilidad de primacía de este derecho solamente sobre “la legislación interna”, sin decir nada sobre la Constitución.

Queda entonces la duda, según la literalidad del aludido artículo constitucional, si la primacía del Derecho Comunitario en Venezuela puede considerarse que abarque la inaplicación de la Constitución en los casos concretos de colisión entre ellos y si tal frase *legislación interna* deberá entenderse que incluye la Constitución. Si nos atenemos a lo que se ha dicho en la cuna del Derecho Comunitario (las Comunidades Europeas), la primacía de éste debería ser en todos o al menos en la mayoría de los casos, inclusive frente a las Constituciones de los países miembros. Pero también hay que tomar en cuenta que este aspecto en el viejo continente tampoco ha sido enteramente aceptado por lo delicado que es hacer una afirmación tan radical como esa. Mucho menos en nuestro continente podrá sostenerse una posición como la europea cuando en nuestros países en la mayoría de los casos ni siquiera se ha aceptado el Derecho Comunitario como posibilidad cierta de normas provenientes de un ente externo de los Estados, que puedan ser aplicadas directamente y de manera preferente sobre el derecho interno.

Realmente, siendo objetivos y conociendo bien nuestra realidad y cultura jurídica, sería muy osado decir que en todos los casos de conflicto entre la Constitución y el Derecho Comunitario siempre debe prevalecer este último. Hay que tomar en cuenta también que según la propia norma constitucional involucrada (art. 153) no parece haberse adoptado la idea en que los procesos de integración supranacional realmente ocurra una cesión de soberanía sino una *atribución del ejercicio de competencias*, lo que impide

44. Sobre el problema de la primacía del derecho Comunitario en Europa puede verse SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis y SILVA ARANGUREN, Antonio, “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista de la Fundación Procuraduría* n° 17, Fundación Procuraduría, Caracas 1997, pp. 197-234.

que la posición en este tema no pueda ser radical al permanecer las competencias en la esfera de titularidad del Estado venezolano y no se produce propiamente una cesión de soberanía. Es decir, no puede considerarse que la organización internacional supranacional sea soberana en sí misma y que disfrute de competencias propias sino que lo que ella recibe es la posibilidad de su ejercicio, lo que, a lo sumo, podrá producir normas de rango legal, pero que en todo caso deberán adaptarse a la Constitución de cada país miembro.

Claro está, cuando de Derecho Comunitario se trata, hay un principio de presunción de aceptación de su aplicación directa por parte de los operadores jurídicos nacionales, lo cual es consustancial al Derecho Comunitario, cuando este derecho es permitido por la Carta Magna, salvo que se trate de violaciones obvias, manifiestas y groseras que sean evidentemente incompatibles con la Constitución, caso en el cual se tendrá que buscar un mecanismo colateral para resolver el conflicto y no solamente la desaplicación de la Constitución en el caso concreto. Pero esto último, en todo caso, deberá ocurrir solamente en casos muy puntuales y si se quiere excepcionales, como pasó en Europa con los derechos fundamentales, porque si se producen con mucha regularidad, el país miembro deberá estudiar su salida del proceso de integración.

De todos modos, creemos que, si bien no están dadas las condiciones ni jurídicas ni culturales para sostener en todos los casos la primacía del Derecho Comunitario sobre la Constitución, creemos al mismo tiempo que deberá hacerse un esfuerzo para que las interpretaciones que se hagan en los casos de conflicto entre el Derecho Comunitario y las Constituciones de los países miembros no se hagan superficialmente de manera tal que el facilismo jurídico nos lleve a sostener en todos los casos una posición que obstaculice la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo tomando en cuenta que la propia Constitución, en el caso venezolano, ha aceptado la posibilidad de aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario, por lo que los argumentos para impedir su aplicación deberán ser plenamente justificados, tratándose como se trata del ejercicio también por parte de los órganos comunitarios de Poder Público.

Ahora bien, en lo que respecta al principio de aplicación o de efecto directo, el cual significa que las normas comunitarias producirán efectos jurídicos en los Estados miembros y en los propios ciudadanos inmediatamente a su publicación en el órgano de divulgación comunitario, sin necesidad de que los Estados miembros dicten algún acto de incorporación, recepción o transformación previo, no parece haber dudas de su existencia en Venezuela en el caso de que nuestro país se incorpore a un proceso de integración supranacional como es, por ejemplo, la Comunidad Andina⁴⁵, además de que los propios tratados andinos establecen este principio expresamente.

En efecto, de acuerdo con el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina “serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”. Esta norma, si bien está vigente desde 1983, había tenido fuertes problemas de aceptación en Venezuela, hasta el punto de haber sido ignorada por el extinto Congreso de la República cuando exigió en varias leyes aprobatorias la

45. Sobre las características y naturaleza jurídica de la Comunidad Andina, V., SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, “La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje n° 3, Caracas 2001, pp. 489-648.

necesidad de aprobación por el mismo mecanismo de las normas andinas que realizaran una modificación de la legislación venezolana⁴⁶.

Afortunadamente, tal problema de aceptación del principio de aplicación directa de las normas andinas ha sido superado, inclusive desde antes de la vigencia de la Constitución de 1999, la cual, como vimos, ya no tiene dudas de aceptar tal principio rector del Derecho Comunitario tan importante. En efecto, si bien la Constitución de 1961 no era muy clara en aceptar el Derecho Comunitario de aplicación directa, desde principios de los años noventa se comenzaron a aplicar sin mediar ley aprobatoria ni publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela las normas provenientes de la Comunidad Andina, a diferencia de lo que sucedió en nuestro país desde que Venezuela se incorporó a este proceso de integración por la consideración de una corriente jurídica que no aceptaba tal principio comunitario.

Hoy, además de que la Constitución de 1999 es clara en aceptar el Derecho Comunitario como fuente de nuestro ordenamiento legal, existe ahora una cultura jurídica más abierta en aceptar otros mecanismos de ejercicio del Poder Público distintos a los tradicionales, lo cual ayuda en la aplicación de las normas de los tratados andinos que desde los años ochenta se encontraban vigentes y que no habían podido tener una efectiva aplicación por consideraciones nacionalistas clásicas.

46. Al respecto, puede verse el trabajo SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, "Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el derecho interno en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 100, Caracas 1996, pp. 295-420.

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA

Marianela Zubillaga
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL

La característica fundamental de la actual economía mundial es el denominado fenómeno de la *globalización* que ha implicado el advenimiento de un mundo sin fronteras, la apertura de mercados mediante las reducciones arancelarias; el flujo de inversiones y capitales entre los distintos países, todo lo cual ha tenido repercusiones no sólo en el ámbito económico sino también en el campo político, estratégico, social y cultural.

Lo que queda claro de este proceso es que los Estados han tomado conciencia de la interdependencia económica que existe entre ellos; ya no se conciben economías aisladas o autosuficientes; las crisis económicas que afectan a un país, repercuten en las economías de otros, todo lo cual ha hecho surgir y fortalecer en los cinco continentes, bloques económicos conformados por varios Estados, que buscan, mediante la ampliación de sus mercados y economías, mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Así por ejemplo, en el continente americano existen variadas experiencias, pudiendo citar al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que busca integrar las economías del Hemisferio Occidental en un acuerdo único de libre comercio¹; la Asociación de Estados del Caribe (AEC)²; El SICA (Sistema de la Integración Centroamericana)³, el Mercado Común del Sur, MERCOSUR⁴ y el CARICOM⁵.

Ahora bien, no cabe ninguna duda que el mejor y más avanzado proceso de integración ha sido el desarrollado de manera exitosa por los países europeos desde hace más de cincuenta años. Es la experiencia del viejo continente el modelo a seguir por el resto de los bloques que se han ido conformando en la actualidad, razón por la cual se hace obligatorio hacer una referencia al nacimiento y evolución de la Comunidad Europea. Por lo que respecta a nuestro continente el proceso de más vieja data y más avanzado en la actualidad es la Comunidad Andina, constituida en 1969 con la firma del *Acuerdo de*

1. Fue creada en la Cumbre de las Américas de 1994 y suscrita por 34 países de América, todos a excepción de Cuba.

2. El Convenio Constitutivo de la AEC se firmó el 24 de julio de 1994, en Cartagena de Indias, Colombia, con el propósito de promover la consulta, la cooperación y la acción concertada entre todos los países del Caribe. Está integrada por 25 Estados Miembros y tres Miembros Asociados.

3. Es un organismo internacional creado por el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Lo integran los estados Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y el gobierno de Belice, quien se adhirió en diciembre de 2000.

4. Constituido por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, mediante el Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991.

5. Comunidad del Caribe, integrado por quince islas del Caribe.

Cartagena por cinco países y al cual Venezuela se adhirió en 1973, en virtud de lo cual, haremos referencia a su evolución en el capítulo III de este trabajo.

II. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO

Ante la crisis de la postguerra una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los países europeos que participaron en ella iniciaron gestiones para lograr una integración. Los primeros pasos estuvieron encaminados a implementar una integración política, razón por la cual se creó el *Consejo de Europa* el 5 de septiembre de 1949, el cual se concibió como una organización de carácter internacional para la cooperación política. No obstante, tal idea fracasó ya que chocaba con los conceptos de soberanía nacional, muy arraigados en los estados europeos en aquellos momentos.

Ante tal situación, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, *Robert Schuman* emitió una declaración el 9 de mayo de 1950, en la cual sostuvo que:

Europa no se hará de golpe ni en una construcción en conjunto; se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho. La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada. La acción emprendida debe tocar en primer término a Francia y Alemania.

Con esta finalidad el gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado pero decisivo.

El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción francoalemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa.

La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea...⁶

Como se observa, la nueva propuesta francesa, de manera acertada, reconoció que no era a través del factor político que se lograría la integración de los estados europeos, sino mediante la cooperación económica e incluso limitada a un determinado sector: El del acero y el carbón, que eran, para esa época, recursos indispensables para la guerra. Por tales motivos, el profesor *Carlos Francisco Molina del Pozo*, al analizar las palabras de *Robert Schuman* afirma que:

En esta frase queda claramente definido todo un programa de acción: la construcción europea se realizaría, no mediante un gran salto hacia delante, como pretendían los federalistas 'constitucionalistas', sino progresivamente, creando solidaridades con el 'Establecimiento de bases comunes de desarrollo' en los diversos sectores económicos entre los distintos países de Europa: lazos económicos estrechos facilitarían posteriormente la lucha sostenida para la consecución de una cooperación en primer lugar y de la integración finalmente en otros campos más sensibles a los sentimientos nacionales como la diplomacia y la defensa. Jean Monnet resultó ser el padre de esta nueva estrategia llamada comúnmente como neofuncionalismo. Europa había de hacerse por 'donaciones sucesivas de soberanía nacional' que afectasen a ámbitos concretos⁷.

6. Texto tomado de TRUYOL SERRA, A., *La integración europea. Idea y realidad*, Editorial Tecnos, Madrid 1972, p. 104.

7. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Tercera Edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid 1997, p. 40.

De esta forma, seis países europeos (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Holanda y Luxemburgo) iniciaron negociaciones acogiendo la tesis planteada, las cuales culminaron con la firma del *Tratado de París* el 8 de abril de 1951, mediante el cual se constituyó la *Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA)*⁸ cuya finalidad era controlar la producción y comercialización de los citados bienes, a través del establecimiento de un mercado y una política única, mediante la creación de instituciones comunes a todos los Estados miembros, como fueron: La *Alta Autoridad*, conformada por personas que actuarían en forma independiente de los Estados firmantes y velando por los intereses de la institución creada, para lo cual se le atribuyeron facultades reglamentarias obligatorias en ciertos casos y de ejecución directa por las empresas del sector; *El Consejo Especial de Ministros* integrado por representantes de los países miembros a los fines de lograr una vinculación entre las decisiones de la Alta Autoridad y los gobiernos nacionales; *La Asamblea*, constituida por parlamentarios de los congresos nacionales y el *Tribunal de Justicia* creado para garantizar la correcta y uniforme aplicación de las normas del Tratado.

En definitiva, debe destacarse que la creación de la *CECA* constituyó el pilar fundamental para el nacimiento y evolución del derecho comunitario europeo, el cual se construyó sobre las bases de la supranacionalidad, lo cual la distinguió desde su origen de otras organizaciones internacionales que se fundamentan en la cooperación internacional. De manera muy clara lo afirma el Profesor *Molina del Pozo* al señalar que:

Todo ello encarna el principio clave que caracteriza imprescindiblemente el fenómeno que estudiamos: La supranacionalidad como factor de la integración que se manifiesta en la Comunidad.

(...)

La constitución de tales instituciones traducía una voluntad de superar el estadio de la organización internacional, caracterizada por la regla de la unanimidad en el proceso de toma de decisiones y por la cooperación intergubernamental.

Dicha fórmula produce grandes dificultades a la hora de establecer resoluciones comunes ya que el desacuerdo de un solo gobierno basta para bloquear la acción de los restantes implicados. Del mismo modo, la organización clásica no posee ningún órgano no encargado de representar y de generar el interés común, sino tan sólo un secretario técnico de elaboración de informes o de ejecución de las decisiones adoptadas sin su intervención.

La superación de tal situación supone el gran éxito de la *CECA*, primera construcción del neofuncionalismo, comienzo inequívoco de una Europa comunitaria⁹.

Por lo tanto, desde su constitución, los juristas de la época estuvieron conscientes que el derecho producto de las nuevas organizaciones creadas constituiría una rama nueva, independiente de los derechos internos de cada Estado miembro y por sus particularidades, distinto del Derecho Internacional. Así lo planteó el profesor *Leontín Constantinesco* en un excelente trabajo sobre *Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros de la CEE*¹⁰, en el cual, luego de un estudio comparado sobre los procedimientos de recepción de los tratados comunitarios en los derechos internos de los Estados miembros, concluye afirmando que:

8. Entró en vigor en los seis estados miembros el 25 de julio de 1952.

9. *Ob cit.*, pp. 42 y 43.

10. *Derecho de la Integración*, nº 2, Abril 1968, Instituto para la Integración de América Latina, (INTAL) pp. 50-81

... el problema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros presenta aspectos, a la vez nuevos e imprecisos.

Aspectos nuevos, en la medida en que el derecho comunitario es la expresión de entidades nuevas (...) que trascienden en mucho el alcance de las organizaciones clásicas. Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros deben resolverse, pues, dentro de una perspectiva nueva, que no es ni la de las organizaciones internacionales clásicas, ni la de las estructuras netamente federales.

(...)

... los Estados miembros no captaron a tiempo el nuevo aspecto del mencionado problema y, por consiguiente, no elaboraron soluciones apropiadas. Prisioneros de la concepción dualista y al no haber captado el alcance profundo y estructuralmente nuevo del proceso de integración, los Estados miembros creyeron poder resolver el problema por medio de las soluciones clásicas del derecho internacional. Pero precisamente la solución clásica, en la que cada miembro otorga soberanamente al derecho de los tratados en derecho interno el rango que desea ... Esa solución (...) no puede resolver válidamente el problema de esas relaciones. De ahí la necesidad de reconsiderar el problema desde una nueva perspectiva¹¹.

Posteriormente, los Estados miembros decidieron ampliar la comunidad a todas las actividades económicas y dar un trato distinto al tema de la energía atómica, razón por la cual iniciaron negociaciones en 1955, a los fines de avanzar y profundizar en la integración emprendida, lo cual concluyó con la firma, el 25 de marzo de 1957, en Roma, por parte de los seis integrantes de la CECA, del *Tratado por el que se crea la Comunidad Europea de la Energía Atómica* (CEEa o Euratom) y del *Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea* (CEE) o *Tratado de Roma*¹².

Mediante la suscripción de este último instrumento, las partes contratantes acordaron constituir entre sí una *Comunidad Económica Europea* (artículo 1) la cual tiene como misión "... promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran". (artículo 2). Seguidamente, el artículo 3 enuncia los medios gracias a los cuales lograrán dichos fines, destacándose entre otros, los siguientes: a) El establecimiento de una unión aduanera, mediante la supresión de los derechos de aduana y otras restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como otras medidas de efecto equivalente, lo cual permitirá la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, entre los Estados miembros; y de un arancel aduanero común frente a terceros países; b) El establecimiento de políticas comunes en determinados sectores, como son la agricultura, el transporte, relaciones comerciales con terceros países; y c) el establecimiento de un régimen común en materia de competencia.

En el orden institucional, los órganos creados son similares a los de la CECA, y se denominaron: *La Comisión* y *el Consejo*, para cada institución; la primera con funciones similares a las de la *Alta Autoridad* y que ejerce sus funciones con independencia y en interés total de las comunidades y la segunda, en representación de los Estados miembros; una *Asamblea* y un *Tribunal de Justicia* común a las tres organizaciones.

En 1965, se suscribió el *Tratado de Bruselas*, mediante el cual se realizó un cambio importante desde el punto de vista organizativo, al unificar en un *Consejo* y una *Comi-*

11. *Ob. cit.*, p. 80

12. Los citados tratados entraron en vigencia el 1° de enero de 1958.

sión para las tres comunidades, las funciones atribuidas antes a tres organizaciones distintas, por los tratados de la CECA, CEE y CEEA¹³.

Lo que interesa destacar es que los tratados constitutivos de las comunidades atribuyeron poder normativo a las instituciones, al establecer en el artículo 189 que “*Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes ...*” y seguidamente, señala que “*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”. Por lo tanto, las comunidades se caracterizaron, desde sus orígenes, en que hicieron surgir un ordenamiento jurídico propio, para el cual no se requería ningún acto por parte de los Estados miembros para su incorporación al derecho interno de cada uno de ellos.

Sucesivamente, se fueron incorporando nuevos Estados a la Comunidad, estando constituida actualmente por quince Estados¹⁴. En diciembre de 2002, el Consejo Europeo aprobó la adhesión a la Unión de 10 Estados de la Europa Central y Oriental¹⁵.

En los años ochenta, los países de las Comunidades asumieron el reto de agilizar la implementación del mercado común, lo que motivó la suscripción del *Acta Única Europea*¹⁶, mediante la cual los Estados miembros¹⁷ acordaron “... *proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea ... Resueltos a construir dicha Unión Europea basándola, por una parte, en unas Comunidades, que funcionen con arreglo a normas propias, ...*”¹⁸. En este sentido, por lo que respecta a la integración económica, el *Acta Única* amplía los objetivos, al comprometerse a la creación de un mercado interior o único a partir del 1º de Enero de 1993, lo que condujo a la implementación de un programa que condujera a la eliminación de todos los obstáculos físicos técnicos, fiscales y jurídicos, para lograr *la libre circulación de mercancías y servicios*, (que implica, que los bienes producidos en la región puedan ser comercializados en todo su territorio, sin que haya obstáculos o impuestos aduanales y la adopción de un arancel aduanero común frente a productos de terceros países); *la libre circulación de personas*, (que supone el derecho a desplazarse y a residir en cualquier Estado miembro lo que a su vez implica garantizar el libre acceso al trabajo en cualquier Estado de la Comunidad, por parte de cualquier nacional de éstos; así como la libertad de establecerse y prestar servicios en cualquiera de ellos) y por último, *la libre circulación de capitales* (que significa la posibilidad de que el capital pueda ser transferido de un Estado a otro, sin restricciones).

13. Entró en vigor el 1º de enero de 1967.

14. El 22 de enero de 1972 se suscribió el Acta de Adhesión de Gran Bretaña, Dinamarca, Irlanda y Noruega (esta última, por referéndum popular celebrado con posterioridad, decidió permanecer fuera), que entró en vigor el 1º de enero de 1973. En la segunda ampliación se incorporó Grecia, (con la firma del Tratado de Adhesión en Atenas, el 28 de mayo de 1979, en vigencia desde el 1º de enero de 1981); luego se unieron España y Portugal, con la suscripción, en Donostia-San Sebastián, del acta de adhesión que se aplicó a partir del 1º de enero de 1986. Por último, se adhirieron Suecia, Finlandia y Austria, mediante la suscripción del Tratado de Adhesión a la Unión Europea, el 24 de junio de 1994, que entró en vigor el 1º de enero de 1995.

15. Dichos países son: Hungría, Polonia, República Checa, Eslovenia, Eslovenia, los Estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, y las islas mediterráneas de Malta y Chipre. Dicha ampliación se hará efectiva el próximo 1º de mayo de 2004.

16. Dicha acta fue suscrita en Luxemburgo, el 17 de febrero y en La Haya, el 28 de febrero de 1986 y entró en vigencia el 1º de julio de 1987.

17. Para 1992, la CEE estaba integrada por doce Estados, producto de las sucesivas adhesiones: 6+3+1+2.

18. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* nº L 169, de fecha 2 de junio de 1987.

Una vez consolidado el mercado interior, los Estados partes decidieron profundizar más aún la integración entre ellos, evolucionando hacia una unión económica, monetaria y política, lo cual concluyó con la firma del *Tratado de Maastricht* o de la *Unión Europea*¹⁹, mediante el cual "... las partes contratantes constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada 'Unión' " (Artículo 1 del Tratado). Dicho instrumento modifica a su vez el *Tratado de Roma* a fin de constituir la *Comunidad Europea* e implementar la unión económica y monetaria; así como al *Tratado de la CECA* y al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Por otra parte, el tratado define y establece las bases para realizar una *política exterior y de seguridad común*, que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad (Artículo 11 del Tratado)²⁰ y normas para la *cooperación judicial y policial*²¹. Finalmente, el *Tratado de la Unión* fue recientemente modificado, mediante el *Tratado de Amsterdam* suscrito el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor 1º de mayo de 1999, el cual tiene, entre sus modificaciones más relevantes, el permitir la evolución de la unión en distintas velocidades, al consagrar la posibilidad de que los países que deseen intensificar la cooperación lo puedan hacer.

Descrita la evolución de la *Comunidad Económica Europea* hacia la *Unión Europea*, se debe destacar que su éxito radica, en primer lugar, en la transferencia de determinadas competencias que hicieron los Estados miembros a los órganos comunitarios; en segundo lugar, gracias a la creación de órganos comunitarios independientes de los Estados miembros que, por una parte, dictan y ejecutan medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de los objetivos propuestos (*Comisión y Consejo*); y por la otra velan por el cabal y uniforme cumplimiento de dicha normativa (*Tribunal de Justicia*); y en tercer lugar, por la recepción y aplicación directa, por parte de los Estados miembros, de dicha normativa, todo lo cual ha dado origen al nacimiento de un nuevo derecho, el Derecho Comunitario.

III. LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS

El antecedente de la actual *Comunidad Andina* se remonta a 1960 cuando se constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)²² por Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, México, Uruguay y Venezuela, cuyo objetivo era incrementar el comercio entre dichos países. Ahora bien, los pocos resultados obtenidos desde el punto de vista práctico por esta organización, originaron que cinco de ellos iniciaran negociaciones, actuando en el marco del propio *Tratado de Montevideo*, para

19 Dicho tratado fue suscrito en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigencia el 1º de noviembre de 1993.

20 La política exterior y de seguridad común sustituye el mecanismo de cooperación política con-sagrado en el Acta Única.

21 Es oportuno aclarar que el Tratado de la Unión no sustituye a los otros tres tratados suscritos con anterioridad. Es un cuarto tratado, complejo, que los modifica y a su vez se fundamenta en estos. En este sentido, se ha afirmado que: "La Unión Europea así fundada no sustituye, como en ocasiones se afirma (...) a las Comunidades Europeas, sino que las sitúa bajo un mismo techo mediante las nuevas "políticas y formas de cooperación" (artículo 47 del Tratado UE). Para decirlo gráficamente, esto conduce a los tres pilares sobre los que reposa la Unión Europea: las Comunidades Europeas, la colaboración en el ámbito de la política exterior y de seguridad, y la cooperación en el ámbito judicial y policial" (BORCHARDT, Klaus-Dieter, "El ABC del Derecho comunitario" en: http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_02.html).

22 Se creó por la suscripción del Tratado de Montevideo el 18 de febrero de 1960.

acelerar el proceso, lo cual concluyó con la suscripción, el 26 de mayo de 1969, del *Acuerdo de Cartagena*, también conocido como *Pacto Andino*, por parte de Bolivia, Colombia, Chile²³, Ecuador, y Perú, con el objeto de construir una unión aduanera en el plazo inicialmente acordado de diez años²⁴. Venezuela se adhirió posteriormente, en 1973²⁵.

De conformidad con el artículo 1º del Acuerdo, éste tiene como fin último, “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros”. Tal objetivo lo logra mediante la integración subregional, razón por la cual la liberalización del comercio o la libre circulación de bienes y servicios en el área andina, y el libre intercambio entre los países miembros se erige como un mecanismo fundamental para lograr el cumplimiento del citado objetivo.

Desde el punto de vista institucional el Acuerdo creó tres órganos, a saber, *la Comisión*, instancia máxima de la integración, integrada por un representante plenipotenciario de cada país miembro; con capacidad legislativa exclusiva sobre todas las materias respectivas, mediante las *Decisiones*. *La Junta* del Acuerdo, que se constituyó como el órgano técnico, conformada por tres miembros y era la encargada de velar en función de los intereses comunitarios; finalmente se creó el *Comité Consultivo*, que tenía por finalidad ser el enlace entre los países miembros y la *Junta* y estaba integrado por representantes de todos los países miembros.

En este punto, se debe resaltar que el *Acuerdo de Cartagena*, nada previó sobre la creación de un órgano jurisdiccional, el cual velara por el cumplimiento de la normativa comunitaria; e incluso, no se hacía referencia alguna al ordenamiento jurídico del Acuerdo y su fuerza obligatoria. La estructura comunitaria se encontraba, entonces, incompleta, al no existir un órgano que ejerciera el control jurisdiccional sobre las decisiones emanadas de los órganos comunitarios o sobre los actos de los Estados miembros, que violentaran el ordenamiento comunitario.

Por estas razones, posteriormente en mayo de 1979, los Estados miembros suscribieron el *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*²⁶, mediante el cual se concibió dicha institución y se establecieron las normas sobre la estructura del ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, el artículo 1 del tratado dispone que “El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado; c) Las Decisiones de la Comisión; y d) Las Resoluciones de la Junta”. Por su parte, el Artículo 2.pauta que “Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión” y el artículo 3 agrega que las Decisiones serán “...directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”.

El *Tribunal de Justicia Andino* es, en consecuencia, el órgano jurisdiccional comunitario que se encarga de velar por la correcta aplicación de la normativa comunitaria, por parte de la *Comisión* y la *Junta*; por el cumplimiento de las obligaciones que correspon-

23. Posteriormente se retira, el 30 de octubre de 1976.

24. El propio texto del Acuerdo señala en su artículo 1º entre sus objetivos, “... facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común...”

25. V., G.O. n° 1.620 Extraordinaria de fecha 1º de noviembre de 1973. El Congreso aprobó mediante ley aprobatoria el Acuerdo y las Decisiones n° 24, 37, 37-A, 40, 46, 50, 56 y 70 de la Comisión

26. El referido tratado fue aprobado por Venezuela mediante ley en 1983. (G.O. n° 3.216 Extraordinaria del 7 de julio de 1983) y entró en vigencia en todos los países miembros el 19 de mayo de 1983.

den a los Países miembros; y por la uniforme aplicación del Derecho Comunitario en toda la región.

Por otra parte, el 25 de octubre de 1979 se creó el *Parlamento Andino* que representa al pueblo de la Comunidad Andina, está integrado por congresantes de cada país miembro²⁷. Este organismo no tiene capacidad legislativa sino sólo participa en la creación de normativa, mediante sugerencias, a los órganos competentes.

El fenómeno andino ha tenido diversas etapas y vicisitudes. En su primera época, durante la década de los setenta y gran parte de los ochenta, se trató de desarrollar una integración cerrada, fomentando una política de sustitución de importaciones, mediante las cual se pretendía lograr el autoabastecimiento de la subregión. Ejemplo emblemático de tal esquema fue la Decisión 24 relativa al *Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*²⁸, en el cual se reservaban ciertos sectores de la actividad económica sólo a los nacionales; no se permitía la inversión extranjera en aquellos sectores que se consideraran adecuadamente atendidos por las empresas existentes (artículo 3); se establecían limitaciones para la reexportación de la inversión; etc....

Se debe reconocer que la integración andina fue concebida inicialmente por ciertos sectores de los gobiernos de cada uno de los países miembros, sin que el resto de los habitantes y concretamente el sector económico, generador de los flujos comerciales, se hubiera interesado o sentido protagonista de tal experiencia. Así lo afirma la Dra. Carmen Elena Crespo de Hernández al señalar que:

Originalmente, la integración fue propiciada en los círculos gubernamentales por intelectuales, que habían adquirido conciencia de la bondad de la integración; por ello, al comienzo, los esfuerzos políticos integracionistas no tuvieron todo el éxito deseado debido entre otras causas, a que la iniciativa se originaba en círculos distintos a los empresariales, quienes son los llamados a imprimir a este proceso un gran impulso o a rechazarlo.

En la actualidad, los grupos empresariales han tomado conciencia de la bondad de la acción integradora y, por ello, están avanzando con mayor firmeza y celeridad, casi dejando atrás la acción promovida por los propios gobiernos²⁹.

Es por esta razón que los avances de la integración andina fueron muy discretos en su primera etapa, la cual transcurre desde su constitución, hasta finales de los años ochenta; y también explica, las sucesivas modificaciones realizadas al *Acuerdo de Cartagena*, a los fines de posponer los plazos de ejecución de los programas previstos en el acuerdo, y muy especialmente, el del *Programa de Liberación* y del *Arancel Externo Común*. Mediante el citado Programa, los países miembros se comprometieron a levantar, de manera efectiva, todas las medidas que se erigen como obstáculos a la libre circulación de mercancías dentro de los territorios de dichos países y a abstenerse de imponer nuevos gravámenes y restricciones. Inicialmente, el plazo fijado en el Acuerdo de Cartagena para lograr una zona de libre comercio fue el 31 de diciembre de 1970³⁰, el cual no

27. Fue creado el 25 de octubre de 1979, mediante la suscripción por los países miembros del Tratado de Creación del Parlamento Andino, el cual fue posteriormente modificado en abril de 1997, a los fines de que sus representantes sean elegidos por votación directa y secreta en cada país miembro.

28. V., G.O. n° 1.620 Extraordinaria de fecha 1° de noviembre de 1973.

29. "Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino", en *Jornadas sobre integración económica y Derecho Comunitario Andino*, Tipografía Horizonte C.A., Barquisimeto, Venezuela 1995, p. 96

30. Así lo estableció el artículo 46 del Acuerdo de Cartagena.

pudo ser cumplido por los países miembros³¹. Por lo que respecta al *Arancel Externo Común*, al principio, los Estados partes habían acordado que éste entraría en vigencia, a más tardar el 31 de diciembre de 1980, lo cual tampoco pudo ser cumplido³².

También tuvo una influencia negativa para la subregión la crisis de la deuda de todos los países miembros y el incumplimiento reiterado de cada uno de ellos de sus obligaciones en el seno del grupo, lo que culminó con la decisión de la República del Perú, el 27 de Agosto de 1992, de suspender temporalmente sus obligaciones, con respecto al Programa de Liberación del Acuerdo³³. De esta forma lo explica el Doctor *Alfredo Fuentes Hernández* al destacar que:

Influyó en este debilitamiento la crisis de la deuda y la política utilizada para solucionar los desajustes en la cuenta corriente de las balanzas de pagos, consistente, en esencia, en violentas devaluaciones en términos reales e imposición de controles a las importaciones. Este tipo de política reforzó las tendencias proteccionistas ya vigentes, incidiendo fuertemente en el deterioro de la integración comercial...³⁴

Para enfrentar el nuevo fenómeno económico de finales de siglo, el acuerdo evolucionó hacia una integración abierta al resto del mundo³⁵, razón por la cual se puede afirmar que el *Acuerdo de Cartagena* tuvo un relanzamiento a finales de los ochenta y en la década de los noventa, que quedó evidenciado en un primer momento, con el *Protocolo de Quito* el cual modificó al citado Acuerdo³⁶, y posteriormente, con el *Protocolo de Trujillo*³⁷ el cual reestructuró sustancialmente todo el esquema institucional, al sustituir íntegramente el capítulo II del Acuerdo.

En este sentido, el artículo 5 del último de los citados Protocolo creó la *Comunidad Andina* la cual está integrada por los cinco Estados miembros y por los órganos e instituciones del *Sistema Andino de Integración*. Se constituyó el *Consejo Presidencial Andino*, conformado por los Jefes de Estado de los cinco países, es el máximo órgano y está encargado de dictar las directrices y orientaciones políticas sobre los diferentes ámbitos de la integración que serán ejecutadas por los demás órganos comunitarios³⁸. También se creó el *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*, conformado por los ministros de cada país miembro y su función fundamental es formular la política exterior de los países miembros en los asuntos en los que tenga interés la subregión. El órgano técnico (*la Junta*) fue sustituido por la *Secretaría General* que constituye el órgano ejecutivo y técnico y es unipersonal. Se mantuvo a *la Comisión* integrada por un representante plenipotenciario de cada país miembro, encargada de formular la política

31. El Acuerdo fue modificado en tres oportunidades, mediante tres protocolos, adicionales, como fueron: el de Lima, suscrito el 30 de abril de 1976; el de Arequipa firmado el 21 de abril de 1978 y en Quito el 12 de mayo de 1988.

32. V., artículo 61 del Acuerdo de Cartagena.

33. Posteriormente, el 30 de julio de 1997, se logró un acuerdo con Perú para su reincorporación paulatina a la Zona de Libre Comercio (ver Decisión 414) la cual se perfeccionará en el 2005.

34. FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo y MARTÍNEZ, María Mercedes, de: *En El Pacto Andino: Hacia un nuevo modelo de integración*, Biblioteca Digital Andina, en: http://www.comunidadandina.org/bda/listado_de_libros.asp

35. Así, por ejemplo, la Decisión 24 fue sustituida por la Decisión 220 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, (G.O. n° 34.014 de fecha 25 de julio de 1988) la cual estableció un régimen más flexible para las inversiones extranjeras, reconoció la importancia de éstas para el desarrollo de la región

36. El citado Protocolo fue aprobado en nuestro país, mediante Ley Aprobatoria publicada en el G.O. n° 33.958 de fecha 4 de mayo de 1988.

37. Aprobado mediante Ley Aprobatoria, publicada en la G.O. n° 36.116 de fecha 30 de diciembre de 1996.

38. V., artículo 11 del Protocolo de Trujillo.

de integración, en ejecución de las directrices del Consejo Presidencial Andino; tiene facultades legislativas las cuales las ejerce dictando decisiones³⁹.

El plazo inicialmente acordado para lograr la libre circulación de mercancías en la Comunidad, como se señaló en el líneas anteriores, sufrió diversas posposiciones y finalmente la *Zona de Libre Comercio de la Comunidad Andina* comenzó a funcionar de manera plena, entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela el 1° de febrero de 1993. (Ver Decisión 324) para todos los productos del universo arancelario. Perú, por su parte, se ha ido incorporando de manera paulatina, y culminará en el 2005. Por lo que respecta a la *Unión Aduanera*⁴⁰, está funcionando desde el 1° de febrero de 1995, año en que entró en vigencia el Arancel Externo Común adoptado por Colombia, Ecuador y Venezuela⁴¹.

En 1997, los países miembros asumieron el reto de profundizar la integración y ampliarla a nuevos sectores y suscribieron el *Protocolo de Sucre*⁴², mediante el cual modifican al Acuerdo de Cartagena al incluir, como mecanismos para alcanzar los objetivos del acuerdo, la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales, armonización de las políticas económicas y sociales; se incorporó un nuevo capítulo dedicado a las "Relaciones Externas"; se reguló el "Comercio Intrasubregional de Servicios", se aceptó la figura de los "Miembros Asociados" y se incorporó una disposición transitoria sobre la reincorporación del Perú a la Comunidad. Dentro de estos nuevos retos, la Comunidad se propone constituir para el 2005 un *mercado común*, el cual constituye un nivel superior dentro del proceso de integración, mediante la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales dentro del territorio de la comunidad.

IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Derecho Comunitario Europeo ha evolucionado de manera sorprendente, en virtud de la aplicación de tres principios rectores, como lo son: La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios; la aplicación directa del derecho comunitario; y la preeminencia o primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de cada Estado. Se procederá a explicar las características fundamentales de los citados principios.

39. Dicha facultad la comparte con el Consejo Andino de Ministro de Relaciones Exteriores, según la modificación incluida en el Protocolo de Trujillo.

40. Implica que los países convengan en establecer aranceles comunes para las importaciones de terceros países

41. Bolivia tiene un tratamiento preferencial y Perú no suscribió este acuerdo.

42. El referido protocolo entró en vigencia el 14 de abril de 2003, cuando Ecuador depósito en la Secretaría General de la Comunidad el último instrumento de ratificación.

1. La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios

La experiencia del viejo continente ha evidenciado que el proceso de integración ha hecho surgir todo un nuevo derecho cuyo nacimiento tiene dos vertientes: Por un lado, tenemos los tratados suscritos por los Estados Miembros como sujetos de Derecho Internacional (que la doctrina y jurisprudencia europea han llamado *Derecho Comunitario Originario*) que conforman las bases o fundamentos de esa nueva rama; y por la otra, el conjunto de reglamentos y directivas dictadas por la *Comisión* y el *Consejo*, (*Derecho Derivado*) así como las sentencias emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Para cumplir los fines propuestos en los tratados, los Estados miembros tuvieron que transferir ciertas y determinadas competencias, que antes eran propias de cada gobierno, a los órganos comunitarios. De esta manera, los países renunciaron, de manera voluntaria, a legislar o ejercer atribuciones en dichas áreas o a regularlas de acuerdo a los lineamientos que fijen los órganos de las comunidades⁴³. Así, por ejemplo, en un primer momento, para lograr la unión aduanera, los integrantes de la comunidad tuvieron que abstenerse de legislar sobre nuevos aranceles o derechos equivalentes a las importaciones de productos de la región; así como transferir a los órganos comunitarios las facultades para establecer los derechos aduaneros que aplicarían para las importaciones de productos de terceros países. Luego, para garantizar la libre circulación de personas, los Estados tuvieron que modificar y aceptar la normativa comunitaria que ordenaba el reconocimiento de ciertos títulos profesionales otorgados en otros estados miembros. Recientemente, con la *unión monetaria*, doce⁴⁴ Estados de la Comunidad Europea⁴⁵ transfirieron al Sistema Europeo de Bancos Centrales⁴⁶ todas las facultades relativas a la política monetaria, como por ejemplo, la fijación de los tipos de cambio de las monedas, en un primer nivel y luego, la eliminación de las monedas nacionales, para dar paso al Euro, a partir de Enero de 2002.

En definitiva, lo que interesa destacar es que desde el momento en que cada Estado se ha incorporado a las comunidades, ha perdido o cedido facultades en determinados áreas, a favor de los órganos comunitarios. El propio Tribunal de Justicia lo esbozó claramente en una primera sentencia, en el año 1963, al afirmar que:

...ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales⁴⁷

43. Tradicionalmente, se habla de *competencias exclusivas de la comunidad*, que abarca aquellas materias que fueron delegadas por los Estados a los órganos comunitarios, como por ejemplo, todo lo relacionado con el establecimiento del arancel aduanero común y en las cuales, en consecuencia, los órganos internos de cada Estado miembro perdió competencia para regular; *competencias concurrentes* entre ambos niveles y competencias reservadas a los Estados miembros.

44. Once Estados miembros participaron, desde el 1 de enero de 1999, en la Unión Económica y Monetaria. Dos años más tarde, Grecia se unió al grupo.

45. El Reino Unido, Dinamarca y Suecia no se incorporaron a la unión monetaria, al aplicar la cláusula de excepción contenida en el Tratado de Maastricht que les permitió quedar excluidos de dicha unión.

46. Integrado por el Banco Central Europeo y los bancos centrales de los estados miembros.

47. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 5. Ver http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_13.html.

Pocos años después desarrolló ampliamente el tema, en otra conocida sentencia, en donde señaló lo siguiente:

A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, *de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.*

(...)

... al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad [...] *la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad*⁴⁸. (Destacado añadido).

Ahora bien, se debe advertir que tal transferencia o delegación de competencias o soberanía, no hubiera sido posible si las constituciones de cada Estado no lo hubieran previsto de manera expresa.

En efecto, el estudio de la experiencia del continente europeo nos ha demostrado dos cosas:

En primer lugar, a medida que cada estado se ha ido sumando al proceso, ha consagrado en su propia constitución de manera expresa, la aceptación de dichas cesiones o transferencias. En este sentido, el Dr. Allan Brewer-Carías en su estudio sobre *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional* afirma lo siguiente:

... en los quince Estados que forman actualmente la Unión Europea, en todos ellos se ha producido una adaptación de las Constituciones al proceso de integración regional, incorporándose en sus Constituciones en forma expresa, disposiciones relativas al proceso de integración regional. Por supuesto, estas previsiones ni son uniformes ni tienen el mismo alcance pero, sin embargo, constituyen el soporte o base constitucional de la supranacionalidad en cada país⁴⁹.

En este sentido, citando las referencias contenidas en el mencionado estudio del Dr. Brewer-Carías, sobre las constituciones europeas, se puede hacer alusión, en primer término, a la Ley Fundamental de la *República Federal de Alemania* de 1949, cuyo artículo 24 señalaba que:

Art. 24. 1. La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.

2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva, recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden⁵⁰.

48. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 15 de julio de 1964, asunto 4/62, *costa c. ENEL*, Rec. 1964, p. 1162. Ver http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_13.html

49. *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público* n° 5, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, p. 26.

50. *Ob. cit.* p. 29.

Por su parte, la constitución de la *República de Italia*, de 1948, preveía, en su artículo 11 que:

Italia...acepta en condiciones de pasividad o reciprocidad con los demás Estados, *las limitaciones de su soberanía* necesarias para crear una agrupación que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece a las organizaciones internacionales que tienden a tal fin⁵¹.

Por lo que respecta a *Francia*, el preámbulo de la Constitución de 1946, vigente para el momento de la firma del *Tratado de París* (CECA) afirmaba que:

Bajo reserva de reciprocidad, Francia consciente en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y para la defensa de la paz⁵².

Por su parte, *Holanda y Luxemburgo* procedieron a modificar sus constituciones a fin de dar suficiente sustento legal a la firma del Tratado de Roma. En el primer caso, en la reforma realizada entre 1953 y 1954, se incorporaron dos artículos que rezan así:

Artículo 63. Cuando lo exija el desarrollo del orden jurídico internacional, podrá un tratado apartarse de los preceptos de la Constitución. En tal caso la ratificación sólo podrá conferirse de forma expresa, y las Cámaras de los Estados Generales solamente podrán aprobar el correspondiente proyecto de ley por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

Artículo 67. Siempre que se observe, de ser necesario, lo dispuesto en el artículo 63, se podrán confiar por un tratado o en virtud de éste competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones de derecho internacional...⁵³

En el caso de *Luxemburgo*, la reforma aprobada en 1956, incluyó el artículo 49 bis, que pautó:

Se podrá encomendar temporalmente por vía de tratado a instituciones de derecho internacional el ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial⁵⁴.

En el caso de *Bélgica*, al no tener para esos momentos un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y tratados, la reforma de la carta magna tuvo lugar con mucha posterioridad a la aprobación de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, en 1971, al incluirse el artículo 25 bis, cuyo texto dice:

Se podrá confiar por un tratado o una ley el ejercicio de poderes determinados a instituciones de Derecho internacional público⁵⁵.

Posteriormente, a medida que se han ido incorporando nuevos Estados al proceso de integración europeo, aquellos países que no tenían una previsión sobre el particular, procedieron a modificar sus normas fundamentales, a los fines de dar sólido respaldo a su adhesión a los tratados constitutivos de las comunidades europeas. Se puede citar, sin ser exhaustivos, a *Grecia*, quien en la reforma constitucional de 1975 incluyó el artículo 28 que pautó:

Artículo 28.1. Las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como las convenciones internacionales desde su ratificación por Ley y su entrada en vigor conforme a las disposiciones de cada una de ellas, son parte integrante del derecho griego interno y privan respecto de toda disposición de ley en contrario.

51. *Idem* p. 31-32.

52. *Idem* p. 38.

53. *Idem* p. 42.

54. *Idem* p. 44.

55. *Idem* p.46.

2. Con el fin de atender a un interés nacional importante y de promover la colaboración con otros Estados será posible atribuir, mediante tratado o acuerdo internacional, competencias previstas por la Constitución a los órganos de organización internacionales, si bien se requerirá para la ratificación del tratado o del acuerdo una ley votada por mayoría de tres quintos del total de los diputados.

3. Grecia procederá libremente, por ley votada por la mayoría absoluta del total de los diputados, a limitaciones del ejercicio de la soberanía nacional, en la medida en que estas limitaciones vengan impuestas por algún interés nacional importante, no lesionen los derechos del hombre y los fundamentos del régimen democrático y se efectúen sobre la base del principio de legalidad y bajo condición de reciprocidad⁵⁶.

España, por su parte incluyó, en la reforma constitucional de 1978 dos artículos que rezan de la siguiente forma:

Artículo 93. Mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Artículo 96.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno⁵⁷.

El segundo elemento que llama poderosamente la atención del estudio de la experiencia europea, es que a medida que la integración se ha ido profundizando, aquellos Estados miembros que determinaron que sus constituciones no permitían la delegación de nuevas competencias, tuvieron que reformar sus cartas fundamentales, antes de suscribir los nuevos tratados. Tal situación se vio de manera palpable, con la ratificación del *Tratado de Maastricht*, el cual, por los cambios esenciales que conllevaba su aprobación desde el punto de vista constitucional y de la concepción misma del estado y su soberanía, condujo a reformas constitucionales, como en los casos de *Alemania* y *España*, quienes tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones, después de las decisiones de los Tribunales Constitucionales respectivos, que así lo impusieron o el caso de *Francia* y *Dinamarca* cometieron a referéndum consultivo la aprobación del citado Tratado.

En esta forma, en virtud de que 'la transferencia de competencias de los órganos nacionales hacia los órganos comunitarios constituye la esencia misma de la construcción comunitaria' el Tratado de Maastricht despertó la polémica constitucional sobre la integración regional, particularmente en cuanto a los límites de las autorizaciones constitucionales existentes sobre transferencia de competencias, y sobre si con dichas autorizaciones los Estados podían realizar el traspaso de cualquier competencia, incluso de aquellas que son esenciales a la soberanía del Estado. La cuestión constitucional se planteó, por ello, en primer lugar, en cuanto al reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los residentes de los otros Estados miembros de la Unión, lo cual toca uno de los derechos políticos esenciales de cualquier Estado democrático. En segundo lugar, el debate constitucional surgió de las previsiones del Tratado relativas a la política económica común y la imposición a los Estados miembros de llevar a cabo sus políticas económicas ajustadas a la Unión, lo que implica una limitación esencial a la política monetaria, al existir un Banco Central Europeo y una moneda única europea. En estos casos, a pesar de la existencia de cláusulas constitucionales que aceptaban la transferencia de competencias a los órganos supranacionales, como la del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, recogida por remisión en el Preámbulo de la Constitución de 1958, el Consejo Constitucional

56. *Idem* p. 61.

57. *Idem* p. 62.

francés, en su decisión N° DC 308 del 9-4-92, señaló que las reformas implicaban que ‘un Estado miembro se verá privado de competencias propias en un ámbito en el cual están en juego las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional’, lo que exigía, para poder ser aceptado, una reforma de la Constitución francesa antes de la ratificación del Tratado⁵⁸.

Tal logro se debe, en nuestro criterio, a dos motivos, en primer lugar, porque el propio *Tratado de la Comunidad Europea* impone, en su artículo 10 (antes artículo 5) la obligación a los Estados de que “...adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

Sobre esta norma la profesora Blanca Vilá ha afirmado que “... incorpora la obligación *constitucional* para los Estados del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas nacidas en virtud del Tratado o de sus normas de desarrollo y aplicación. (...) Esta obligación, que supone en la práctica un auténtico deber de cooperación, sitúa estructuralmente a los Estados miembros en un sistema garante de la plena coherencia y del pleno desarrollo acorde con la acción comunitaria, que no será obstaculizada por la acción unilateral de uno o varios de ellos”⁵⁹.

En segundo lugar, porque es una exigencia del proceso de adaptación que deben cumplir los Estados que soliciten su incorporación a dichas instituciones. Así lo señala la Profesora Abellán cuando, al referirse a las condiciones que deben cumplir los Estados para adherirse a las Comunidades afirma que: “... debe existir, por parte del Estado solicitante, una voluntad suficientemente expresada de participar en la obra común que supone la construcción europea, incluso, si para ello es necesaria la modificación de sus disposiciones constitucionales”⁶⁰.

Del anterior análisis, se concluye que el derecho comunitario europeo tiene su fundamento y descansa en última instancia, sobre las constituciones de cada uno de los Estados miembros.

2. La aplicación directa del derecho comunitario

La segunda característica del derecho comunitario ampliamente reconocida por la normativa y jurisprudencia europea es que las normas emanadas de los órganos comunitarios se aplican directamente en los territorios de los Estados miembros, sin necesidad de que éstos realicen actos de recepción, para que esas disposiciones sean incorporadas en sus respectivas legislaciones internas. El propio artículo 249 del Tratado de la CE (antes artículo 189) pautó que:

Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

58. *Idem* p. 67.

59. ABELLAN HONRUBIA, Victoria y otros, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª Edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1998, p. 148.

60. *Ob. cit.*, p. 27.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes. (Destacado añadido)

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, desde sus primeras sentencias dejó sentado que el derecho comunitario genera derechos y obligaciones no sólo a los Estados miembros sino también a los ciudadanos, en el citado asunto *Van Gend en Loos*, en el cual un tribunal holandés solicitaba la interpretación prejudicial del artículo 12, a los fines de conocer si los nacionales de los Estados partes pueden hacer valer, con fundamento en esa norma, derechos subjetivos que el juez debe proteger⁶¹.

Ante dicha solicitud, el Tribunal de Justicia afirmó que:

... los objetivos de la comunidad nos confirman que los ciudadanos están directamente afectados por el derecho comunitario. (...) El artículo 12 define una prohibición clara e incondicional que es una obligación negativa... Esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados en cuanto a subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de Derecho interno, y se presta perfectamente por su naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales (...) produciendo efectos inmediatos que las jurisdicciones internas deben salvaguardar⁶².

No obstante, debe advertirse que la posibilidad de que una norma comunitaria pueda ser directamente aplicable, dependerá de si son normas que en sí mismas generan derechos u obligaciones. En este sentido, se afirma que deben ser normas claras, precisas y autosuficientes⁶³.

La consecuencia de esta característica es el denominado *efecto directo*, según el cual las normas, ya sea del derecho originario o derivado, generan derechos y deberes a favor de los órganos del poder nacional y de los ciudadanos⁶⁴.

61. El artículo en cuestión reza, a la letra: "Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas ..."

62. *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 24.

63. Sobre las características de las normas directamente aplicables véase a VILÁ, Blanca, en *Lecciones... ob. cit.*, p. 154.

64. Las normas de los tratados (Derecho originario) que cumplan con las características antes señaladas serán directamente aplicables. Así por ejemplo, el artículo 12 (ahora 25) citado supra; impone la prohibición de adoptar nuevos aranceles; las normas de los artículos 81 y 82 (antes 85 y 86) sobre libre competencia imponen a los particulares la obligación de no restringir la libre competencia y no abusar de su posición de dominio. En el derecho derivado (comprende todas las normas dictadas por los órganos comunitarios) existen básicamente tres tipos de normas: Los Reglamentos, en su esencia son actos normativos, poseen alcance general y ha sido indiscutible su aplicación y efecto directo, por disposición misma del tratado. Las Directivas tienen por finalidad armonizar o aproximar las legislaciones internas de los Estados miembros, quienes deben ejecutar las acciones necesarias para cumplirlas, no obstante, tienen libertad sobre la forma y los medios a través de los cuales lograrán su ejecución. Generalmente se les impone un plazo para su cumplimiento. Tal proceso se ha denominado en el derecho comunitario europeo *la transposición*. Aunque inicialmente se sostuvo que estas normas no podían ser directamente aplicables, en virtud de requerir de ciertos actos a nivel del derecho interno de cada país, luego el Tribunal dictaminó que una vez vencido el plazo otorgado a cada Estado para la transposición de la directiva en cuestión, si éste no lo hace o lo hace en forma incorrecta, si las normas gozan de las características indicadas supra, nace a favor de los particulares un derecho subjetivo para invocarla, ante el juez interno. (Ver sentencia asunto 33/70 caso *Franz Grad* de fecha 6 de octubre de 1970, Rec. 1970, p. 1213.)

3. La preeminencia o primacía del derecho comunitario

Como se ha indicado en páginas atrás, el *Tribunal de Justicia de las Comunidades* siempre ha sostenido que el Derecho Comunitario conforma un nuevo orden jurídico y ha señalado que concretamente el *Derecho Originario*, está exceptuado de cualquier control por los Estados miembros ya que se impone incluso por encima de las Constituciones de éstos, en virtud de la primacía del Derecho Comunitario Europeo sobre la legislación interna de cada Estado Miembro⁶⁵.

En este sentido, se debe hacer nuevamente referencia a la sentencia citada en el proceso *Costa v. Enel*, en el cual el Tribunal afirmó que “... al derecho nacido del Tratado no puede oponérsele judicialmente un texto interno cualquiera que sea...” y más adelante sostuvo que “... la invocación de atentados bien contra los derechos fundamentales tal y como son formulados por la constitución de un Estado miembro, bien contra los principios de una estructura constitucional nacional, no podría afectar la validez de un acto de la comunidad y su efecto sobre el territorio de ese Estado”.

Ahora bien, tal concepción cambió drásticamente con el proceso de aprobación del *Tratado de Maastricht*, mediante el cual se ampliaron las competencias de la *Comunidad Europea*. En efecto, la ratificación por parte de los Estados miembros del referido tratado hizo resurgir con gran ímpetu, la discusión sobre el control constitucional de dichos Tratados por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Se puede afirmar que con *Maastricht* se hizo evidente que la *supremacía global* del derecho comunitario europeo, propugnada por el *Tribunal de Justicia Europeo* fue matizada y limitada por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, quienes dejaron claramente establecido que son en última instancia las Constituciones nacionales de cada Estado miembro, el soporte de los acuerdos o tratados de la Unión, los cuales no dejan de estar sujetos al control constitucional por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Así lo sostiene el Profesor Ricardo Alonso García al afirmar que:

Sucede, sin embargo, que el «carácter absoluto e incondicional con que dicha primacía aparece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Rodríguez Iglesias), en su misma globalidad, está lejos de ser exacta, y desde luego, lejos de ser asumida, tal cual, por los tribunales constitucionales de los Estados miembros. (...)

En efecto, una cosa es sostener que el parámetro de validez del Derecho derivado comunitario deba ser el Tratado constitutivo abstracción hecha de los Derechos nacionales, incluidos los textos constitucionales, y otra muy distinta sostener que el propio Tratado constitutivo -y en caso del Derecho derivado por él respaldado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia- escape del parámetro de las Constituciones, que son las que determinan si las condiciones en que la Comunidad Europea absorbe la soberanía de los Estados miembros -determinadas por el propio Tratado tal y como es interpretado por su intérprete supremo, que no es otro que el Tribunal de Justicia -son o no conformes con las condiciones en que cada Estado miembro puede ceder soberanía-determinadas por su propia Constitución tal y como es interpretada por el órgano interno competente, en el caso español, el Tribunal Constitucional⁶⁶.

65. Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo casos *Van Gend & Loos* de fecha 5/2//1963; *Costa v. Enel* del 15/7/64; *A. San Michele v. Alta Autoridad* del 22/6/1965; sentencia caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de fecha 17/12/1970; y caso *Simmenthal* 9/3/1978.

66. *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1994, pp. 278-279.

Incluso, la discusión que generó la aprobación de referido Tratado trajo como resultado que la jurisprudencia nacional de los Estados miembros y la doctrina entrara a establecer claramente la diferencia entre la titularidad de las competencias (que es conservada por cada Estado miembro) y su ejercicio por parte de la Unión, y matizó el concepto esbozado por el *Tribunal de Justicia Europeo* sobre la *limitación definitiva de la soberanía* que en su opinión implicaba la participación en el Tratado de la *Unión Europea*. Así,

Ello comenzando por la *limitación definitiva de la soberanía* a que alude la S. Flaminio Costa, contestada por el *Tribunal Constitucional Federal alemán* en su *Sentencia sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht (12 de octubre de 1993)*: “Alemania es uno de los ‘señores de los tratados’ que justificaron su vinculación al Tratado de la Unión, suscrito ‘por un período de tiempo ilimitado’ (artículo Q TUE) con la voluntad de ser miembros a largo plazo, aunque, en definitiva, podrían anular tal pertenencia en virtud de un acto en sentido contrario”; rechazo, pues, de la limitación definitiva de soberanía proclamada por el Tribunal de Justicia, que vuelve a aflorar con ocasión del “carácter irreversible” del paso de la Comunidad a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria afirmado por el Protocolo del Tratado de la Unión dedicado a la transición a la mencionada fase, señalando el Tribunal Constitucional que, configurada la Unión Monetaria “en cuanto comunidad comprometida por una estabilidad duradera y que garantiza en particular la estabilidad del valor del dinero”, nada se opondría, “a modo de ultima ratio”, a “la separación de la Comunidad en caso de que se malogre la comunidad con vocación de estabilidad”.

En nuestra doctrina, la misma opinión sostuvo un año antes Herrero de Miñón, quien tras recordar que el artículo 93 de la Constitución no permite “un abandono puro y simple de las competencias atribuidas”, pues lo que se transfiere no es su titularidad, sino su ejercicio, afirmó la reversibilidad de la atribución no ya como consecuencia de la desaparición de la institución receptora, sino “a través de la denuncia del Tratado, posibilidad cuyo procedimiento contempla expresamente el artículo 96 de la Constitución”, respaldada por el reconocimiento del principio de autodeterminación en la Carta de las Naciones Unidas (que también trae a colación el Tribunal Constitucional Federal) y por el Derecho Internacional (Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que “autoriza a que los Estados parte de un Tratado se retiren del mismo con sujeción a las normas en él mismo contenidas y, cuando este no es el caso, a las de Derecho Internacional general, entre otras un cambio sustancial de circunstancias”

Línea similar, finalmente, había mantenido igualmente nuestro propio *Tribunal Constitucional - Declaración 1 Julio 1992* - que, también con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión (concretamente, con ocasión de la constitucionalidad del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión previsto en el artículo 8 B del TCE), separó nítidamente la cesión de competencia de su titularidad, no sin antes haber recordado la doctrina *Costa V. Enel* con su “limitación de ‘derechos soberanos’, en expresión del Tribunal de Justicia”, omitiendo el Tribunal Constitucional cualquier alusión al carácter “definitivo” con que el Tribunal de Justicia había calificado, también expresamente, tal limitación⁶⁷ (destacado añadido).

De manera que a partir de *Maastricht* los Tribunales constitucionales nacionales y concretamente el alemán, el francés y el español advirtieron que al ser los Estados miembros los otorgantes de los Tratados, éstos quedan sujetos al control constitucional de cada país. Tal limitación fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional Español quien, en su Declaración del 1 de julio de 1992, emitida con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión, afirmó que:

67. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario” en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid 1993, p. 1187.

... como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse -mediante el requerimiento previo contemplado en el artículo 95.2 de la Constitución- sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de la constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previo en su Título X -reforma constitucional-, su primacía ...; (la cual queda) ... en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (artículos 27.2.c, 31 y 32 LOTC) o cuestionar (artículo 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 CE).

V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

En el caso andino, la experiencia fue muy distinta a la europea, en lo relacionado al soporte constitucional del proceso. De los cinco países miembros del Acuerdo, ninguno preveía constitucionalmente, la posibilidad de atribuir competencias a órganos comunitarios, con la sola excepción de *Colombia*, para el momento en que fue suscrito el citado tratado.

En efecto, la constitución de dicho país, vigente para el momento de la ratificación del Acuerdo autorizaba, en el artículo 76, relativo a las atribuciones del Congreso a:

(...)

18. Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados⁶⁸.

Un texto similar se repitió en la Constitución de 1991 en la cual de manera diáfana se reguló expresamente la posibilidad de transferir competencias a órganos supranacionales, al atribuir al Congreso, en su artículo 150, que:

Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos supranacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

La ausencia de fundamento constitucional ya era advertida desde los inicios de la discusión para la suscripción del Acuerdo de Cartagena. Así lo evidenció de una manera clara el Dr. Brewer-Carías, quien en un trabajo elaborado en 1968⁶⁹, destacaba la importancia de la integración económica para nuestro subcontinente, pero ya en ese momento advertía que dicho proceso no sería exitoso si no se tomaban decisiones políticas audaces y señalaba que existían obstáculos institucionales que vencer⁷⁰, dentro de los cuales estaba el hecho de que "... ninguno de los sistemas constitucionales latinoamericanos tienen real vocación integracionista".

68. Constitución de 1968. V., BREWER-CARIAS, Allan, *La implicaciones... ob. cit.*, p. 112.

69. *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas 1968.

70. En la referida publicación, el Dr. BREWER-CARIAS esboza los tres problemas fundamentales que constituyen tres capítulos del libro, a saber: "Primer problema: La creación de órganos comunitarios supranacionales; Segundo Problema: La jerarquía del derecho comunitario; Tercer Problema: El control de la constitucionalidad".

Luego de su profundo análisis el Dr. Brewer-Carías concluyó señalando que:

Ahora bien, analizados los tres problemas jurídicos fundamentales que plantea el futuro Mercado Común Latinoamericano, es necesario concluir conforme lo hace Leontin Constantinesco: Los problemas no son de interpretación, sino de reforma constitucional.

Ciertamente que América Latina no puede esperar a la previa reforma de sus textos constitucionales, para proceder a constituir el Mercado Común, no sólo porque los procedimientos para ello son muy lentos, sino fundamentalmente porque un proceso de integración como el que se está iniciando en Latinoamérica, esencial para su supervivencia histórica, política y económica, no admite ni puede admitir dilaciones. La integración en este sentido, es un proceso esencialmente dinámico y cambiante, que una vez iniciado no puede detenerse, cualesquiera que sean los problemas que confronte.

Sin embargo, aún cuando no consideremos que los países de América Latina deben esperar esas reformas constitucionales, lo que sí consideramos indispensable es que los juristas y políticos, tienen que estar conscientes de la importancia de los problemas planteados, pues generalmente los economistas que han tenido en sus manos la dirección del proceso, no se han percatado de la magnitud de los mismos.

Entonces, por la trascendencia intrínseca de los problemas señalados, no nos queda otro camino que concluir con las palabras del Profesor Emilio J. Cárdenas, nuestro colega en el Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Latinoamericana, celebrado en Buenos Aires, en marcha de 1967, en el sentido de que “sólo cabe calificar de simplista a las soluciones fáciles que, basadas en interpretaciones flexibles de los textos constitucionales, dejan filtrarse distintos ataques que, impugnando constitucionalmente el esquema integrativo, representen, al mismo tiempo, una conmoción en los cimientos mismos de la estructura común”⁷¹.

En el caso venezolano, a pesar de dichas advertencias, la participación de nuestro país en la integración andina, no tuvo soporte constitucional alguno, a nuestro entender, por falta de decisiones políticas⁷², lo que condujo a numerosas dudas e interpretaciones, como se desarrollará en el siguiente punto y no fue sino hasta la nueva Constitución de 1999, que se le dio fundamento constitucional a tal proceso.

También el Dr. Emilio J. Cárdenas advertía en su momento, sobre la debilidad de las constituciones de nuestro entorno, al afirmar que “... con la sola excepción que importa la situación colombiana, en los demás sistemas constitucionales, un tratado que estableciera un Mercado Común Latinoamericano puede impugnarse judicialmente si el mismo violare normas constitucionales, pudiendo, por tanto, ser declarado inconstitucional e inválido en lo que hace a sus efectos internos, por tal motivo”⁷³.

Tal situación se presentó en Colombia⁷⁴ y muy intensamente en el caso venezolano, donde se demandó por razones de inconstitucionalidad, la ley aprobatoria del Acuerdo

71. *Ob. cit.*, pp. 129-131.

72. Compartimos la tesis del Dr. BREWER-CARÍAS, en el sentido de que la reforma constitucional requerida no es un mero formalismo, sino que ésta conllevaría a asumir un compromiso político y del país a favor de un modelo económico de integración. Tal hecho queda plasmado en las grandes discusiones surgidas en el seno de la comunidad europea, con la incorporación de nuevos Estados o la ampliación de las competencias de la comunidad, tal como se describió en páginas anteriores.

73. “Hacia un Derecho Comunitario Latinoamericano”, en *Derecho de la Integración*, INTAL, n° 1, 1967, p. 45.

74. Cuando el Congreso colombiano aprobó el Acuerdo de Cartagena mediante ley, incorporó el artículo 2 que pautaba que “El Gobierno Nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta del Acuerdo Sub-regional Andina, siempre que no modifiquen la legislación o no sean materia del Legislador. En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando sean materias de la competencia del Legislador o modifiquen la legislación existente o cuando el gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores”. Dicha norma fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia quien declaró la nulidad de el citado texto. Para más información ver BREWER-CARÍAS, *Las implicaciones...*p. 114.

de Cartagena, ante la Corte Suprema de Justicia, como se verá en el siguiente apartado de este trabajo.

Por lo que respecta al *Tribunal de Justicia Andino*, desde sus primeras sentencias desarrolló claramente los principios de la primacía y aplicación directa del derecho comunitario. No obstante, en la práctica, la ejecución de tales preceptos fue disímil entre los países miembros, ya que, si se observa los procesos que dieron origen a la jurisprudencia del tribunal, particularmente los recursos de interpretación prejudicial⁷⁵, se determina que fueron los colombianos, y en menor medida los ecuatorianos quienes, desde los inicios del Tribunal Andino, intentaron acciones y particularmente, recursos de interpretación prejudicial ante las dudas que le surgían a los jueces nacionales colombianos la aplicación de la normativa comunitaria. En el caso venezolano, hasta 1992, la normativa comunitaria sólo se aplicó en la medida que fue objeto de un procedimiento de recepción por el derecho interno (como se verá *infra*) e incluso, el primer recurso de interpretación prejudicial por parte de un tribunal nacional fue en 1998⁷⁶.

En relación a la jurisprudencia comunitaria, una de las primeras sentencias que trata la primacía del derecho comunitario andino fue en el proceso N° 1-IP-87 en el cual el máximo tribunal dejó sentado que:

En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la 'validez plena' de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.

Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 -en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos Países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear

75. A los fines de garantizar la interpretación uniforme de la normativa comunitaria, el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consagró este recurso, conforme al cual, cuando un juez nacional conozca un litigio en el cual deba aplicarse alguna norma comunitaria, podrá solicitar al TJA su opinión sobre la interpretación de aquella. En caso que se trate de decisiones que no sean susceptibles de recursos, el artículo 29 exige que la interpretación prejudicial sea obligatoria.

76. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de febrero de 1998, mediante la cual acuerda la solicitud de interpretación prejudicial de las normas contenidas en la Decisión 314 sobre "Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino".

medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado⁷⁷.

Posteriormente, en otra decisión se refirió concretamente al efecto de la norma comunitaria sobre las disposiciones nacionales de los países miembros y sentenció que:

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior -que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ('preemption'). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él.

La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad, como en el caso del artículo 85 de la Decisión motivo de autos sobre tránsito de legislación⁷⁸.

77. Tomado de <http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/1-ip-87.htm>

78. Tomada de <http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/2-ip-88.htm>

VI. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA

1. La Constitución de 1961

La Constitución de 1961, sólo trataba el tema de la integración en el artículo 108, que decía, textualmente, lo siguiente:

Artículo 108. La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Por su parte, el artículo 128 disponía que:

Artículo 128. Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

A. La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992

En el año 1973, cuando el Congreso Nacional aprobó el *Acuerdo de Cartagena* mediante la correspondiente ley aprobatoria incluyó, en el Artículo Unico, el Parágrafo Primero, que decía a la letra, lo siguiente:

Parágrafo Primero: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación Venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República⁷⁹

Años después, al aprobar el *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*⁸⁰, nuevamente el Congreso incorporó el artículo 2º que contenía un texto idéntico al del citado Parágrafo Primero.

La inclusión de tal parágrafo fue objeto de una gran discusión por parte de la doctrina venezolana. Una parte de ella, consideraba, que el artículo 108 era sólo una norma programática y no podía ser el fundamento para permitir la transferencia de competencias a los órganos comunitarios, ni para la aplicación directa y preferente de las normas emanadas de éstos. Por tal motivo, sostenían que la inclusión del parágrafo primero antes referido, era consecuente con el texto constitucional, ya que era evidente, que tal como estaba redactada nuestra Carta Magna, no era posible la aplicación directa de dicha normativa, por lo que se requería un procedimiento de recepción de la norma comunitaria que se pretendiera aplicar en el país. En este orden, sostenían que para poder dar soporte jurídico al proceso de integración, era indispensable una reforma constitucional. El Dr. Brewer-Carías fue uno de los grandes defensores de esta tesis, y señalaba que el

79. V., G.O. n° 1.620 Extraordinaria de fecha 1º de noviembre de 1973.

80. V., G.O. n° 3.216 Extraordinaria del 7 de julio de 1983

parágrafo primero constituía una *declaración interpretativa* conforme a la cual el Congreso indicó el sentido preciso que atribuyeron a las disposiciones del Acuerdo⁸¹.

Otra parte de la doctrina era de la opinión que el artículo 128 era el fundamento suficiente para la aprobación del Acuerdo; que una vez aprobado este último, el Estado no podía negarse a la aplicación o ejecución de tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*; en consecuencia, consideraban que la inclusión del parágrafo primero violaba esta última norma constitucional. El destacado profesor José Guillermo Andueza fue uno de los principales defensores de esta corriente y por tal motivo interpuso, ante la Corte Suprema de Justicia, el 21 de junio de 1982, un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, contra el citado parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, por considerar que violaba lo establecido en los artículos 128 y 190 ordinales 1º y 5º.

Siete años más tarde, el 10 de julio de 1990, la Corte dictó sentencia en dicho expediente, mediante una polémica decisión⁸² que declaró sin lugar el recurso de nulidad incoado por el Dr. Andueza. En la referida decisión, la Corte dejó sentado que la Constitución vigente para aquel momento no autorizaba a transferir competencias a órganos supranacionales, razón por la cual la declaración insertada por el Congreso era constitucional. En este orden, dejó establecido que:

a) Al aprobar el Poder Legislativo el Pacto que prevé la Comisión con facultad para dictar Decisiones, en el acto mismo de su aprobación se dejaron a salvo la vigencia y obligatoriedad de aquellas que modifiquen en la legislación nacional o que sean materia de la competencia del Poder Legislativo. Entonces, lejos de contener una obligación preexistente, el propio acto legislativo hizo la salvedad del caso. Distinto habría sido la salvedad en Ley posterior que modificara el Tratado.

b) Lejos de reconocerse principios aceptados por la República, el acto hizo la advertencia respecto de ciertas Decisiones de la Comisión del Acuerdo.

c) No puede afirmarse que dar validez absoluta y plena a esas Decisiones signifique ejecución de actos ordinarios, porque éstos son simplemente los que sirven para cumplir, sin necesidad de requisitos, los convenios ya aprobados, que, pues, no tienen una trascendencia normativa como para convertirse en reglas obligatorias para los habitantes de Venezuela, y por ello la salvedad que se hizo en la Ley aprobatoria estuvo destinada, precisamente, a impedir la fuerza automática de algunas Decisiones, por lo que es imposible encontrar en éstas carácter rutinario o intrascendente; y

d) Desde luego que la salvedad no invade la competencia del Ejecutivo en materia de Tratados, pues, al contrario, la reserva es sólo para los actos de la Comisión que puede modificar la ley interna de Venezuela o correspondan a materias que en nuestro país son de la reserva legal; esto es, en modo alguno se invade el ámbito de atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional en materia de relaciones internacionales.

Efectivamente, la Comisión -y la Junta- se creó para cumplir el Pacto, pero si dentro de la propia Ley aprobatoria se consignó la salvedad, de esa manera fue formulada tal Ley y se promulgó con la excepción, el Ejecutivo celebra el Tratado, pero, en ejercicio de su facultad constitucional de aprobación, el Congreso puede incorporar limitaciones que no menoscaben ni invadan atribuciones de aquél, y en el caso la salvedad se contrajo, justamente, a las modificaciones de leyes internas (que es potestad del Congreso acorde al artículo 177) o actos de la Comisión que, en Venezuela, tienen el carácter de 'reserva legal', esto es, que solamente pueden ser dictados por el Poder Legislativo venezolano. Por eso, la salvedad es parte integrante de la aprobación y en esas

81. BREWER-CARÍAS, Allan R.: "El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana" en *Revista de Derecho Público*, n° 44, Octubre-Diciembre 1990, p. 228.

82. De los quince magistrados de la Sala Plena, siete de ellos discreparon de dicha sentencia, mediante cuatro votos salvados.

condiciones quedó debe ser cumplida, porque el Congreso lo que hizo fue dejar constancia de que actos de su competencia interna no están sometidos a la determinación de la Comisión del Acuerdo, convirtiéndolo en organismo supranacional de índole legislativa.

No puede verse en las Decisiones de la Comisión actos de simple ejecución del Tratado, porque nuestro Congreso no lo quiso así al ejercer la atribución constitucional, recordando que en lo interno sólo él tiene la potestad legislativa. Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por lo contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y de derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que por la Constitución, ameritan de una Ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles, la Corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional.

En conclusión, juzga la Corte que en la norma impugnada no se incurrió en violaciones de la Constitución venezolana, por lo cual la nulidad no procede⁸³.

Por tales motivos, desde la aprobación del *Acuerdo de Cartagena* hasta 1992 todas las decisiones dictadas por la Comisión del Acuerdo, que eran de la materia de la reserva legal, fueron previamente aprobadas por el Congreso, para ser aplicadas en el territorio nacional; y en contraposición, aquellas decisiones que no cumplieron tal procedimiento nunca fueron aplicadas en nuestro país. Tal fue el caso de la Decisión 40 referente al “Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros” y la Decisión 46 sobre el “Régimen uniforme de la empresa multinacional y reglamento del tratamiento aplicable al capital subregional” fueron aprobadas por el Congreso mediante ley, tal como consta en al Gaceta Oficial N° 1620 Extraordinaria, del 1° de noviembre de 1973. Posteriormente, la Decisión 220 (que sustituyó a la N° 24) también fue aprobada mediante por ley especial⁸⁴. En contrapartida, la Decisión 85 que contenía el “Reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial” y la Decisión 311 que sustituyó a aquella, relativa al “Régimen común de propiedad industrial” nunca fueron aplicadas en nuestro país, al no haber contado con la aprobación legislativa, mediante la correspondiente ley aprobatoria.

Se debe advertir que frente a esta situación interna, nunca hubo un pronunciamiento de los órganos comunitarios (ni la antigua *Junta* ni el *Tribunal de Justicia Andino*) ni demandas por parte del resto de los países miembros, sobre un posible incumplimiento por parte de Venezuela de las normas del derecho comunitario, con la actuación antes descrita. Todo ello, a pesar de que el *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, pautaba en su artículo 5 que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

Sobre este particular, comparto la opinión del Dr. Isidro Morales Paúl quien sostuvo que “No puede concluirse, no obstante, que tal procedimiento (la aprobación previa de las decisiones que versaran sobre materia de la reserva legal, por el Congreso Nacional)

83. pp. 16 y 17 de la sentencia.

84. V., G.O. n° 34.014 del 25 de julio de 1988

se hubiese traducido en serio obstáculo o inconveniente para el proceso de integración”⁸⁵.

En definitiva, existen fundamentos de hecho suficientes para considerar que los órganos comunitarios nunca consideraron que el procedimiento de recepción implementado por Venezuela implicara una violación de las normas comunitarias, ya que en caso contrario, habrían tenido que activar las acciones y recursos que les otorgaba la legislación comunitaria.

Adicionalmente, debe señalarse que en mayo de 1988, al aprobarse el *Protocolo de Quito*, no se incluyó un parágrafo como los contenidos en las leyes aprobatorias del Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal Andino. Tal hecho fue considerado con posterioridad, como el fundamento para la transferencia de competencias y la aplicación directa del derecho comunitario en nuestro país. En este sentido, es oportuno citar nuevamente al Dr. Isidro Morales Paúl quien al referirse a tal hecho señala que:

La aprobación, sin reserva alguna, del Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena, denominado Protocolo de Quito (12 de mayo de 1987) mediante Ley del Congreso de la República cuyo artículo 6 reconoce a la Comisión, la competencia ‘exclusiva’ para legislar mediante Decisiones, en las materias de competencia comunitaria, crea una nueva etapa, de mayor seguridad jurídica en la Subregión Andina⁸⁶.

No obstante, debe advertirse que si tal hubiera sido la intención del legislador, éste no hubiera aprobado con posterioridad, nuevas decisiones andinas que versaban sobre materias de la reserva legal, como fue por ejemplo, la Decisión 220 de la Comisión, que sustituyó a la N° 24, sobre inversiones extranjeras, la cual tuvo la aprobación del Congreso y fue publicada en la Gaceta Oficial N° 34.014 del 25 de julio de 1988. Por lo tanto, tal argumento carece de fundamento fáctico.

B. El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999

A partir de 1992, sin que se hubiera realizado ninguna reforma constitucional, el Ejecutivo Nacional procedió a ordenar la publicación de las decisiones dictadas por la Comisión, que eran materia de la reserva legal del Congreso, en la Gaceta Oficial de Venezuela y a aplicar dicha normativa comunitaria. Así por ejemplo, en la Gaceta Oficial N° 4.284 Extraordinaria, del 28 de junio de 1992, aparecieron publicadas las Decisiones 282, sobre Normas Antidumping; la 284 sobre Normas restrictivas a las Exportaciones; la 285, sobre Normas restrictivas a la libre competencia; la 291 sobre el Régimen de Capitales Extranjeros y la 292, sobre Empresas Multilaterales: Por otra parte, la Decisión 313 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial fue publicada en la Gaceta Oficial N° 4.451 Extraordinaria del 5 de agosto de 1992.

Es de destacar que ante la antigua Corte Suprema de Justicia se interpusieron diversos recursos contra la aplicación directa de la normativa sobre propiedad industrial⁸⁷ y

85. “Reflexiones sobre el derecho comunitario y el derecho interno en el área andina” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Enero-Junio 1992/n° 124, Año LXVIII, p. 115.

86. Ponencia “El juez comunitario andino como factor decisivo en el desarrollo y aplicación del derecho comunitario” Confederación de Abogados de los Países Andinos

87. Recurso de nulidad contra el acto de publicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, por considerar que la publicación y posterior aplicación de dicha normativa era inconstitucional, por no haber sido previamente

contra la aprobación, por parte del Congreso Nacional del *Protocolo de Cochabamba*⁸⁸, los cuales buscaban un pronunciamiento de nuestro máximo tribunal que nuevamente discutiera el soporte constitucional del derecho comunitario andino. No obstante, nunca ha habido una decisión expresa que aclarara, de manera indubitable, el problema de interpretación planteado. Paralelamente, en otros procesos sobre propiedad industrial, la Corte aplicó las normas contenidas en las Decisiones 313 y 344⁸⁹.

Ante tal situación afirmamos en otra oportunidad, que:

Por lo tanto, ante esta panorámica concluimos que tenemos, un Poder Ejecutivo arriesgado, que comienza a aplicar una normativa sin un cambio en nuestro ordenamiento jurídico, Un Poder Legislativo celoso de sus competencias y un Poder Judicial temeroso, que no quiere pronunciarse expresamente.

Todo ello es una muestra de la incongruencia como se ha asumido el proceso de la integración. Se han elaborado diversas interpretaciones, para dar sustento a la integración. Creo que éstas podrían tener sentido si hubiera una actuación coherente de los tres poderes. Pero, Ante esta situación, es imprescindible que todos los órganos asuman un compromiso formal y este sólo se logrará a mi criterio, mediante una reforma de la Constitución⁹⁰.

2. La Constitución de 1999

Con ocasión del proceso constituyente desarrollado en 1999 en nuestro país, nuevamente se discutió el fundamento constitucional para la integración andina. Inicialmente, el Presidente Hugo Chávez propuso un proyecto de constitución, en el cual se incluía un artículo relativo a la integración que rezaba así:

Artículo. La República favorecerá la integración económica latinoamericana y caribeña, defendiendo los intereses económicos, sociales y políticos del país, para insertar en óptimas condiciones en el proceso de cambios mundiales ya en marcha. Para estos fines procurará fortalecer la cooperación económica, técnica y la coordinación de recursos y esfuerzos entre los Estados, para incrementar el desarrollo humano sustentable⁹¹.

La lectura de tal texto evidencia sus similitudes con el artículo 108 de la Constitución de 1961, lo que implicaría que no se resolverían los graves problemas de la ausencia de base constitucional para el proceso andino. Por tal motivo, siendo el Dr. *Brewer-Carías* miembro de la Asamblea Constituyente, se dirigió a la Comisión de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional a fin de proponer un artículo que pusiera térmi-

aprobada por el Congreso Nacional. Amparo ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contra la aplicación de la Decisión 344. Nunca ha habido un pronunciamiento expreso sobre la problemática constitucional de la aplicación directa de la normativa comunitaria.

88. Dicho recurso se interpuso por considerar que la ley aprobatoria que señala, textualmente que "POR CUANTO fueron cumplidos los requisitos constitucionales y legales por parte de la República para la Ratificación del citado Protocolo Modificadorio, ..." y "...para que se cumplan sus cláusulas..." es inconstitucional, al incluir el citado protocolo el artículo 3 que dice que las decisiones serán directamente aplicables.

89. Caso *Nintendo*, CSJ SPA, sentencia de fecha 3-8-95 en la cual se afirmó que: "...la decisión (del Registrador de Propiedad Industrial) es dictada durante la vigencia de la Decisión 313 que estableció la prohibición de registro de la marca notoria, en razón de lo cual el órgano administrativo venezolano, al negar el registro de una marca considerada notoria, estaba atendiendo entre otras cosas al compromiso de acatamiento de las normas del régimen comunitario andino.

90. En *Seminario para jueces sobre derecho comunitario europeo y andino*, Porlamar, 5 de abril de 1997. "Sentencia del caso *josé guillermo andueza vs. ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena*.

91. Tomado de BREWER-CARIAS, Allan, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Editorial Jurídica, Caracas 1999, p. 177.

no a las numerosas disquisiciones doctrinales existentes en nuestro país, sobre el tema en estudio⁹².

Finalmente, la Constitución aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, contiene el artículo 153 que reza, textualmente así:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna⁹³.

De la lectura de dicha norma se observa que finalmente, nuestra Carta Magna contiene una norma que constituye fundamento sólido para el proceso de integración y el derecho comunitario, consagrando de manera clara, la posibilidad de que el Estado transfiera competencias a órganos comunitarios; y en este sentido, vale la pena destacar que al hacer referencia a “intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales”, consideramos que tal enunciado permite que la integración andina abarque ya no sólo aspectos económicos, sino otros, como por ejemplo políticos⁹⁴. También consagra la primacía y aplicación directa del derecho comunitario.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 73 de la nueva Constitución permite que:

Los tratados, convenio o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

Ahora bien, debe advertirse que la incorporación del citado artículo 153 trae nuevos problemas de interpretación constitucional que vale la pena destacar.

En primer lugar, se debe advertir que en relación al derecho comunitario primario (Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos modificatorios, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su Protocolo, Tratado de creación del Parlamento Andino, etc..) somos de la opinión de que la aprobación de dichos instrumentos en su oportunidad, tiene pleno valor jurídico desde el punto de vista internacional, que paralelamente generó un problema de derecho interno, que sólo vino a resolverse a par-

92. *Ob. cit.*, p. 171 contiene el texto de la citada comunicación. En ella, el Dr. BREWER-CARÍAS propuso la siguiente norma: “Artículo – De la integración: La República favorecerá y promoverá la integración económica, social y política, particularmente con los países latinoamericanos y del Caribe. Con tal objetivo, el Estado podrá celebrar tratados, acuerdos o pactos que sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad, establezcan organismos supranacionales, a los cuales se les podrá transferir determinadas competencias atribuidas a los poderes públicos nacionales, estatales o municipales. Las normas dictadas por dichos organismos supranacionales serán de aplicación directa en la República, a menos que requieran ser desarrolladas por normas de rango inferior.

93. *G.O.* n° 5453 de fecha 24 de marzo de 2000.

94. Se debe recordar que el Protocolo de Sucre trata de unificar la política exterior de los países miembros, en los asuntos que sean de interés de la región. (Art. 4)

tir del 30 de diciembre de 1999, con la aprobación de la Constitución mediante referéndum.

En segundo lugar, en relación al derecho comunitario derivado (decisiones dictadas por los órganos comunitarios) también surgen nuevas dudas, ya que cabe preguntarse si solo serán directamente aplicables las nuevas decisiones dictadas por los órganos comunitarios a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución o si por el contrario debe considerarse que todas las decisiones dictadas con anterioridad son directamente aplicables a partir del 30 de diciembre de 1999. Siendo coherentes con la posición que hemos defendido a lo largo de los años, creemos que al no haberse incluido una disposición transitoria que regulara el problema, debe considerarse que todas aquellas decisiones que son materia de la reserva legal, que no fueron aprobadas por el Congreso Nacional, sólo son directamente aplicables, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución. Esto indudablemente trae un problema delicado como es la situación de los titulares de derechos subjetivos concedidos por el Estado venezolano, con anterioridad a la Constitución de 1999, como por ejemplo, en todo lo relativo al régimen de propiedad industrial, régimen de aduanas, etc... Nuevamente, tendrá que ser el Tribunal Supremo de Justicia máximo intérprete de nuestra Carta Fundamental al que le corresponda aclarar tales dudas.

§ 12. LA “CAUSA AUSTRIA”, LA ILEGALIDAD DE LAS “SANCIONES” DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

Heinz Schäffer

Profesor de la Universidad de Salzburgo, Austria

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a hablar sobre la causa *Austria*, que mejor se hubiera llamado caso europeo, porque significaba una crisis grande en el edificio de Europa.

Para introducir, hay que recordar un poco los hechos¹. Antes de la formación de un nuevo Gobierno en Austria, a comienzos del año 2000, los otros miembros de la Unión Europea amenazaron con un aislamiento político si un determinado partido, el partido FPÖ (*Freiheitliche Partei Österreichs*), el partido cuyo líder en ese momento fue el Sr. *Haider*,² viniera a participar en ese Gobierno. Y los otros catorce miembros de la Unión Europea (UE) acordaron unas medidas que se etiquetaban como bilaterales y realmente entraron en vigor justo en el momento en el cual el Presidente Federal de Austria nombró y tomó el juramento del nuevo Gobierno. Estas sanciones duraban más de medio año, hasta Septiembre de 2000. Por parte de Austria se han sentido como una *cuarentena política*, como si Austria hubiera sido puesta bajo una tutela política de la Unión Europea. Los medios han llamado a estas medidas *sanciones* -hay que recordar que este no ha sido un término técnico-, una expresión, que por cierto, no ha sido una mala caracterización porque evidentemente, los otros miembros de la Unión Europea querían dar una señal política y querían exigir una determinada actuación política en Austria.

Este acontecimiento ha sido casi insólito, al menos durante el período de 55 años después de la IIa Guerra Mundial. Y no hay que recordar expresamente que según el Derecho Internacional público esta prohibida claramente la aplicación de fuerza, o la amenaza con fuerza, o el chantaje contra otro Estado. Por la justificación de su actuación, los

1. Para la documentación detallada de los acontecimientos Cf., el volumen temático; Österreich unter europäischer Aufsicht? de la revista “Zeitschrift für öffentliches Recht (Austrian Journal of Public and International Law)”, vol. 55 (2000)/3, 229-346 con el Editorial “de *Heinz Schäffer* y con las aportaciones de *Günther Winkler*, *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, *Franz Leidenmühler*, *Eugene Regan* y *Ota Weinberger*”. Un análisis jurídico ya intentaron en el año 2000 los artículos siguientes de revista: *Frank Schorkopf*, Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union? - Zur Zulässigkeit der “bilateralen” Sanktionen gegen Österreich, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, pp. 1036-1044; *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Die Wahrung der “Verfassungsgrundsätze” der EU. Rechtsfragen der “EU-Sanktionen” gegen Österreich, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000/16, pp. 485-496; *Reinhard Klaushofer*, Die Maßnahme der “EU 14” und Aspekte der Anwendung von Art 7 EU und 309 EG, Journal für Rechtspolitik 8 (2000), pp. 297-308; *Roland Winkler*, Der Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Sanktionierung eines EU-Mitgliedstaats wegen Verletzung europäischer Grundwerte und gegen die Maßnahmen der “EU-14”, Journal für Rechtspolitik 8 (2000), pp. 308-327.

Mientras aparecieron unas monografías: Cf., *Heribert Franz Köck/Margit Hintersteiner*, Zu den Sanktionen der vierzehn EU-Partnerstaaten gegen Österreich, en: *Köck/Hintersteiner* (ed.), Europa als Sicherheits- und Wertegemeinschaft (Wien 2000); *Fritz Schorkopf*, “Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedsstaaten gegen Österreich. Möglichkeiten und Grenzen einer ‘streitbaren Demokratie’ auf europäischer Ebene “(Berlin-Heidelberg-New York 2002) y *Anton Pelinka/Waldemar Hummer* “Österreich unter, EU-Quarantäne” (Wien 2002).

2. Presidente del FPÖ 1986-2000.

otros miembros de la Unión se referieron muy generalmente a los nuevos *valores europeos*. Lo que sucedió no se puede comparar fácilmente con otros acontecimientos en la historia; por ejemplo, no con la llamada Santa Alianza en el siglo XIX, que entonces quería mantener un orden restaurativo e intervino de verdad en el ordenamiento interno de algunos Estados, por ejemplo, ordenando una censura de la prensa a tales medidas. Y tampoco se puede comparar fácilmente, por ejemplo, con la actuación del Imperio Soviético cuando intervino en varios Estados vasallos de este Imperio, porque esto han sido verdaderamente, intromisiones militares o casi militares. (1956 Hungría, 1968 Checoslovaquia, 1981 Polonia)

Volviendo a la *causa Austria*: Nadie supo entonces qué paso exactamente; si eso significaría un nuevo orden político en Europa, si Europa de cualquier manera quería establecer una tutela sobre un estado miembro y, eventualmente en otros casos, sobre otros miembros, porque la situación hubiera amenazado también -se discutió- a Italia si en este país el *Polo delle Libertà* de *Berlusconi* que incluyó también el partido ultraderecha *Alleanza Nazionale* (sucesor del partido neofascista MSI) subía al poder. Sin duda estas acciones, estas *sanciones*, han sido preparadas muy rápidamente, tan sólo por teléfono, y han sido puestas en vigor muy rápidamente, por internet - después se buscó casi desesperadamente una salida de la situación que no era fácil, porque los actores siempre insistieron en que algo que ha sido tomado por decisión común, también sólo pudiera disolverse unánimamente.

También quedó la sospecha de que los UE-14 querían aguantar el tipo, como se dice, o guardar la cara, como dicen los chinos, o salvar las apariencias, y sólo por eso querían que se encontraran en una situación unánime.

Para explicar el asunto mejor y con detalle, intentamos proceder en varios pasos. Primero, explicaremos qué ha pasado antes, cómo se forma un Gobierno en Austria (II. A.), cuáles han sido las condiciones políticas, cómo se produjo el texto de estas *sanciones* (II. B.), cómo se pueden juzgar jurídicamente (II. C.), cuáles han sido sus efectos (II. D.), cómo se salió finalmente a través de un *Informe de los Sabios* (III.), y como conclusión, qué lecciones se pueden tomar de estos acontecimientos (IV.).

II. LAS DICHAS “SANCIONES”; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS

1. Situación en Austria

En Austria, antes de la formación del nuevo Gobierno, teníamos una situación política que duraba bastante años, la segunda fase de una *gran coalición* entre conservadores (ÖVP) y socialistas (SPÖ). Una gran coalición ya existía desde hace mucho tiempo, desde 1945 hasta 1966 (entre ÖVP y SPÖ) y otra vez (entre SPÖ y ÖVP) desde 1987 hasta casi 2000, es decir, en algo más de treinta años³. Al final de esta situación, aunque gobernaban juntos, no se entendían más, y había casi un bloqueo total en la política interna. Este sistema de gobierno recibió mucha crítica, y una crítica muy fuerte, espe-

3. Por la historia y las formas de gobierno durante la Segunda República en Austria cf. *Heinz Schäffer*, *Il modello di governo austriaco - fondamenti costituzionali ed esperienze politiche*, in: *Jorge Miranda* (ed.), *Persepectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. (Coimbra 1998) vol. III, pp. 539 ss.

cialmente de parte del Partido FPÖ, el cual aunque se llama *freiheitlich* (es decir liberal) no persiguió exactamente la ideología liberal, pero bajo el liderazgo de Sr. *Haider* una política muy populista/derechista.

En las elecciones de 3 de octubre de 1999 [-de la fecha misma ya se ve claramente que quedó un gran espacio de tiempo entre las elecciones y la formación de Gobierno-] resultó lo siguiente. Bajaron los partidos tradicionales grandes, SPÖ y ÖVP, y prácticamente se convirtieron en medianos. Los socialistas ganaron 65 escaños; el segundo lugar, con pocos votos de diferencia ganó el FPÖ el segundo rango (52 escaños), adelantando a los conservadores (tercera posición también con 52 escaños); sólo 14 escaños resultaron para el partido de los Verdes. Estas cifras muestran una situación, en la cual la formación de un nuevo Gobierno ha sido muy difícil.

2. La toma de decisión por parte de los UE-14

¿Cómo se forma y se compone un Gobierno en Austria? Primero, casi necesariamente un Gobierno de coalición ya es costumbre en Austria, porque en un sistema electoral proporcional casi nunca resulta una mayoría absoluta de un partido. Sí que lo hemos tenido, pero sólo por unos años⁴ en decenas de años; en otros casos, siempre se formaban Gobiernos de coalición. Pero, en este caso de 1999/2000, la ruptura política entre socialistas y conservadores ha sido muy grande. Además, los socialistas no querían coaligar con el FPÖ, y los conservadores tampoco (al menos al comienzo). Prácticamente ninguna forma de Gobierno parecía posible. Según la constitución Austríaca es el Presidente Federal, que es quien -formalmente- forma el Gobierno, quien - primero - encarga a una persona la tarea de que se formule una propuesta de Gobierno, el designado Canciller Federal, y esta persona tiene que proponer una lista de Ministros. Si éstos tienen la posibilidad de un apoyo suficiente en el Parlamento, entonces normalmente se nombra el Gobierno según esta propuesta.

En esta situación que ya he descrito como muy difícil, el Presidente *Klestil* no encargó la formación, pero sólo encargó unas conversaciones políticas para sondear qué posibilidades existían. Y esta tarea se le encargó al Jefe del Partido Socialista (*Klima*), que ha sido el canciller del Gobierno de coalición dimitido, el que claramente había perdido las elecciones. Teníamos para unos meses una situación muy extraña, porque según el Derecho constitucional austríaco, el Gobierno, que aunque está dimitido es el Gobierno provisional durante este tiempo. Es decir, *Klima* siguió siendo Canciller, y prácticamente era el designado para un futuro Gobierno, pero si no tenía éxito, tampoco sería una situación muy compatible.

Los sondeos políticos duraron hasta Diciembre 1999, y hasta entonces casi parecía posible una nueva coalición entre los socialistas y el Partido conservador. Ya tenían un pacto político de coalición listo para firmar, pero al final fracasó porque unos participantes en el Comité que negoció sobre la nueva coalición, representantes de altos cargos de los Sindicatos, no querían firmar el pacto. Eso prácticamente significaba que el pacto de un nuevo Gobierno no tenía apoyo suficiente en el Parlamento. Con este fracaso, la situación ha sido nuevamente abierta, pero el Presidente Federal *Klestil* no retiró el encargo y pidió que el entonces Canciller y Presidente del Partido socialista *Klima* siguiera con los sondeos. Él pensó, mientras tanto, formar un Gobierno minoritario, y

4. Era del Canciller *Kreisky*.

hasta ofreció la participación en el gobierno o el apoyo tácito al partido de *Haider*. Esto después se negó públicamente, pero era un hecho. Mientras, el Partido conservador tampoco quería coaligar más con los socialistas, quienes no querían formar un pacto de coalición necesario para el saneamiento de las finanzas del Estado, para el saneamiento del sistema social, especialmente a través de una subida de la edad de la jubilación. Entonces hubo contactos entre ÖVP y FPÖ, especialmente entre los jefes de ambos partidos, *Schüssel* y *Haider*.

En pocos días la situación de la política interna cambió totalmente. El Presidente Federal, *Klestil*, que siempre ha mostrado aversión contra la formación de un Gobierno entre conservadores y FPÖ públicamente no pudo hacer nada más porque estos dos Partidos ya negociaron entre sí y presentaron una lista de Gobierno⁵. Finalmente, el Presidente Federal *Klestil* prácticamente sólo ha podido ratificar esta solución mientras había muchos contactos y llamadas al extranjero, un hecho que hay que mencionar con detalle, porque tiene que ver con cómo se formaron las sanciones. Pero mientras, justo el día 4 de Febrero de 2000, el Presidente Federal no pudo hacer otra cosa que nombrar el nuevo Gobierno⁶. Para prevenir todas las críticas y alegaciones políticas que veían un peligro en la formación de un gobierno *ultra derecho*, este Gobierno firmó, delante del Presidente Federal, un preámbulo de la declaración del Gobierno, incluyendo una declaración de que son, no sólo aficionados, sino dedicados a, y prometían la salvaguardia de los principios europeos de los derechos humanos, de la democracia, etc.

3. Los efectos de las “sanciones”

¿Qué ha sucedido mientras al nivel internacional, y cómo se han formado las sanciones de las UE-14? La historia y la verdad completa se han revelado sólo unos meses después, todo se desarrolló muy rápido y en secreto. Se hizo casi incluso por teléfono, por fax e Internet. Al mismo tiempo del fracaso de la formación de un nuevo Gobierno, tuvo lugar una conferencia anti-holocausto en Estocolmo, organizado por la Internacional Socialista, en la cual participó en el mismo papel el Canciller Federal como Presidente de su Partido, y allí encontró muchos colegas suyos en su papel de Jefe de Gobierno, y naturalmente se quejó de la situación de que su partido perdiera la oportunidad de formar Gobierno. Evidentemente, otros factores tuvieron también su importancia. Suecia intentaba mantener su apariencia de *political correctness*, porque había unos excesos xenófobos y neonazis en su país. Un factor de segundo rango, ha sido el interés de los líderes socialistas a oponerse a un movimiento hacia la derecha en Europa, porque eso hubiera significado un ejemplo para otros Estados. Un papel esencial, posiblemente, ha tenido el Presidente francés *Chirac*, quien quería perfilarse como el protagonista de una política pro-Europa y no-nacionalista, necesaria en su país, contra el movimiento nacionalista del Sr. *Le Pen* y, no dejó otra alternativa al Canciller alemán *Schröder*, quien por parecidos motivos quería cooperar justo con esta política propuesta o perseguida por *Chirac*.

5. Canciller (i.e. Presidente del Gobierno) fue el jefe de los conservadores, *Schüssel*, mientras *Haider* se retiró del liderazgo del FPÖ y dejó esta función igual como el puesto de vice-canciller(a) a la sua (entonces) vicaria, la senora *Riess-Passer*. En seguida, *Haider* fue elegida presidente de Gobierno en Carinthia, en uno de los Länder austriacos. En el seno de su partido formalmente tiene la posición de un simple miembro de partido, aunque manteniendo mucha influencia de hecho.

6. Expresó el disgusto rechazando dos candidatos del FPÖ y, además, con su cara y actuación durante el acto del juramentación.

Había muy poco tiempo, llamadas entre los Presidentes, y los que estaban activos pusieron una fecha muy corta a los demás. Se supo meses después, por ejemplo, que el Presidente danés ni había podido contactar a su propio Parlamento, lo que es prescrito por la Constitución danesa; en Finlandia no pudo contactarse con al Presidente del Estado porque éste estaba de camino a los Estados Unidos, y en su lugar tomó la decisión el Primer Ministro, aunque tal actuación fue inconstitucional. Todo eso para poder cumplir con la fecha que se había fijado.

La reacción de los UE-14 a la inminente formación de un nuevo gobierno austríaco fue un documento con las *sanciones* amenazadas, cuyo texto se publicó antes de contactar las autoridades austríacas. El documento fue publicado a través de varios medios, primero a través de un *statement* de la Presidencia de la Unión Europea, (entonces) Portugal, después por un comunicado del Ministro de Asuntos Exteriores portugués y por una nota diplomática a la Embajada de Austria, y además ha sido publicado a través de Internet⁷. Aquí reproducimos sólo el primer documento (cita original en inglés):

Presidency's platform regarding the formation of the new Austrian Government

Based on consultations with all Heads of State and Government

Today, Monday 31 January, the Portuguese Prime Minister will inform both the President and the Chancellor of Austria and the Portuguese Minister of Foreign Affairs will notify his Austrian counterpart of the following joint reaction agreed by XIV Member States of the European Union in case it is formed in Austria a Government integrating the FPÖ.

Governments of XIV Member States will not promote or accept any bilateral official contacts at political level with an Austrian Government integrating the FPÖ; there will be no support in favor of Austrian candidates seeking positions in international organizations; Austrian Ambassadors in EU capitals will only be received at technical level.

This joint reaction will be made public at a later stage when deemed appropriate or necessary.

The Portuguese Prime Minister and the Minister of Foreign Affairs have already informed the Austrian authorities that there will be *no business as usual* in the bilateral relations with a Government integrating the FPÖ.

It is the Prime Minister's intention to call the Austrian President at 12h00 Portugal's time (13h00 ECT).

El documento anunció tres puntos concretos de aislamiento de Austria (véase el segundo apartado del *statement*). Su finalidad ha sido prácticamente un acto de apoderar y mandar a los otros miembros de la Unión Europea a tomar *acciones* que -falsamente- han sido etiquetadas como *bilaterales*, y verdaderamente Portugal ha empezado tomando esta posición ya antes de la publicación de la resolución.

4. Análisis jurídico

1. Los primeros análisis, normalmente por los especialistas en Derecho internacional público, subrayaron el carácter político de la decisión de las *sanciones* y que las medidas siguientes sean *bilaterales*⁸. Estos expertos no tenían en cuenta que, justo la toma de

7. Statement from the Portuguese Presidency of the EU 1/31/00 (<http://www.portugal.ue-2000.pt/uk/news/execute/news.asp?id=425>) Content: Statement from the Portuguese Presidency of the European Union on behalf of XIV Member States.

8. Por ejemplo Waldemar Hummer/Walter Obwexer, Österreich unter "EU-Quarantäne", *ecolex* 2000, pp. 250 ss.

decisión se desarrolló dentro de un colectivo de catorce, aunque ha sido declarado a través de la Presidencia de la Unión Europea en el marco de las instituciones de la Unión Europea. El juicio que la declaración de sanciones ha sido un acto político o bilateral no es incorrecto del todo, pero le falta un poco la diferenciación. Naturalmente es verdad que este acto ha sido un acto descortés, prácticamente una ruptura con la cortesía normal entre los Estados (*comitas gentium*), es decir la buena gestión que se practica normalmente entre Estados amigos, especialmente tales que son unidos dentro de una organización.

¿Cuáles hubieran podido ser las consecuencias jurídicas de la Unión Europea? ¿Puede una acción de tipo bilateral frenar la cooperación dentro de la Unión Europea? Hubiera sido incomprensible si Austria no hubiera podido continuar participando en las reuniones del Consejo de Ministros. Sin embargo la costumbre de que la Presidencia de la UE visite a todas las capitales cuando se trata del desarrollo de una cierta política de la integración, no se observó frente a Austria durante el tiempo de las sanciones. Estos actos preparatorios que no están previstos en el Derecho escrito de la Unión, pero son la costumbre, en particular tales visitas no tuvieron lugar en Viena. Para no frenar el desarrollo de la integración, los otros miembros no han podido evitar la participación de Austria en la reunión de Ministros, en preparación de la Conferencia de Gobiernos de 2000, o por ejemplo, tampoco se aplicó un aislamiento dentro del desarrollo de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Y tampoco se impidió, ni Austria lo negó, participar en estas negociaciones en que se trataba de la próxima ampliación de la Unión Europea.

Otra cosa es que se declaró que los UE-14 no querían apoyar candidatos austríacos en organizaciones internacionales. Si eso hubiera tenido lugar, verdaderamente hubiera significado una discriminación prohibida por el derecho comunitario (art. 12 TCE).

2. ¿Qué medidas hubiera podido tomar Austria contra las sanciones? Primero se puede pensar en el artículo 227 TCE (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) que permite que cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia si estima que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones⁹. Otra reacción hubiera podido ser una política de bloqueo dentro del Consejo de Ministros, decisión que Austria no tomó. Y también hubiera sido pensable que Austria se abstuviera de la revisión del Tratado, es decir, bloquear las negociaciones de la Conferencia de los Gobiernos de la revisión del Tratado, especialmente en el dicho proceso Post-Niza.

La decisión de imponer *sanciones* o una forma de boicoteo contra Austria claramente tenía el objetivo de prevenir o impedir la formación de un Gobierno que incluye el FPÖ (partido *Haider*) en el Gobierno. Pero justo eso tuvo lugar, y el Gobierno de Austria reaccionó de tal manera que lamentó la actuación de los otros miembros, y ha dicho expresamente:

This step, taken without previous dialogue with the Austrian Government, is against the spirit of solidarity and co-operation between EU Member States. El portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores añadió que “Austria is a stable democracy where human rights are guaranteed by the constitution and protected by an independent judiciary...Any new government programme will be based on the EU’s common values of freedom, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms as well as the rule of law” y también proponía que “any future government should be judged by its programme and actions”.

9. Waldemar Hummer/Walter Obwexer, *ecolex* 2000, pp. 250 ss. pensaron que una actuación “informal” de los UE-14 no se podría concebir como lesión del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), eventualmente como lesión del Tratado de la Unión Europea (TUE). En ambos casos el Tribunal Europeo de Justicia no sea competente.

La respuesta de Austria ha sido mesurada y también contenía la invitación a los otros miembros de la UE de cooperar y de empezar un diálogo abierto y objetivo. Esta propuesta no ha sido aceptada por la otra parte (los UE-14) que así claramente lesionó una obligación fundamental, la lealtad a la Unión Europea, que está establecida no sólo en el artículo 10 TCE (version Amsterdam) sino también está expresada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo hace años¹⁰.

Un primer vistazo a los artículos del Tratado nos muestra todo esto. En el artículo 6 TUE se dice expresamente que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; además el principio del Estado de Derecho no sólo es estatal, también es un principio de la Unión en sí. Todos estos principios son comunes a los Estados miembros. Aunque aquí están formulados unos principios de una homogeneidad política en Europa, se respeta - apartado 3 - la identidad nacional de sus Estados miembros, es decir, la constitución y el organismo interno de cualquier Estado miembro. Sólo por el caso de una lesión grave de derechos humanos existe TUE que dice (ya en la versión de Amsterdam), que el Consejo reunido en su composición de Jefes de Estado, es decir el *Consejo Europeo*, y a propuesta de un tercio de los Estados miembros, o de la Comisión, y con previo dictamen conforme al Parlamento, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado de principios contemplados en el artículo 6, apartado 1 TUE. Cuando se haya efectuado dicha constatación que debe tomarse unánimemente, y sólo si esta constatación existe, el Consejo podrá decidir por mayoría calificada, que se suspenden determinados derechos derivados del presente Tratado, incluido el derecho de votación. Por eso se puede preguntar cómo se calificaría la actuación de los catorce. Se ofrecen dos posibilidades:

-Primera interpretación: se ha actuado totalmente fuera de la esfera de la competencia respetando que no sólo en el Derecho comunitario en el sentido estricto, sino también en el Derecho de la Unión política, existe y está establecido el principio del apoderamiento individual o particular para cada actuación. Entonces, una consecuencia que se podría pensar es que toda esta actuación de los catorce estuviera fuera de sus competencias; entonces la consecuencia hubiera sido calificar la actuación de los UE-14 como nula, totalmente nula.

-Pero -segunda interpretación- no se puede negar que todo esto, como en el Derecho internacional la eficacia es muy decisiva, se ha desarrollado en el marco institucional de la UE, y tenía efectos. En esta perspectiva la actuación de los UE-14 no se podía pensar como totalmente nula, pero se preguntó sobre la legalidad de estos actos.

Sobre este tema ha dado un análisis muy profundo el jurista irlandés *Eugene Reagan* quien ha dictaminado en esta cuestión para su propio Parlamento irlandés. En este dictamen ha desarrollado los argumentos más importantes y tal vez correctos. Dice claramente que el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE (version Amsterdam, que está aún en vigor) no ha sido respetado: es posible que un tercio de los miembros haya tomado la iniciativa, pero evidentemente no había una propuesta de la Comisión, y evidentemente no había consenso previo del Parlamento, es decir, se han lesionado los requisitos procedimentales esenciales de este artículo. Además, el artículo 253 TCE también prevé que todos los órganos de unión de la Comunidad Europea, que son también

10. *Comision/Belgica*, C-52/84, ECR 1986, p. 89.

órganos de la Unión, que todas las decisiones del Consejo deberán ser motivadas, y eso también es válido en el marco del Derecho de la Unión¹¹.

3. Surge la próxima pregunta, si en este caso hubiera podido existir una competencia del Tribunal de Justicia europeo para juzgar el caso, porque recientemente se ha extendido la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad también a asuntos de la Unión, pero no a todos. Exactamente es el artículo 46 TUE, que se extendía a los derechos fundamentales citados en el artículo 6, apartado 2, pero no se refiere al procedimiento del artículo 7 TUE, que incluye la posibilidad de tomar decisiones en forma de sanciones. Por consecuencia, todo el artículo 7 TUE es un procedimiento político, el cual sin embargo conoce unos requisitos procedimentales claramente fijados¹².

Sin embargo hubiera existido la posibilidad de un pleito contra la actuación de cada uno de los otros miembros por violación de sus propios deberes y obligaciones, es decir por lesión de las obligaciones que resultan del principio de la legalidad que forma parte del Derecho comunitario *sensu stricto* y del Derecho de la Unión. Según *Regan* la lesión en el caso concreto se podría fundar en tres argumentos principales:

Primero, porque la Unión está fundada sobre el principio de la democracia,¹³ y dice en sus propias palabras *No one has reason to believe that Austria is any less a democracy than Ireland or any other Member State of the EU as that term is defined ... and generally understood*¹⁴, y por consecuencia dice que hubiera sido un pleito legítimo de parte de Austria, porque los otros catorce miembros han actuado justo en lesión del principio democrático de la Unión y del respeto de la identidad nacional de los miembros.

Segundo argumento, también muy importante, es el que se refiere al principio del *fair hearing* (principio de un procedimiento correcto, tramitación leal). Este procedimiento está garantizado expresamente en la Convención Europea de Derechos Humanos cual forma una parte de la tradición constitucional de todos los miembros de la Unión Europea, y a través de esto es un principio de la Unión misma. Este Principio y esto también ha sido lesionado por las *sanciones* contra Austria, no dándole la posibilidad de una respuesta a las inculpaciones.

Tercer argumento, el principio de la igualdad y de la no-discriminación ha sido lesionado porque en cualquier otra situación no se sabe si otro Estado hubiera sido tratado de tal manera porque todas estas inculpaciones han sido expresadas sin un procedimiento y sin pruebas.

5. La posición de Austria en el conflicto

Como ya he mencionado, Austria protestó pero actuó bastante diplomáticamente, en particular renunció a un pleito ante el Tribunal Europeo. Pensó que es mejor hablar y conseguir un entendimiento. Primero, en marzo, el Canciller Federal *Schüssel*, el con-

11. Todos los órganos de la Comunidad Europea son también órganos de la Unión. *Eugene Regan*, Are EU Sanctions Against Austria Legal?, ZÖR vol. 55 (2000), pp. 323 ss. critica también la ambigüedad de la decisión de los UE-14. Para él no es un acto del Consejo europeo; el lo califica como "mere stratagem designed to evade the very procedures which would have allowed Austria to have received a fair hearing prior to the imposition of sanctions and the European Parliament to exercise some democratic control".

12. Según *Regan*, ZÖR vol. 55 (2000), p. 329 la actuación de los UE-14 "constitutes an infringement of an essential procedural requirement...".

13. *Holanda/Consejo*, C 58/94, ECR 1996, I-2168.

14. *Regan*, ZÖR vol. 55 (2000), p. 333.

servador que ha presidido desde entonces el nuevo Gobierno, en la cumbre de Lisboa (24-3-2002) pidió un fin a las sanciones, pero sin ninguna reacción positiva de parte de los otros miembros. Hay que mencionar también que ya en los primeros meses del año 2000, el comisario de la Comisión Europea que es competente para las cuestiones de las instituciones propuso formular un nuevo artículo 7, una idea que también ha sido considerada en Austria, y después perseguido y propuesto justo de parte de Austria. Había también la presencia del Presidente Federal *Klestil* en el Parlamento europeo de Estrasburgo (12.4.2000)¹⁵, pero duró hasta mayo la situación con endurecimiento y sin aligeración de la situación. Entonces, cuando ya duraban meses estas *sanciones*, el Gobierno austríaco presentó un Plan de Acciones (5. 5. 2000):

- El primer punto ha sido la idea de una ofensiva diplomática, y verdaderamente tuvo lugar que algunos Ministros viajaron a otras capitales europeas, y no sólo Ministros, sino también viajaron importantes personas privadas (personas de la cultura, de la economía, etc.) y dieron Conferencias intentando aclarar cómo es la situación normal, cómo funciona la democracia en Austria.
- A los ciudadanos austríacos en el extranjero se les pidió que también apoyaran esta posición y eso tuvo lugar.
- El Gobierno instaló un *Austrian web site* donde se demostraron las posiciones austríacas.
- Se organizó un Congreso Internacional de Juristas para discutir la situación de las sanciones, y posibles salidas de una situación tan extraña.
- Además Austria intentó poner este problema en la Agenda de las reuniones del Consejo de Ministros -El último punto, como se sabe, durante meses sin éxito.

La Ministra de Asuntos Exteriores, la Sra. *Benita Ferrero-Waldner*, lanzó una operación ofensiva pero muy elegante. Viajó a capitales, dio conferencias haciendo propaganda por un entendimiento de Austria. Hubo una declaración de los Jefes de Gobierno de los *Länder* (es decir, de las autonomías) de Austria. Finalmente, a comienzos de julio, cuando ya había pasado casi medio año, el Canciller Federal austríaco propuso un nuevo procedimiento por posibles sanciones en el caso de que un Estado miembro lesione los principios europeos. Todo esto por lo pronto no tuvo mucho efecto. Mientras se endureció también la situación de la política interna en Austria; muchos apoyaron la idea de que Austria tomara una posición diferente, es decir, que utilizara el veto dentro del Consejo Europeo, y muchos favorecieron la idea que posiblemente se organizara un referéndum consultivo en Austria que apoyara esta posición, lo que al final no tuvo lugar. Había muchos problemas constitucionales con la idea de este referéndum que al final no tuvo lugar, pero tenía un cierto número de Partidarios.

III. EL “INFORME DE LOS SABIOS” Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. A finales de la presidencia de Portugal, en junio, ya se buscaba discretamente, pero al comienzo sin éxito, una salida de esta situación tan extraña, que al final (27-06-2000) se encontró por el encargo de un Informe de los Tres Sabios. Austria aceptó este proce-

15. “Como presidente federal” afirmó, “tengo que rechazar las críticas injustificadas vertidas contra Austria y contra su pueblo”, y denunció la imagen distorsionada que se está ofreciendo de su país, haciendo un llamamiento a los Estados miembros para que garanticen “objetividad y justicia”.

dimiento de salida bajo dos condiciones políticas imprescindibles. Una primera consistió en que Austria debería integrarse, de una u otra manera a este proceso; y desde otro punto de vista, era necesario poner una fecha en la que se terminara esta situación. Este segundo ruego no fue garantizado, pero lo primero se cumplió porque Austria fue informada de la idea de parte de la Presidencia de la Unión Europea, puesto que el Presidente contactó con el Tribunal de los Derechos Humanos en Estrasburgo, pidiendo al Presidente de este Tribunal (Prof. *Wildhaber*) que le propusiera tres sabios que fueran hábiles para juzgar esta situación. Los *sabios* se encontraron (12-07-2000) en las siguientes personas: el ex Presidente de Finlandia *Matti Ahtisaari*, el ex Comisario de la Unión Europea, *Marcelino Oreja*, y el tercero fue el profesor *Jochen Abr. Frowein*, un experto conocido en Derecho internacional, director del Instituto de Derecho comparado en Heidelberg (Alemania), quien además había sido Vice-presidente de la Comisión de Derechos Humanos en Estrasburgo -todas personas muy calificadas. A ellos se les encargó una comprobación profunda, primero, de la actuación del Gobierno austríaco frente a los valores europeos y, especialmente, frente a los derechos de las minorías, de los asilados y de los inmigrantes, y si Austria hubiera tenido una actuación muy extraña en este aspecto (aunque es muy conocido que Austria siempre ha sido uno de los Estados xenófilos, un país que en relación a su propia pequeña población recibió la mayor parte de emigrantes en Europa; siempre abierto, en todos los casos, por ejemplo cuando tuvo lugar la Revolución en Hungría, cuando a finales de primavera en Praga invadieron los Rusos en la CSSR, cuando durante el estado de guerra en Polonia muchos huyeron de su tierra -en todas estas ocasiones Austria recibió los refugiados con puerta abierta).

-El segundo punto era el mandato de estudiar el desarrollo y la naturaleza política del partido FPÖ. No estaba muy claro lo que significaba este segundo mandato, desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, Austria aceptó esta situación para poner fin a las *sanciones*. Este informe se produjo bastante rápidamente con la cooperación de Austria, porque los Sabios visitaron Austria y contactaron no sólo con el Gobierno, sino también con todos los partidos políticos, con los representantes de los grandes grupos de intereses (es decir, con la Cámara de Trabajo, con la Cámara de Comercio, etc), con las iglesias y las comunidades religiosas, con representantes de la sociedad civil, y con exponentes de la alta magistratura.

El informe estuvo listo el 08-09-2000 y facilitó la salida de la situación incómoda en la cual habían maniobrado los UE-14. Los daños psicológicos y políticos, que han causado las *sanciones*, quedan en cuanto no se juzga la actuación de los UE-14.

En el informe hubo algunas confusiones y malentendidos, de los cuales sólo citamos algunas pocas. Primero, que es muy interesante, y que ha sido bastante difícil, cómo juzgar un partido. Dice el informe que hay razones para pensar que el partido FPÖ es un partido de la derecha populista -nadie sabe exactamente qué es esto, pero no está mal formulado-, con elementos radicales -nadie sabe exactamente qué es *radical* en Europa- aunque puede ser correcto, como se formula en el punto 110 del informe: "Existen razones por las que la descripción del FPÖ como partido populista de derecha con elementos radicales sigue siendo todavía adecuada". Y al final de esta calificación se dice que los Ministros quienes pertenecen a este partido han realizado, por lo general, sus tareas en el Gobierno en línea con el compromiso del Gobierno austríaco y con los valores europeos comunes -es decir, han actuado correctamente. Lo más importante parece lo siguiente: "De acuerdo con nuestro mandato, Austria cumple su compromiso con

los valores europeos comunes”. El respeto del Gobierno austríaco, en particular el respeto a las minorías, a los refugiados e inmigrantes no es inferior al de los otros Estados miembros, y además se dice, al final del apartado competente: “En algunas áreas, particularmente, en lo que se refiere a los derechos de las minorías nacionales, los estándares austríacos pueden considerarse como superiores a los que se aplican en muchos otros países europeos”. Llegaron a unas conclusiones y recomendaciones, donde se dice explícitamente que no ha sido parte de su mandato el juzgar la legalidad de las medidas de los catorce, pero recomiendan expresamente el desarrollo de un procedimiento nuevo y preventivo de una posible supervisión si cualquier miembro, en el futuro, no actuara correctamente, pero que desde el comienzo sea tratado correctamente, en un diálogo abierto y no confrontativo. Eso ha sido verdaderamente el alcance para el futuro. En el caso concreto no sólo se acabó con las sanciones de parte de los UE-14, sino también de parte de otros países que han participado en esta forma de *sanciones*, no obstante que no hayan sido miembros de la Unión Europea (especialmente la República Checa)¹⁶. Todas las *sanciones* acabaron a finales de Septiembre 2000.

2. En conformidad con la idea del Comisario europeo *Barnier* y de las propuestas austríacas durante las negociaciones del Tratado de Niza 2001, es decir, mucho más de un año después, se ha cumplido la idea de un nuevo procedimiento. El primer apartado del nuevo artículo 7 TUE que aún no está en vigor¹⁷ ahora dice: “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, de un tercio del Parlamento -es decir, también el Parlamento Europeo podría tomar tal iniciativa- o del Consejo, por mayoría de cuatro quintos de los miembros” se puede iniciar un *procedimiento preventivo*. Esto es algo totalmente nuevo, porque no es preciso la unanimidad, y eso tiene una cierta razón. Justo el requisito de unanimidad ha sido la razón de obstáculo de un procedimiento correcto contra Austria, porque los otros catorce que quisieron intervenir, sabían exactamente que Austria no hubiera aceptado esta actuación contra sí mismo.

Hay que mencionar también que quien ha iniciado la idea de un procedimiento de salvaguarda de los principios europeos ha sido Austria, ya antes de todos estos acontecimientos. Y ¿por qué? Sabíamos exactamente que cuando entraran cinco, diez o quince nuevos estados (especialmente del este de Europa) en la EU, los que no tienen los mismos estándares de derechos humanos como los miembros clásicos de la Convención Europea de Derechos Humanos, estos nuevos miembros no podrían cumplir perfectamente con ello, ni podrían mantener los mismos estándares. Pero, si uno estado miembro los lesionara gravemente, entonces estaría previsto un procedimiento factible. Esto ha sido la propuesta de Austria ya mucho antes. Lástima, el hecho de que un procedimiento adecuado aún no era pactado, se dirigió contra la misma Austria.

Ahora, el TUE además contiene otro artículo que prevé un procedimiento preventivo, el cual se puede empezar con cuatro quintos de los miembros, y podrá constatar la existencia de un riesgo, no de la lesión, algo que también es nuevo. En tal caso, el primer paso (en el futuro) son recomendaciones para mejorar la situación. Antes de proceder a esta constatación el Consejo oír al Estado miembro. Es verdaderamente necesario, si tenemos el principio del Estado de Derecho en la UE. El TUE mismo ahora contiene la regla que como uno de los primeros pasos del procedimiento se podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe de la situa-

16. También Noruega, Canadá, Argentina, Costa Rica.

17. El Tratado de Niza (2001) requiere la ratificación por parte de todos los Estados miembros de la UE según los prescritos de sus constituciones nacionales. Se retrasó el proceso de ratificación, porque en Irlanda un primer referendun resultó negativo, solo un segundo referendun en otoño 2002 finalmente resultó afirmativo.

ción. También se ha codificado el procedimiento de unos Sabios encargados para una comprobación de la situación. Y sólo si todo esto ha sucedido, el Consejo comprobará de manera periódica, si los motivos que han llevado a tal situación siguen siendo válidos. Así se controla la situación, siempre se puede acabar la situación, y sólo si no se consigue nada positivo, entonces tendrá lugar el procedimiento de sanciones que anteriormente ha sido integrado en el artículo 7 TUE (versión Amsterdam). Sólo entonces el Consejo reunido en su formación de Jefes de Estado, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los miembros, podrá constatar la existencia de violación de los principios básicos (art. 6 apartado 1 TUE), y entonces tiene lugar todo este procedimiento de sanciones de verdad.

IV. CONCLUSIONES

Al final, a ¿qué conclusiones se puede llegar de la Causa Austria?

1. Tan insólito como parece, tan insólito no ha sido la situación, si uno sabe un poco de la historia. Había una situación de aislamiento de Francia al comienzo de los años sesenta (del siglo XX). Francia se aisló a sí misma cuando entró Gran Bretaña en la CE, y dejó vacío su asiento en el seno del Consejo de Ministros: fue la *crisis del sillón vacío*. Después Europa aprendió esta lección. No está codificado en ninguna parte del Tratado, pero se tomó la decisión que el Consejo puede seguir con la política de la integración, pero nunca contra los intereses vitales de un miembro. Esta idea se ha efectuado a través del famoso no escrito Compromiso de Luxemburgo.

Mientras, el caso Austria ha demostrado qué difícil es salir de una situación donde nadie quiere perder sus apariencias. Ya existía un procedimiento, pero no había sido aplicado de una manera correcta. Es cierto que una Unión Europea requiere una cierta *homogeneidad política*, pero al mismo tiempo hay que mantener el *respeto por la identidad y la situación constitucional de cualquier Estado miembro*. La UE aún no es -y cierto por mucho tiempo aún no será- un Estado (federado). Por eso hay que subrayar que una calificación incorrecta si algunos expertos hablan sólo de una autonomía constitucional de los miembros, porque eso es una expresión, un término que se aplica adecuadamente sólo para la descripción de la situación de un Estado miembro dentro de un Estado Federado. En este caso, verdaderamente el Estado Federado tiene una Constitución estatal, y, por ejemplo, el Estado de Baja Austria tiene una Constitución, o el Estado de Bavaria tiene una Constitución dentro del marco de los requisitos que requiere el marco constitucional austríaco o alemán. Es otra cosa la constitución de un Estado federado comparado a una Unión que aún no ha llegado al estatus de un Estado. Eso nos lleva a la pregunta en qué consiste la diferencia esencial. Aunque se habla de los *tratos constitutivos* de la Comunidad Europea, ni el Tratado de Amsterdam ni el Tratado de Niza, forman una Constitución Europea. Sólo se convertiría en Constitución si el futuro desarrollo del derecho europeo se basara exclusivamente en una regla de revisión del Tratado que está integrado en el Tratado mismo. Es decir, cuando el principio de la unanimidad se sustituya por una determinada mayoría, y si el procedimiento de la producción del Derecho europeo sólo se fundara en el Tratado. Entonces, ya no sería una revisión de un Tratado internacional, pero regla de una Constitución estatal, en el sentido de un Estado Federado.

Esto también muestra, qué diferencia existe por el momento entre el *Derecho comunitario* y el *Derecho de la Unión*. El Derecho comunitario se desarrolla según sus propias reglas, a base de los Tratados constitutivos de la Comunidad, mientras el Derecho de la Unión, especialmente las resoluciones del segundo y del tercer pilar, son documentos de Derecho internacional de tipo *intergubernamental*. Cualquier progreso, avance, sea pequeño o grande, siempre requiere la ratificación de convenios y tratados en los Parlamentos nacionales según los requisitos constitucionales de los Estados miembros.

2. Lo que sucedió en la causa Austria muestra que la invocación de *valores* sirvió como auto-dispensa por parte de quienes utilizaron el argumento con el fin de ignorar las reglas claras del derecho vigente¹⁸.

La Unión Europea está basada sobre *valores* de la dignidad de la persona, del respeto de los demás, de la democracia y el Estado de Derecho. Pero también hay que reconocer qué importantes son los efectos que se han conseguido con el establecimiento del Estado de Derecho. Por eso, no es suficiente invocar sólo valores, es muy necesario y imprescindible invocar reglas precisas y seguirlas, porque *sólo por el respeto del Derecho los valores básicos se mantienen efectivamente*.

3. En resumen, Austria ha contribuido mediante su actitud moderada y diplomática a la recuperación de la razón política y de la convivencia de la Unión Europea.

CRONOLOGÍA

31 de enero 2000: El presidente portugués Antonio Gutierres publica la reacción de presidentes y jefes de gobiernos de UE-14 por el caso de una participación del FPÖ en el nuevo gobierno austríaco. Amenaza con tres medidas: Suspensión de contactos bilaterales, ningún apoyo para candidatos austríacos, embajadores austríacos van a ser recibidos solamente por funcionarios.

4 de febrero: El gobierno de ÖVP/FPÖ está nombrado por el presidente Klestil (sin esconder su disgusto personal). Las *sanciones* de los UE-14 entran en vigor.

5 de mayo: El gobierno resuelve sobre un plan contra las sanciones.

8 de mayo: En una reunión informal de los ministros de asuntos extranjeros a las Azores la ministra austríaca Benita Ferrero-Waldner trata por primera vez la idea de un grupo de *sabios*.

27 de junio: A Bruselas se filtra la noticia que el presidente Antonio Gutierres va a pedir una propuesta de *tres sabios* de parte del presidente del Tribunal de Derechos Humanos, prof. Wildhaber. Los nombres de los tres *árbitros* (Ahtisaari, Oreja, Frowein) se publican el 12 de julio 2002.

20 de julio: Los tres sabios llegan a Vienna; tienen contacto y conversaciones con varios interlocutores (políticos del gobierno y de la oposición, representantes de la alta magistratura, de varios grupos de intereses y de la sociedad civil).

8 de septiembre: El *informe de los sabios* se presenta en París a la presidencia de la UE; contiene la recomendación de levantar las *sanciones*.

18. Muy crítico en este sentido el filósofo *Robert Spaemann*, Europa - Wertegemeinschaft oder Rechtsordnung? En: zeit_schritt 9 (Magazin für modern politics) no. 9/Sept. 2001, pp. 23-26.

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

Humberto Nogueira Alcalá

Profesor y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

I. INTRODUCCIÓN

Cuando utilizamos las expresiones tipos o formas de gobierno no nos estamos refiriendo al concepto de gobierno en sentido restringido, el que se refiere a un órgano del Estado y sus funciones, sino que estamos empleando el vocablo gobierno en un sentido más amplio que abarca a los órganos de dirección política superior del Estado que son el gobierno en sentido restringido y el parlamento o Congreso Nacional, interactuando en una estructura institucional determinada con una lógica específica que permite ser identificada y distinguida respecto de otras.

Así, cada tipo o forma de gobierno se identifica por una determinada institucionalidad jurídica y política, una estructura de principios y relaciones que rigen entre el gobierno (ejecutivo) y el Parlamento o Congreso (legislativo), en una lógica específica propia. Esto permite determinar los tipos básicos de gobiernos y algunas de sus variantes.

Este análisis básico y esencialmente jurídico institucional nos permite clasificar los tipos de gobierno existentes en los diversos países, considerando sus ordenamientos constitucionales, las instituciones estructuradas por ellos y sus interrelaciones formales.

Este análisis es básico por ser esencialmente descriptivo del sistema institucional normativo de un determinado Estado, lo que otorga una visión parcial de la configuración del poder político estatal. En efecto, un análisis más profundo lleva al estudio de los regímenes políticos o sistemas de gobierno, donde no sólo se consideran los comportamientos específicos de los agentes estatales que desarrollan dichas funciones y su interacción en el medio social, económico, cultural y político en el que se encuentran insertos, la interacción con las fuerzas políticas, la consideración de las costumbres como normas no escritas que configuran comportamientos determinados; la consideración de si las normas surgen naturalmente de esa sociedad o ellas han sido impuestas; la existencia de concepciones más tolerantes y permisivas o más intolerantes y restrictivas; la consideración de los valores e ideologías preponderantes o de compromiso existentes en la sociedad y en el sistema institucional, la conjugación del sistema institucional, el sistema de partidos y los sistemas electorales y de representación institucionales. Todo estos factores permiten hablar de regímenes políticos o sistemas políticos determinados en una visión más compleja, dinámica y de interacción entre las normas, las

instituciones y los comportamientos, como asimismo, los intereses, valores y principios que sostienen las diversas fuerzas sociales y políticas que interactúan con el gobierno¹.

En este texto consideramos sólo la clasificación de los distintos tipos de gobiernos democráticos contemporáneos.

II. EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL

El tipo de Gobierno Convencional es un régimen de confusión de poderes, donde una Asamblea única detenta, al mismo tiempo, el poder legislativo y el poder gubernamental y donde no existe un órgano gubernamental distinto de la asamblea².

El Ejecutivo si bien puede existir, sus miembros son individuos yuxtapuestos nombrados por la asamblea y totalmente dependiendo de ellos. Los miembros del Ejecutivo sólo tienen por tarea aplicar una política definida por la asamblea, sin posibilidad de discutir las órdenes recibidas. El Ejecutivo tiene sólo el derecho de adoptar ciertas decisiones individuales de aplicación de las directrices generales adoptadas por la asamblea, cuando ella no actúa por sí misma. En tal sentido, el Ejecutivo no tiene competencia de iniciativa de ley, tampoco puede disolver la Asamblea ni clausurar el período de sesiones de ella. A su vez, los miembros del Ejecutivo son revocables en todo momento según el arbitrio de la asamblea.

El tipo de gobierno de asamblea o convencional implica que la asamblea única es todopoderosa, concentrando en sus manos todo el poder político, pero ello es así sólo en razón de que ella, a su vez, se somete totalmente a la voluntad del pueblo, único detentador de la soberanía, a través del mandato imperativo y del referéndum de iniciativa popular. Así, como señala Cadart, el pueblo es perpetuamente quien dirige al gobierno del país, porque la Cámara le es perpetuamente sometida y en razón de que ella misma es el gobierno³.

1. Características esenciales del tipo de gobierno convencional

El derecho constitucional y político ha establecido como los rasgos esenciales del tipo de gobierno convencional o de asamblea, los siguientes:

1. V., entre otros: BLONDEL, J., y otros, *El Gobierno: Estudios comparados*, Ed. Alianza, Universidad, Madrid, España 1981; ALMOND, Gabriel y BIRGHMAN, Powel, *The comparative politics, A development Approach*. Lille, Brown & Co. 1966; LIPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*. Ed. Ariel, Barcelona, España 1991; JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Los regímenes políticos contemporáneos*. Ed. Tecnos, Sexta Edición, España 1983; SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996; NOHLEN, Dieter, *Sistema de Gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos*. Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial, México 1999; BINGHMANN POWELL, G., *Contemporary democracies. Participation, stability and Violence*. Cambridge 1982; LINZ, Juan y VALENZUELA, Arturo. *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*. Ed. Alianza Universidad, Madrid, España 1997; NOGUEIRA A. Humberto, *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1993; PLANAS, Sergio, *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1997.

2. V., BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Nacional, España 1981, p. 217.

3. CADART, Jacques, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Tomo 1, Ed. L.G.D.J. París, Francia 1979, p. 447.

1. La supremacía de la asamblea, desde el punto de vista de la soberanía sobre todos los otros órganos del Estado.

2. La subordinación completa, desde el punto de vista de las relaciones, del agente del Ejecutivo al Parlamento o Asamblea. El Ejecutivo es un simple órgano de ejecución de las decisiones de la asamblea.

3. La asamblea tiene un poder absoluto para nombrar y revocar los miembros del gobierno.

4. Las acciones de la asamblea son controladas únicamente por el cuerpo electoral a intervalos regulares.

5. No hay separación de poderes, ella se encuentra suprimida, todas las potestades están directa o indirectamente a disposición de la asamblea.

El Gobierno de Asamblea o Convencional tiende a su degeneración cuando se le intenta aplicar genera una anarquía que conduce a la dictadura; o, en caso de una moderación del régimen, conlleva una evolución hacia un tipo de gobierno presidencial o más o menos parlamentario.

III. EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL

1. Introducción

El análisis del tipo de gobierno presidencial no se puede efectuar sin referirse a su cuna de origen, los Estados Unidos de Norteamérica, donde se concretó por la Constitución de 1787, la cual rige hasta hoy día su vida política.

Es necesario reconocer que la Constitución de Filadelfia fue una obra empírica más que de teóricos o filósofos; las ex colonias inglesas quisieron resolver prácticamente los múltiples problemas y conflictos de intereses que se provocaban entre los grupos que representaban.

La Constitución Federal de los Estados Unidos de América se construyó en base de compromisos y recurriendo a las soluciones constitucionales que le brindaba la madre patria -Inglaterra- como ejemplo.

El régimen presidencial en sus inicios no es más que la monarquía limitada trasladada a un cuadro republicano, donde se reemplazó al monarca por un Presidente de la República elegido.

Su interés por limitar el poder político, evitando la tiranía, los llevó a fraccionar el poder, entregándolo a diversos órganos, como asimismo, a realizar entre ellos un cierto contacto, para equilibrarse mutuamente por el sistema de frenos y contrapesos (checks and balances).

Estos distintos frenos y contrapesos fueron descritos por John Adams, los cuales son ocho: los estados federados y el gobierno central; la Cámara de Representantes y el Senado; el Ejecutivo y el Legislativo; el Poder Judicial y los otros poderes; el Senado y el Presidente de la República; el pueblo y los electores secundarios⁴. Todo ello busca evitar que el poder soberano se sitúe en algún lugar.

4. Citado por LAUBADERE, André de, *Traité élémentaire de droit administrative*. Ed. L.G.D.J., París, Francia 1963. p. 332.

El constituyente creó así un Estado republicano, federal y democrático representativo, basado en la supremacía de la ley, aportando también la interpretación rígida de la separación de poderes (gobierno presidencial) y la idea de la Constitución como documento escrito y rígido⁵.

El régimen federal de los Estados Unidos se caracteriza, siguiendo la opinión al profesor Lucas Verdu, por la presencia de tres elementos: la duplicidad organizativa, la participación de los estados en la Federación y la supremacía federal⁶.

A su vez, la forma republicana de gobierno que desarrolla se define por el carácter electivo de sus autoridades políticas y la temporalidad de los mandatos recibidos, de los cuales se responde políticamente ante el pueblo, debido al régimen de separación rígida de poderes que caracteriza al gobierno presidencial.

Cabe agregar, además, como propio del tipo de gobierno presidencial, en concordancia con el principio de la independencia jurídica recíproca de los poderes del Estado, la incompatibilidad de las funciones ministeriales con el mandato parlamentario y la imposibilidad para el Presidente y sus ministros de tener entrada libre y uso de la palabra en el cuerpo legislativo.

El tipo de gobierno presidencial establece la estabilidad del Poder Ejecutivo, dirigido por el Presidente de la República, que es, a la vez, Jefe de Estado y jefe de gobierno, el cual nombra sus colaboraciones inmediatos (ministros), los que son libremente removidos por él, en la medida que ellos son sus consejeros y subordinados. La permanencia del gobierno es independiente del juego de las mayorías parlamentarias, ya que éstas no pueden censurarlo y obligarlo a dimitir por razones políticas, como el Ejecutivo no puede disolver el Parlamento. La responsabilidad del Jefe de Estado es sólo ante el pueblo que lo eligió⁷.

El gobierno presidencial induce un dualismo que puede llegar a constituir un factor de debilidad del sistema en el seno del aparato político visto en su conjunto⁸.

Cabe agregar como propio del gobierno de tipo presidencial, en concordancia con el principio de la independencia jurídica recíproca de los poderes del Estado, como elemento secundario, la incompatibilidad de las funciones ministeriales con las funciones parlamentarias.

Esta separación estricta de poderes en el plano orgánico está matizada, contrariamente a lo que sostenía Carré de Malberg⁹, por un sistema de separación de funciones de carácter relativo, ya que se permite a cada poder oponerse a ciertos actos del otro, para el desarrollo de los cuales su concurso es requerido; esta *facultad de impedir* al otro órgano está dada, entre otros mecanismos, por el derecho de veto, el acuerdo para realizar

5. V., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "Estados Unidos de América", en el libro *Sistemas políticos contemporáneos*. Ed. Teide, Barcelona, España 1984, pp. 29 y ss.

6. LUCAS VERDU, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Ed. Tecnos, Madrid, España 1984, p. 275.

7. LOEWENSTEIN, Karl, *Etude de droit comparé sur la Présidence de la République*, op. cit., p. 158; Steffani, WINFRIED. "Zur Unterscheidung parlamentarischer und präsidentieller regierungssysteme", en *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 3/83. Traducción del autor para el Seminario Internacional "Democracia Representativa", Sao Paulo 20-24 noviembre 1984, mimeografiada; HAURIU, André, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Ed. Montchrestien, París 1966. p. 210; BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*. op. cit., Tomo IV, "Les régimes politiques". p. 350.

8. THURBER, Jones, *La democracia dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*. Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires, Argentina 1995.

9. CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribución a la Teoría General del Estado*, Tomo 2, p. 42.

ciertos nombramientos, ratificar los tratados internacionales y la acusación constitucional contra el Presidente de la República por el Congreso.

Esta ausencia de relaciones orgánicas entre Ejecutivo y Legislativo lleva, consecuentemente, a la inexistencia de responsabilidad política de los ministros y del jefe de Estado ante el Parlamento, y la imposibilidad del Presidente de disolverlo. La ausencia de relaciones orgánicas entre ambos poderes -Ejecutivo y Legislativo- se concreta por el principio de la irrevocabilidad recíproca de dichos órganos.

Así, el tipo de gobierno presidencial es un sistema representativo democrático con un ejecutivo monista constituido por un Presidente de la República elegido por el pueblo (directa o indirectamente) por un periodo fijo, que desarrolla las funciones de Jefe del Estado, de gobierno y de la administración, donde el Gabinete o Ministros son ejecutores de la política presidencial, y donde el Presidente de la República y sus ministros no dependen del respaldo o voto de confianza del parlamento o Congreso ni el Presidente tiene atribuciones para disolver el parlamento, concretándose un principio de irrevocabilidad recíproca por razones políticas entre ambos órganos, dependiendo ambos sólo del cuerpo político de la sociedad. El Congreso desarrolla fundamentalmente competencias legislativas y fiscalizadoras de los actos del gobierno y la administración.

2. Características estructurales y funcionales básicas

Las características básicas del tipo de gobierno presidencial son que el Presidente de la República controla la totalidad del Ejecutivo y sus funciones, es elegido por el pueblo, de la misma manera que lo es el Congreso o parlamento, existiendo así una legitimidad democrática dual. Tanto el Presidente de la República como los parlamentarios que integran el Congreso son elegidos por un período fijo, siendo ambos órganos independientes entre sí, lo que genera la rigidez del sistema presidencial como tipo de gobierno.

Desde un punto de vista funcional, el candidato a presidente victorioso gana todo el poder ejecutivo, aún cuando puede no contar con respaldo mayoritario en el parlamento, lo que le obliga a negociar con éste el desarrollo de las políticas y legislación necesaria para concretar su programa de gobierno. En caso de rigidez ideológica de las fuerzas políticas en un gobierno presidencial con apoyo parlamentario minoritario, en situación de una polarización política que impide la negociación y los compromisos, la acción gubernamental queda bloqueada, con posibilidad de acumulación de conflictos y riesgo de crisis del sistema democrático¹⁰.

10. V. LINZ, Juan, *La crisis del presidencialismo*, Ed. Alianza Editorial. Madrid, España 1997. p. 25 y ss., MOULIN, Richard. *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*. Ed. L.G.D.J., París, Francia 1978.

IV. LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA

1. Introducción

Al momento de la independencia de las antiguas colonias españolas en América, los nuevos estados sólo tuvieron como ejemplo de Estado republicano, la forma de organización del ejecutivo de los Estados Unidos el que había logrado su independencia con anterioridad de Gran Bretaña¹¹. Los otros Estados de dicha época respondían al principio monárquico. Como señalaba Sánchez Agesta, la tradición política de los virreyes y de las capitanías generales de la época colonial contribuyó a que los nuevos estados latinoamericanos aceptaran el régimen presidencial¹².

Sin embargo, si bien el principio de separación de poderes se mantiene en lo esencial en América Latina -en lo referente a la independencia jurídica recíproca de los órganos legislativos, ejecutivo y judicial, que se concreta en la irrevocabilidad mutua entre Ejecutivo y Legislativo, como asimismo, en la independencia del Poder Ejecutivo-, se introducen al modelo norteamericano algunas innovaciones con el objeto de fortalecer al Ejecutivo en desmedro del Poder Legislativo, debilitando el equilibrio de poderes y generando una preponderancia del Presidente de la República, quien se convierte en el centro de gravedad del régimen presidencialista latinoamericano¹³.

El otro aspecto que diferencia al régimen presidencial de los Estados Unidos de los regímenes presidencialistas de América Latina, es que el Presidente norteamericano tiene poderes políticos y jurídicamente limitados por la existencia efectiva de una estructura federal, en que los estados miembros recababan celosamente un amplio ámbito de autonomía, mientras los Estados latinoamericanos crearon unidades muy centralizadas; incluso donde existe el principio federativo, éste constituye una realidad política y social espontánea que frena el impulso de los órganos del poder central, especialmente del Ejecutivo¹⁴.

El federalismo en América Latina ha tenido breves episodios: en Chile, bajo la vigencia de las leyes federales de 1826-1828, reemplazándose definitivamente por una fuerte centralización del poder con la Constitución de 1833; en Colombia, bajo la vigencia de las Constituciones de 1853-1858-1863 hasta 1885; y el caso de los intentos federalistas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua entre 1822 y 1838, los cuales posteriormente fueron renovados en el Pacto de Amapola (1895) y el Pacto de San José de Costa Rica (1921), naciendo abortados.

11. LOWENSTEIN, Karl, *Étude de droit comparé sur la présidence de la République. op. cit.*, p. 159. CONAC, Gérard, "Pour une théorie du présidentialisme. Quelques réflexions sur les présidentialism latino-américains", en *Mélanges á George Burdeau*. Francia 1977, p. 126.

12. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 244; VALENCIA CARMONA, Salvador, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*. Ed. UNAM, México 1979.

13. LAMBERT, Jacques, "La transposition du régime présidentiel hors les États-Unis: Le cas de l'Amérique Latine", en *Revue de Science Politiques Française*, septiembre 1963. p. 581; COLOMER VIADEL, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid, España 1990; SUÁREZ, Waldino, "El Poder Ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de gobierno", en *Revista de Estudios Políticos de España*, nº 29, septiembre-octubre de 1982; QUINTERO, César, "El Poder Ejecutivo en las Constituciones de América Latina", en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Ed. Universidad Autónoma de México 1988. pp. 265-319.

14. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 254. Es una novedad curiosa que la nueva Constitución de Venezuela de diciembre de 1999, en un Estado Federal, se considere un parlamento unicameral.

Sólo en Argentina, Brasil, México y Venezuela el federalismo se ha mantenido como fórmula política, aun cuando en la realidad se ha dado un proceso de desfederalización, fenómeno que ha sido estudiado por diversos autores latinoamericanos¹⁵ y que ha buscado revertirse en ciertos países como Brasil y Argentina en las últimas dos décadas del siglo XX.

A su vez, es común en el federalismo latinoamericano la técnica de intervención del poder federal en los estados federados o provincias, según sea el caso¹⁶. Así, por ejemplo, la Constitución Argentina reformada en 1994, artículo 6º, establece el derecho del gobierno federal de intervenir en el territorio de las provincias “para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”. Este derecho de intervención está establecido también en la Constitución de Brasil, artículo 7º.

En el caso de Venezuela, la Constitución de diciembre de 1999, si bien mantiene el Estado Federal, genera un parlamento unicameral, situación bastante heterodoxa, ya que la técnica jurídico constitucional del Estado federal considera un bicameralismo, una Cámara representa a los estados y otra a la población.

Puede decirse que el federalismo, en algunos países de América Latina se estableció como un principio ideológico que buscaba hacer efectiva la participación en el régimen democrático y nunca hubo la voluntad del constituyente de crear una estructura verdaderamente federal; muestra clara de esto es el caso de Venezuela, cuya Constitución de diciembre de 1999, no permite hacer operable funcionalmente un parlamento federal.

Parte de la doctrina sostiene que, el federalismo se encuentra en franca regresión a causa del desarrollo técnico, la intervención del gobierno central en el orden económico-social, la creación de nuevas fuentes de riquezas, entre otras causas.

El federalismo, sin embargo, no cede en algunos países en beneficio de un régimen centralizado y concentrado, sino en beneficio de un Estado unitario, descentralizado tanto administrativamente como también políticamente¹⁷, en otros casos, las fuerzas diferenciadoras se potencian y se pasa de un Estado Unitario a uno federal, como es el caso de Bélgica, en la última década del siglo XX.

2. Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano

El presidencialismo latinoamericano es un régimen original que responde a una doble necesidad contradictoria, como señala Jacques Lambert: la necesidad, por una parte, de acordar al Jefe del Ejecutivo los medios de gobierno amplios que exige la situación pe-

15. FRÍAS, Pedro, “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina. El proceso en algunos Estados Federales”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, n° 4-5, Córdoba, Argentina 1977, pp. 11-33; VALADÉS, Diego y CARPISO, Jorge, “Problemas del federalismo mexicano”, en TRUJILLO, Gumercindo (Coord.) *Federalismo y regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, España, 1979; RIVAS QUINTERO, Alfonso, “Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino” en COMBELLAS, Ricardo (Coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano* vol. I. Ed Konrad Adenauer Stiftung y otros. Caracas, Venezuela 1996.

16. Varios autores. *Los sistemas federales del continente americano*. México 1972; BREWER-CARÍAS, Allan, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela 1984; *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, 2ª edición, Caracas, Venezuela 2000, 505 pp.. vol. I. Ed Konrad Adenauer Stiftung y otros, Caracas, Venezuela 1996.

17. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

cular de países en vías de desarrollo, y, por otra parte, la necesidad de limitar dichos poderes en países que no se resignan a la arbitrariedad y el abuso de poderes¹⁸ y desean ser auténticos Estados de Derecho democráticos.

Este presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también por algunos autores *cesarismo representativo*, para quienes el régimen, si funciona correctamente, se diferencia de la dictadura por el hecho de que el poder del Jefe de Estado no es ilimitado ni arbitrario, que existe según una regla constitucional preestablecida, que respeta las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad política proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo¹⁹ y que posee amplios poderes, de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aún cuando comparte el Poder del Estado con un Parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en colegislador.

3. La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina

En nuestra América Latina, las elecciones presidenciales se desarrollan esencialmente a través de dos procedimientos alternativos: elección por mayoría relativa o elección por mayoría absoluta y segunda vuelta en caso de que no obtenga ésta en la primera elección.

Este segundo procedimiento se utiliza, entre otras Cartas Fundamentales, en las Constituciones de Chile de 1980 (art. 26); de Guatemala de 1985 ((Art. 184); de Perú de 1993 (art. 111).

El artículo 94 de la Constitución Argentina de 1994 establece también la doble vuelta o ballatage, pero lo atenúa razonablemente cuando en el artículo 97 establece “cuando la fórmula que resulte más votada en la primera vuelta, hubiese obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y Vicepresidente de la Nación”; a su vez, el artículo 98 determina “cuando la fórmula que resultase más votada en la primera vuelta hubiera obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que la sigue en número de votos, sus integrantes, serán proclamadas como presidente y vicepresidente de la Nación”.

En el caso de Costa Rica, la Constitución de 1949 en su artículo 138, establece que el Presidente y el Vicepresidente deben ser elegidos por una mayoría de votos que exceda del 40% de los votos válidos. Si ningún candidato los obtiene, se realiza una segunda elección entre las dos primeras mayorías relativas.

La simultaneidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias aumenta la influencia de la elección y decisión sobre el Presidente de la República, la que ejerce impacto sobre las elecciones parlamentarias y sobre los partidos políticos.

18. LAMBERT, Jacques, *Amérique Latine, op. cit.*, p. 22; CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina.* Ed. ICHEH, Santiago, Chile 1984. p. 10; FRANCO-GARCÍA, José María, *Estado Federal y Estado Regional. El derecho venezolano en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela 1982, pp. 395-485.

19. GOOSENS, Charles, “Le régime parlementaire des états européens”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Tomo III. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, p. 657-658.

A su vez, el Presidente de la República ejercerá un impacto importante sobre su propio partido.

Sin embargo, aún cuando las elecciones parlamentarias sean simultáneas con las presidenciales, en las primeras la competencia es mayor, se busca medir nivel de representatividad y de fuerza en el Congreso, para mejorar las capacidades de negociación política.

Esta situación tiene trascendencia, toda vez que las mayorías parlamentarias condicionan la realización del programa de gobierno que requiere desarrollo legislativo, o simplemente lo bloquean. Este es el problema central de los presidencialismos por su falta de flexibilidad y de armonización de mayorías parlamentarias y Presidente de la República.

Se ha buscado lograr esta armonización por elección simultánea de Presidente y de Parlamento, pero ello no siempre se consigue, producto de que el voto parlamentario tiende a ser un voto de lealtad partidaria y el voto presidencial un voto a un programa de gobierno o candidato que representa el mal menor. La lógica del ciudadano que vota por un candidato a Presidente de la República o a parlamentario es distinta en muchos casos.

4. Los factores de la preponderancia presidencial

La preponderancia presidencial en América Latina ha buscado explicarse a través de diversos factores; por la tendencia a la personalización del poder en la persona del Presidente de la República, producto de un cierto grado de inmadurez política del pueblo, la manipulación del Congreso por el Presidente a través de favores electorales y la corrupción; por adaptarse a las necesidades de su realidad de países en vías de desarrollo; por el otorgamiento al Presidente de la República de poderes de los que no dispone el Presidente de los Estados Unidos²⁰.

Cualquiera sea el caso en los diferentes países latinoamericanos de cada uno de los factores señalado, al menos hay un hecho objetivo de carácter constitucional, que es existencia de la ampliación de los poderes presidenciales en América Latina por encima de los que posee el Presidente de los Estados Unidos²¹.

A. Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos

En América Latina, el Presidente de la República es un órgano colegislador, a diferencia del Presidente de los Estados Unidos.

Los Presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el Presidente de los Estados Unidos: iniciativa de ley;

20. LAMBERT, Jacques, *La transposition du régime politiques hors les États-Unis. op. cit.*, pp. 583-592.

21. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, pp. 245-246; CARBALLO, M., "Le caractère présidentialiste des régimes politiques ibéroaméricains" en *Études offerts à J. Lambert*, Ed. Cajas. París, Francia 1976, pp. 147-163; FRIAS, Pedro, *op. cit.*, pp. 11-33; NOGUEIRA, Humberto, *Les formes de gouvernement au Chili*. Tesis doctorado en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Lovaina, Lovaina La Nueva, Bélgica 1983; GARCÍA BELAÚNDE, D., y otros. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Ed. Dykinson, España 1992; QUIROGA LAVIÉ, H., *Derecho Constitucional latinoamericano*. Ed. Universidad Autónoma de México, México 1991; CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina. op. cit.*

iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; convocatoria a legislatura extraordinaria; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; veto suspensivo parcial, y delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso.

A ello deben agregarse las facultades que le son asignadas por los estados de excepción.

B. La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley

La iniciativa de ley de que disponen los Presidentes latinoamericanos, les permite orientar el trabajo legislativo del Parlamento de acuerdo a las prioridades del programa gubernamental en desarrollo, si cuentan con suficiente apoyo parlamentario.

Mediante la iniciativa exclusiva de ley, los Presidentes latinoamericanos adquieren el poder de orientar los gastos públicos y la economía del país en general

Así por ejemplo, la Constitución chilena de 1980, artículo 62, incisos 3° y 4°, otorga la iniciativa exclusiva de ley al Presidente de la República sobre los proyectos que tengan relación con la alteración de la división político-administrativa del país, con la administración financiera o presupuestaria del Estado; en las materias relacionadas con la responsabilidad financiera del Estado o el crédito de éste; en materia de impuestos; en materia de seguridad social y negociación colectiva, entre otras.

El artículo 57 de la Constitución de Brasil acuerda al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en materia de creación de cargos, funciones o empleos públicos y su régimen jurídico funcionario, como asimismo en materia de organización administrativa, entre otras materias.

En el caso de la Constitución de Costa Rica de 1949, el artículo 140 N°15, establece la iniciativa del Presidente de “enviar a la Asamblea Legislativa el proyecto de Presupuesto Nacional en la oportunidad y con los requisitos determinados en esta Constitución”.

A estos casos hay que agregar los de Uruguay, artículo 133 y 86 inciso 2°, de la Constitución; la Constitución colombiana, artículo 218, entre otras.

C. El veto parcial y los quórums parlamentarios para superarlo

Varios países latinoamericanos han establecido la atribución del Presidente de la República de vetar parcialmente (veto parcial o ítem veto) los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Este tipo de veto permite al Presidente de la República mejorar o eliminar ciertos aspectos de los proyectos, sin comprometer la responsabilidad del rechazo en conjunto del proyecto, el que puede tener disposiciones esenciales para el desarrollo del programa presidencial. Ello otorga una mayor libertad a los Presidentes de América Latina en relación al Presidente de los Estados Unidos, quién dispone sólo de la atribución del veto total, el cual puede comprometer materias necesarias y urgentes de la política presidencial, lo que permite al Congreso introducir materias de su interés en los proyectos que el Presidente está obligado a aprobar²² y que presentadas aisladas hubieran sido vetadas por el Presidente.

22. ROY, Maurice-Pierre, *Les régimes politiques du tiers monde*. Ed. L.G.D.J. París, Francia 1979, p. 102

De esta forma, el Presidente de los Estados Unidos dispone de un margen de manobra mucho más reducido que en el caso de sus colegas latinoamericanos.

La Constitución de Honduras de 1982, en su artículo 216, establece el veto presidencial, el que sólo podrá ser superado por dos tercios de los votos del Congreso Nacional.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 178, otorga al Presidente de la República la facultad sólo de veto total de las leyes y únicamente previo acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, el que debe concretarse dentro del plazo de 15 días desde su recepción. El veto presidencial es superado sólo por la insistencia de los dos tercios de los miembros del Congreso.

El veto presidencial puede ser superado por la mayoría absoluta (Colombia, Constitución de 1991; Brasil, Constitución de 1988), por tres quintos (Uruguay, artículo 138 de la Constitución) o por dos tercios (Chile, artículo 70 de la Constitución de 1980; Honduras, artículo 216; Guatemala, artículo 178).

La Constitución de Brasil de 1988 establece la facultad del Presidente para vetar total o parcialmente las leyes, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la fecha de su recepción, el que podrá ser rechazado por la mayoría absoluta de los diputados y senadores, en escrutinio secreto.

D. La habilitación legislativa del Presidente de la República

Esta es otra atribución que distingue al presidencialismo latinoamericano del régimen presidencial de los Estados Unidos. La habilitación legislativa permite al Presidente de la República obtener la facultad de legislar por decreto por un período bastante largo en materias permitidas por la Constitución y delimitadas por el Parlamento.

La Constitución chilena de 1980, siguiendo el precedente de la Constitución de 1925, artículo 45, N° 15, en su reforma de 1970, prescribe en el artículo 61: “El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley”.

Otras Constituciones, a diferencia de la chilena, toman mayores precauciones en materia de habilitación legislativa del Presidente, estableciendo la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Parlamento sobre el uso de la habilitación legislativa, y otras, aún más cuidadosas de las prerrogativas del Parlamento, consignan la obligación del Ejecutivo de someter al examen del Parlamento, dentro de un plazo determinado, dicha legislación.

Así, a vía de ejemplo señalaremos las disposiciones constitucionales de Brasil y México, entre otras.

En Brasil, la Constitución de 1988 prescribe la delegación de facultades legislativas en su artículo 68; ella debe ser autorizada por el Congreso Nacional, cuya resolución especificaría su contenido y los términos de su ejercicio.

La Constitución mexicana en su artículo 131, luego de la reforma de 1951, estableció la delegación de facultades legislativas en el Presidente en materia económica “y para realizar cualquier otro propósito en beneficio del país” .

Esta facultad presidencial de legislar por delegación parlamentaria, convierte al Presidente de la República, donde es el jefe del partido mayoritario en el Parlamento, en el

órgano predominante y debilita al Parlamento, ya que los legisladores saben que si se oponen al Presidente, sus posibilidades de éxito son casi nulas. Esta realidad es constatada, entre otros países, en México, por Jorge Carpizo²³ y Miguel de la Madrid²⁴.

Esta habilitación de competencia legislativa del Ejecutivo está establecida constitucionalmente en América Latina y constituye una nueva manera de ejercer la potestad legislativa, en especial en el dominio del derecho administrativo y económico.

E. Los poderes extraordinarios o de crisis

Los poderes de crisis permiten al Presidente de la República suspender garantías constitucionales, adoptar medidas que se juzgan necesarias a la continuación de la política gubernamental y obtener competencias ejercidas por el Congreso, actuando como órgano legislativo. Como dice Wyrwa, los poderes de crisis permiten al Presidente disponer de prerrogativa que, como aquellas que le delegan el poder de legislar, le posibilitan resolver numerosas cuestiones de la vida nacional²⁵. A su vez, como lo señala Roy, “la definición de las circunstancias excepcionales es, generalmente, bastante vaga y autoriza interpretaciones extensivas”²⁶.

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 39, establece sentencias de excepción constitucional, consignando como tales el estado de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

El artículo 40 de la Constitución de 1980 dispone que, en caso de guerra externa, el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de asamblea. En caso de guerra interna, el Presidente, con el acuerdo del Congreso Nacional, puede declarar todo o parte del territorio nacional en estado de sitio. En casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, ya sea por causa de origen externo o interno, el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, puede declarar la zona afectada o cualquier otras que lo requiera como consecuencia de la calamidad producida, en estado de catástrofe.

El mismo artículo 40 establece que el Presidente de la República puede decretar dos o más estados de excepción si concurren las causales que permiten su declaración.

La Constitución de Costa Rica de 1949 establece como atribución de la Asamblea Legislativa, en el artículo 121, N° 7, la de suspender por votación no menor de dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales contemplados en los artículos 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30 y 37 de la constitución. “Esta suspensión podrá ser de todos o de algunos derechos y garantías, para la totalidad o parte del territorio, y hasta por treinta días; durante ella y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados”.

La Constitución de Costa Rica obliga al Ejecutivo a dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas adoptadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. En ningún caso pueden suspenderse derechos o garantías indivi-

23. CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*. 8ª ed., México 1990.

24. DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., México 1986, p. 249 y ss.

25. WYRWA, Tadeusz, *Les Républiques Andines*. Ed. L.G.D.J., París, Francia 1972, p. 537

26. ROY, Maurice-Pierre, *op. cit.*, p. 103.

duales distintos de los enunciados en el artículo aludido. A su vez, el artículo 140 N° 4, de la misma Constitución dispone que es atribución del Presidente y del respectivo Ministro, en el receso de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de los derechos y garantías ya señalados; el decreto de suspensión de garantías equivale, *ipso facto*, a la convocatoria de la Asamblea a sesiones, la cual debe reunirse dentro de las 48 horas siguientes, debiendo confirmar la medida del Presidente por los dos tercios de los votos de la totalidad de sus miembros; si ello no ocurre se tienen por restablecidas las garantías constitucionales.

La Constitución de Brasil de 1988 establece, en el título V, el capítulo I, que titula *Da defesa do Estado e das Instituições democráticas*, en el cual regula las instituciones *estado de defensa* y *estado de sitio* en los artículos 136 a 139; la suspensión de ciertos derechos sólo puede realizarse por 30 días, prorrogables por otros 30, lo que requiere de la aprobación o ratificación del Parlamento, por mayoría absoluta, en ambos casos.

La Constitución de El Salvador de 1983, en sus artículos 29 a 31, regula el régimen de excepción, los derechos que pueden ser suspendidos y el funcionamiento de los tribunales militares especiales, los que se establecen y se les pone término por dos tercios de votos, por lo menos, de los diputados electos.

En esta somera consideración comparativa de las Constituciones latinoamericanas, cabe señalar que la Constitución chilena de 1980 otorga al Presidente de la República la facultad de suspender el ejercicio de derechos constitucionales con mayor amplitud que las otras Constituciones, por plazos mayores de tiempo y restringiendo fuertemente la intervención del Parlamento en la aprobación y renovación de los estados de excepción, el cual cede su lugar, salvo en el estado de sitio, a un órgano burocrático, compuesto mayoritariamente por los Jefes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como es el Consejo de Seguridad Nacional (artículo 95 de la Constitución). Este aspecto está sometido a revisión mediante una reforma constitucional en actual tramitación en el Senado de la República.

En este sentido, el constituyente chileno de 1980 abre un campo a la acción arbitraria y discrecional del Ejecutivo, que, en América Latina, sólo tiene parangón en la Constitución de Uruguay.

5. Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República

Como dice Lambert, los latinoamericanos, luego de entregar amplias facultades al Jefe del Estado, buscan evitar su transformación en dictador o tirano, a través de la limitación en su duración de un poder preponderante pero efímero²⁷.

Ello se realiza a menudo por medio de tres técnicas: el mandato de duración limitada y fija; la no reelección inmediata del Presidente, y la acusación constitucional.

A. La duración limitada y fija del mandato Presidencial

27. LAMBERT, Jacques, *La transposition du régime présidentiel hors des États-Unis: Le cas de l'Amérique Latine. op. cit.*, p. 596.

El mandato presidencial en los regímenes presidencialistas latinoamericanos dura un período de cuatro a seis años.

En efecto, el mandato del Presidente de la República tiene una duración de cuatro años según las Constituciones de Costa Rica (artículo 134); Argentina (artículo 90); Honduras (artículo 237), Colombia (artículo 190), Uruguay (artículo 150). El mandato presidencial tiene una duración de cinco años según las Constituciones de Brasil (artículo 82); El Salvador (artículo 154); Guatemala (artículo 184).

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 25, establece un mandato presidencial de seis años, siendo éste el más largo de América Latina. La Constitución Venezolana de 1999 establece el mismo período en su artículo 230.

B. La Regla de la no reelección inmediata del Presidente

Esta regla técnica constitucional tiene por fin impedir que los Presidentes latinoamericanos puedan presidir su propia reelección, situación que podría, por el cúmulo de poderes que posee, transformar un régimen democrático en un poder autoritario peligroso, por medio de una renovación de manera continua del mandato presidencial²⁸.

Así, algunos países establecen la no reelección del Presidente de la República para el período constitucional siguiente y otros señalan la prohibición absoluta de reelección.

Entre las Constituciones que establecen la no reelección para el período constitucional siguiente se encuentran las de Brasil (artículo 82); Chile (artículo 25); El Salvador (artículo 152 n° 1); Uruguay (artículo 153); Paraguay (artículo 229), entre otras.

Jacques Lambert considera que la regla de no reelegibilidad inmediata permite el retorno al poder luego del paso de otro Presidente que prepare su retorno al poder cuando expire el plazo constitucional de este último; como ejemplo de ello, el autor citado señalados los casos de Trujillo en la República Dominicana y de Gómez en Venezuela. Si bien ello es efectivo, hay casos que muestran que si el pueblo tiene una cultura política media y partidos estructurados, aún cuando un Presidente quiera obtener un segundo mandato, no es fácil de lograrlo.

Hay diversas Constituciones que establecen la prohibición absoluta de reelección del Presidente de la República, como las de Costa Rica (artículo 32) y México (artículo 83), como asimismo las Constituciones de Guatemala y Colombia. La Constitución de Honduras de 1982 agrega a la prohibición en el artículo 239: "El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que la apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para toda función pública". A su vez, la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 187, prescribe que la "persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quién lo haya ejercido por más de dos años en substitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso". Una norma similar está contenida en la Constitución colombiana de 1991, artículo 197.

Por otra parte, la Constitución de Paraguay, impide la reelección inmediata que la anterior Constitución permitía. A su vez, las nuevas constituciones Peruana de 1993 y Argentina de 1994, permiten la reelección para el período inmediatamente siguiente, lo cual han utilizado los ex presidentes Fujimori y Menen, respectivamente, los que hicie-

28. ROY, Maurice-Pierre, *op. cit.*, p. 97; WYRWA, Tadeusz. *op. cit.*, p. 533.

ron uso de dos mandatos consecutivos, el primero de ellos, en elección cuestionada obtuvo un tercer mandato consecutivo, al cual renuncia luego del escándalo de corrupción por *compra* de la lealtad de parlamentarios en el año 2000. La Constitución Venezolana de 1999, en su artículo 230, posibilita la reelección inmediata del Presidente de la República por una sola vez.

C. La acusación constitucional contra el Presidente de la República

Uno de los principios fundamentales del constitucionalismo democrático establece que toda persona que dispone de un mandato que le da la calidad de órgano de los poderes públicos debe rendir cuenta de sus actos y asumir sus consecuencias. Los gobernadores son así responsables y ello dice relación con el ejercicio y la limitación de los poderes de éstos.

Se distingue, tradicionalmente, entre la responsabilidad política, penal y civil; las Constituciones latinoamericanas señalan la responsabilidad civil y penal del presidente, ya que la responsabilidad política se considera una responsabilidad a término del mandato por medio de las elecciones; sin embargo, ella no es aplicable al Presidente saliente, toda vez que éste por prohibición constitucional no puede presentarse a la reelección; ella es más bien indirecta, afectando al partido político al cual pertenece el Presidente de la República saliente, el que será sancionado por la no elección del candidato presidencial que lo representa.

Las constituciones latinoamericanas siguen, en materia de responsabilidad penal, el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos con el impeachment. Así, la Constitución chilena de 1980 consigna en los artículos 48 y 49, respectivamente, la acusación constitucional respecto del Presidente de la República. Ella también está establecida en otros regímenes presidencialistas de América Latina, como por ejemplo, la Constitución de Costa Rica de 1949, artículo 151; la Constitución de Paraguay de 1992, artículo 225; la Constitución de Colombia de 1991, artículo 178 N° 3.

Sin embargo, la Constitución exige, normalmente, para la destitución de los Presidentes, quórum bastantes altos que hacen prácticamente ilusoria dicha responsabilidad, como es el caso chileno, donde tanto bajo la Constitución de 1925 como de 1980 se establece que la declaración de culpabilidad debe ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio (artículos 42 y 49, respectivamente).

V. LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA

Si bien en Latinoamérica los presidencialismos presentan los aspectos técnico-constitucionales ya analizados, que los diferencian del tipo de gobierno presidencial de Estados Unidos y permiten su calificación de *presidencialistas*, la diversidad de desarrollo socioeconómico, de desarrollo de la cultura política, de desarrollo científico-técnico, como de experiencias políticas y variedad de ideologías y de sistemas de partidos políticos, no se puede dar una visión unitaria del régimen presidencialista latinoamericano más allá de los aspectos generales reseñados anteriormente, ya que dentro de

ellos es posible distinguir distintas modalidades de presidencialismo democrático²⁹ algunas de las cuales son atenuaciones del presidencialismo³⁰.

El profesor Sánchez Agesta distingue cinco tipos de presidencialismos en América Latina: el presidencialismo puro; el presidencialismo atenuado; el presidencialismo en aproximación al parlamentarismo; el gobierno colegial de Uruguay desde 1952 hasta 1966; el régimen socialista cubano³¹.

El profesor Cumplido distingue entre los presidencialismos latinoamericanos la siguiente tipología: el gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado; el gobierno presidencial parlamentario; el gobierno presidencial controlado, y el gobierno semipresidencial, sin perjuicio del régimen presidencial autoritario³².

El profesor español Antonio Colomer en su análisis del presidencialismo iberoamericano, asumiendo una perspectiva sociológica, distingue entre dictaduras oligárquicas, dictaduras militares, regímenes populistas y regímenes democráticos; luego, constituye una clasificación basada en la relación interna entre competencias constitucionales y comportamientos institucionales y la relación externa entre la presidencia con los otros poderes y el conjunto social. Esta clasificación comprende el Presidencialismo hegemónico de excepción, el presidencialismo hegemónico constitucional democrático, el presidencialismo con sujeción parlamentaria y el presidencialismo autónomo de equilibrio de poderes³³.

Dentro de la clasificación de Colomer, el Presidencialismo hegemónico de excepción, constituye en la realidad un régimen autoritario que no cabe dentro de los presidencialismos democráticos. El presidencialismo hegemónico constitucional democrático equivale al presidencialismo dirigido. El presidencialismo autónomo corresponde al presidencialismo puro y el presidencialismo con sujeción parlamentaria al presidencialismo atenuado o parlamentario.

Por nuestra parte, consideramos necesario hacer una tipología que clasifica a los tipos de gobierno latinoamericanos, debiendo distinguir los regímenes autoritarios con fórmulas presidencialistas y los presidencialismos democráticos. A su vez, los tipos de gobiernos democráticos con fórmulas más o menos presidencialistas podemos clasificarlos en presidencialismos puros, presidencialismos dirigidos y presidencialismos atenuados o parlamentarizados³⁴.

1. Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos

A. El presidencialismo puro

Se caracteriza por dar al Presidente de la República la función de órgano central del régimen político, con un carácter preponderante, el cual tiene como funciones esencia-

29. LOEWENSTEIN, Karl, *Étude de droit comparé sur la présidence de la République*. *op. cit.*

30. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 248.

31. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 248.

32. CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*. *op. cit.*, pp. 10 a 25.

33. COLOMER VIDAL, Antonio, "El presidencialismo Iberoamericano" en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. Universidad Autónoma de México. México 1992, p. 139 y ss.

34. V., NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los regímenes presidencialistas de América Latina" en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 455-494.

les el gobierno y la administración del Estado, con facultades colegisladoras e influencia en la designación de los miembros del Poder Judicial. En este tipo de presidencialismo, los ministros de Estado son designados y removidos libremente por el Presidente de la República. El Congreso es un órgano colegislador, con facultades fiscalizadoras, que pueden llegar por medio de la acusación constitucional a destituir al Presidente de la República y sus ministros. Es el caso de Chile y de Argentina (hasta 1994), entre otros.

B. El presidencialismo parlamentario o atenuado³⁵

Tiene como rasgos fundamentales el que el Parlamento hace contrapeso al Jefe de Estado, quién debe tener en consideración la composición del Parlamento para definir las orientaciones de la política gubernamental. El Parlamento está dotado de amplias facultades fiscalizadoras reales y tiene atribuciones para realizar interpelaciones, remover ministros por los votos de censura o rechazo de las mociones de confianza. A su vez, el Presidente de la República está limitado por la necesidad de la participación efectiva de los ministros en las decisiones del Ejecutivo.

Entre estos regímenes presidencialistas atenuados o parlamentarios pueden señalarse en el pasado, como ejemplos, la Constitución cubana de 1940, la Constitución boliviana de 1945, la Constitución venezolana de 1947, entre otras³⁶. En la actualidad pueden señalarse como ejemplos la Constitución de Costa Rica de 1948; la Constitución Argentina de 1994; la Constitución de Uruguay de 1967; la Constitución Peruana de 1993; la Constitución de Guatemala de 1985; para citar sólo algunos ejemplos.

La Constitución uruguaya de 1967. La Constitución uruguaya señalada pone fin a un período de gobierno colegiado de tipo directorial que rigió al país desde 1952, restableciendo en sus aspectos esenciales la normativa constitucional de 1942.

En efecto, la Constitución de 1967 restablece la Presidencia de la República y el Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros interviene en los casos planteados por el Presidente, por los ministros respectivos y en los que determina la Constitución (artículo 160).

El Poder Ejecutivo en Uruguay se ejerce así por el Presidente actuando en acuerdo con el Consejo de Ministros, el ministro o ministros respectivos. Los ministros son responsables de los decretos que refrendan (artículo 149, 175 y 179); sin la firma de los ministros no hay obligación de obedecer las resoluciones del Presidente (artículo 168).

Los ministros necesitan para mantenerse en su cargo, del respaldo de las Cámaras (artículo 174), ya que ellos pueden ser objeto de interpelaciones que pueden concluir en declaraciones políticas de las Cámaras (artículo 118 a 121); pueden, además, ser censurados y obligados a renunciar por la Asamblea General (artículo 148). Así, el Parlamento puede hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros, al igual que en Venezuela, sin perjuicio de la acusación constitucional en caso de ilícitos constitucionales (artículo 93).

A su vez, la Constitución de 1967 restablece la posibilidad de disolver el Parlamento (artículo 148), contemplado en la antigua Constitución de 1942; ella es posible si el Parlamento mantiene, por menos de tres quintos de los votos, la censura a los ministros observada por el Presidente de la República. En dicho caso, el Jefe de Estado “debe llamar a nuevas elecciones parlamentarias, de modo que el pueblo es erigido en árbitro

35. LOEWENSTEIN, Karl, *Etude de droit comparé sur la présidence de la République*, op. cit., pp. 160 y ss., CONAC, Gérard, *Pour une Théorie du présidentialisme*. op. cit., p. 145.

36. LOEWENSTEIN, Karl, *Etude de droit comparé sur la présidence de la République*. op. cit., p. 163

de la discrepancia entre los poderes políticos, tal como es tradicional en los regímenes parlamentarios³⁷.

En el mismo sentido, Cassinelli señala que para que el gobierno sea la expresión de la orientación política reflejando la mayoría parlamentaria la Constitución establece tres instituciones: “La obligación para el Jefe de Estado de designar ministros salidos de la mayoría parlamentaria, la moción de censura y la cuestión de confianza. La posibilidad para el Poder Ejecutivo de ser asumido en todos los casos en Consejo de Ministros, de tal manera que el Presidente de la República pueda actuar como jefe de gobierno si tiene la mayoría en la Asamblea General o que pueda dejar la dirección política al Consejo de Ministros en el caso contrario, asumiendo un rol moderador, admitiendo incluso que pueda surgir entre los ministros un líder del gobierno”³⁸.

La Constitución de Costa Rica. La Carta Fundamental de Costa Rica de 1949 también establece la facultad de la Asamblea Legislativa de formular interpelaciones a los ministros de gobierno e incluso de censurar a los ministros cuando a juicio de la Asamblea sean culpables de actos ilegales o inconstitucionales, o incluso de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos. Esta censura, que significa la destitución del o de los ministros afectados, debe adoptarse sólo por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa (artículo 121, N° 24).

Como se ha señalado, la consideración de la culpabilidad de los ministros *según su opinión*, es decir, la de la Asamblea Legislativa, da un carácter altamente subjetivo a las causales de acusación, las cuales son de por sí bastante ambiguas, como la de “errores graves que han causado o podrían causar serios daños e interés público”. Ello hace que se facilite la censura de los ministros por motivos políticos, lo que equivale a sancionar la responsabilidad política, ya que, según los autores clásicos, ella implica la pérdida del poder.

La Constitución de 1949 integró casi completamente en el nuevo texto las disposiciones de la Constitución de 1871, haciéndose sólo algunos cambios considerados positivos para el desarrollo nacional; entre ellos, la exclusión del Congreso de toda actividad electoral, ya que había sido una de las causas de los hechos bélicos de 1948, así como una “reducción de los poderes del Ejecutivo, porque la historia demostraba en demasía las funestas consecuencias que había traído para el país un excesivo poder del Presidente”³⁹.

Como señalará el constituyente, licenciado Jiménez, “el Ejecutivo ya no es el único que gobierna, a su lado se yerguen las instituciones autónomas y el Poder Legislativo puede también, si lo quiere, influir en el gobierno. A su vez, dentro del Ejecutivo mis-

37. REAL, Alberto-Ramón, “Primeras perspectivas de la Constitución uruguaya de 1967” en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, obra en *Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Tomo III, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España 1969, p. 197.

38. CASSINELLI M., Horacio, *Alcances y aplicación de la nueva Constitución uruguaya*, Montevideo 1967. V., asimismo, BABAGELALA, Anibal Luis, *La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución uruguaya de 1967*; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La jefatura del Estado en la Constitución uruguaya*; AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, “La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967”; todos ellos en *Temas de Derecho Constitucional*, n° 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay noviembre de 1985, 86 pp. SEMINO, Miguel Angel, “El parlamentarismo en el Uruguay (Teoría y realidad)” en *Vox Juris, Revista de Derecho* Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú 1993, pp. 235-242.

39. “Asamblea Nacional Constituyente de 1949”, Tomo I, pp. 476-479. *cit.* en la *Constitución de 1949. Antecedentes y proyecciones*. Ed. costa Rica, San José, Costa Rica 1979, pp. 83-84

mo, el Presidente ya no puede decir, yo soy el Ejecutivo. Hoy el ejecutivo es el Presidente y sus ministros⁴⁰.

De esta forma, no sólo se introduce un mayor control del Parlamento sobre el Ejecutivo, con la interpelación y la censura a los ministros, sino que también el Ejecutivo mismo deja de ser unipersonal y pasa a ser compartido con los ministros.

En tal sentido, el licenciado Ismael Antonio Vargas ha sostenido que el concepto de Poder Ejecutivo compartido es el que cabe aplicar al sistema costarricense, pues empeñado en debilitar el personalismo presidencialista que vivía el país, no supo encontrar el mejor sistema, ya que mantuvo algunos elementos del presidencialismo e introdujo algunos elementos del parlamentarismo⁴¹.

La Constitución Argentina de 1994, en su artículo 100, establece la institución de un Jefe de Gabinete ministerial responsable políticamente ante el Congreso de la Nación desarrollando un conjunto de atribuciones relacionadas con los proyectos de ley⁴². El Congreso Argentino tiene diversos mecanismos de control político del gobierno, fuera de las atribuciones clásicas de fiscalización de la administración. Dispone de la atribución de formular interpelaciones que pueden ser planteados en cualquiera de ambas Cámaras (art. 71) de censura aprobado por la mayoría absoluta de la mayoría de las dos ramas del Congreso (artículo 101).

La Constitución Venezolana de 1999 establece un Vicepresidente Ejecutivo⁴³, el cual colabora con el Presidente en la dirección de la acción del gobierno; coordina la administración pública; propone al Presidente el nombramiento y remoción de los Ministros, preside, previa autorización presidencial el Consejo de Ministros, coordina las relaciones del gobierno con la Asamblea Nacional (artículo 239).

El Vicepresidente Ejecutivo puede ser censurado por la Asamblea Nacional, por una votación no inferior a dos terceras partes de sus integrantes lo que determina su remoción y la imposibilidad de ser miembro del ministerio o Vicepresidente Ejecutivo durante el resto del periodo presidencial (artículo 240). A su vez, el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura (artículo 240 y 236 N° 21).

El Presidente de la República debe necesariamente ejercer en Consejo de Ministros diversas competencias, desde la declaración de Estados de Excepción y restricción del ejercicio de derechos constitucionales; la dictación de decretos con fuerza de ley, previa habilitación legislativa, la determinación del llamado a referendum popular y la disolución de la Asamblea Nacional.

Los Ministros son responsables de sus actos de acuerdo con la Constitución y la ley, debiendo presentar ante la Asamblea Nacional, anualmente, una memoria razonada sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior (artículo 244). Los ministros pueden hacer uso de la palabra en las Cámaras y sus comisiones (artículo 245). Los Ministros pueden ser destituidos por una moción de censura votada por las tres quintas

40. JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Obras completas*, Costa Rica 1962, pp. 257-258.

41. Citado por AGUILAR BULGARELLI, Oscar. *La Constitución de 1949*. Ed. Costa Rica, San José, Costa Rica 1979, pp. 140-141

42. V., Varios autores, *La reforma constitucional Argentina*. Asociación Argentina de 1994. Buenos Aires, Argentina 1994; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina 1995; SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José, *La Constitución de los Argentinos*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Argentina 1997.

43. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, 2ª edición, Caracas, Venezuela 2000, 505 pp.

partes de los miembros de la Asamblea Nacional, lo que determina su remoción, sin poder volver a optar al cargo de Ministro o Vicepresidente Ejecutivo el resto del periodo presidencial.

Estos tipos de presidencialismos atenuados, parlamentarizados o de sujeción parlamentaria, siguen siendo presidencialismos, por el hecho de que el Presidente de la República sigue siendo Jefe de Estado, del gobierno y de la administración, siendo los jefes de gobierno, Vicepresidentes ejecutivos o Presidentes del Consejo de Ministros o los Ministros, una especie de fusible, que permite al Congreso llamar la atención del Presidente, el cual a través del nuevo ministerio podrá rectificar o insistir en las líneas políticas de su gestión presidencial. Este tipo de presidencialismo tiende a constituirse en la corriente principal del presidencialismo de fines del siglo XX.

C. Los presidencialismo dirigidos

Tales presidencialismos tienen todas las características del presidencialismo puro, pero existen limitaciones que pueden ser voluntarias o impuestas a la libertad y a la participación de las fuerzas políticas en el gobierno del país.

Entre éstos puede señalarse como ejemplo el caso de Colombia bajo el régimen bipartidista o de Frente Nacional iniciado en 1958, en que los partidos tradicionales. Liberal y Conservador, gobernaron, exclusiva y conjuntamente, mediante el reparto paritario de las posiciones en las distintas ramas del poder público y su alternancia en la Presidencia de la República durante 16 años.

La filosofía del pacto bipartista en Colombia se encuentra establecida en el artículo 4º del Acto Plebiscitario votado el 1º de diciembre de 1957, que introdujo tal reforma constitucional es el de que los partidos, el Conservador y el Liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del gobierno, y que éste se ejerza en nombre de los dos”. Ello implicó durante la vigencia de dicha reforma constitucional un régimen que institucionaliza un régimen bipartista que excluye la influencia y participación efectivas en el ejercicio del poder de las demás fuerzas políticas, estableciendo un cierto monopolio formal de la titularidad del poder⁴⁴.

Este *arreglo institucional* buscó quebrar la tensión amigo-enemigo que se vivía hasta entonces en Colombia entre liberales y conservadores, que llevaba habitualmente, a la violencia y a hechos de sangre.

Como dice Sachica, “hay aquí una confesión tácita de la incapacidad de nuestro pueblo para la práctica racional de la democracia, de su falta de madurez política para la aceptación de las concesiones y efectos naturales de la opinión enteramente libre, en un clima de sensatez y de fairplay que aún no hemos adquirido. Estamos en un paréntesis, un receso o cura de reposo, en obligada reclusión, mientras se aprende el difícil oficio de ser libres”⁴⁵.

Sostiene el mismo autor que el sistema político fue la resultante de un acuerdo entre liberales y conservadores, ratificado en un referéndum, para la práctica transitoria de una forma de democracia restringida, “en busca de la eliminación de la violencia en la

44. SACHICA, Luis Carlos, “Un ensayo audaz. El gobierno bipartista”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España 1969. p. 162.

45. SACHICA, Luis Carlos, “Un ensayo audaz. El gobierno bipartidista”. *op. cit.*, p. 165.

lucha por el poder y su monopolio por un solo partido, así como la creación de las condiciones indispensables para el desarrollo económico del que el país está urgido, sistemas sustentado en la alianza de una política bipartista”⁴⁶.

Este pacto constitucional que dio lugar al *frente nacional* que establecía la alternativa de liberales y conservadores en la Presidencia de la República, compartiendo en forma igualitaria el Ministerio y el Parlamento, se pensaba que podría haber limitado el presidencialismo colombiano, lo cual no se produjo; la práctica del sistema mostró que el Presidente, aun respetando la norma de paridad en el Gabinete, pudo nombrar ministros a representantes de ambos partidos, que por su identidad con la política o la persona del Presidente no se abstienen de refrendar los actos del gobierno, con excepciones que no alteraron ni la colaboración política del Gabinete ni el respaldo parlamentario al gobierno. Así, el *frente nacional* o pacto bipartista no mermó el poder presidencial ni se produjo la evolución hacia el parlamentarismo; la *colegialidad* del poder fue puramente formal⁴⁷.

Esta práctica constitucional colombiana, ya superada por un régimen de democracia auténticamente pluralista, permitió como efecto positivo pacificar y racionalizar la vida política colombiana, aún cuando todavía existen fuertes áreas de violencia en las relaciones políticas, sobre todo, teniendo presente la fuerza de los actuales movimientos guerrilleros que el Presidente Belisario Betancourt trató de superar a través de la negociación y una política de pacificación del país.

El presidencialismo mexicano hasta la década de los noventa, podría ser clasificado en este grupo, producto de la hegemonía institucional y fáctica del Partido Revolucionario Institucionalizado. El liderazgo jugado por el Presidente de la República y su influencia en los demás órganos, además de la falta de un control o fiscalización parlamentaria efectiva y los límites que establecía a la representación parlamentaria el sistema electoral vigente apoyado en disposiciones constitucionales. Esta situación ha comenzado a varias con diversas reformas constitucionales, en especial con las reformas constitucionales de 1996. Ellos fortalecen la garantía de los derechos fundamentales y el pluralismo político; regula el financiamiento de campañas electorales y de los partidos; se introducen modificaciones al Instituto Federal Electoral; introduce elementos de representación proporcional en la Cámara de Diputados y el Senado, entre otras⁴⁸, dicho cambio institucional se refuerza, por la primera alternancia política en la presidencia, que se concreta el año 2000, saliendo del gobierno el PRI y entrando al PAN.

46. SACHICA, Luis Carlos, “Un ensayo audaz. El gobierno bipartidista”. *op. cit.*, p. 166.

47. CASTRO CASTRO, Juan, “La presidencia de la República en Colombia”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Tomo III, Madrid, España 1969, p. 496.

48. V., AYALA CORAO, Carlos, “Las reformas constitucionales mexicanas de 1996”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Dike-Ciedla, Medellín, Colombia 1997, pp. 513-558

VI. EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES

1. El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario

El tipo de gobierno parlamentario cuyo desarrollo se inició en Gran Bretaña en la primera mitad del siglo XVII, se desborda del cuadro británico a fines de dicho siglo en tres direcciones.

La primera dirección es la de las colonias británicas que van adquiriendo autonomía e independencia y se mantienen en la Comunidad Británica de Naciones (*Commonwealth*), tales como Australia, Canadá, India y Nueva Zelanda⁴⁹.

Una segunda dirección de desplazamiento del régimen parlamentario es el continente europeo en olas sucesivas. La primera de ellas se produce en el siglo XIX y comienzos del siglo XX en países que se sitúan en Europa Occidental y Septentrional (España, Grecia, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Suecia), donde el parlamentarismo fue un instrumento de la democratización progresiva de los regímenes políticos, sin perjuicio del mantenimiento de la monarquía. Una segunda oleada se desarrolla en Europa después de la Primera Guerra Mundial, afectando a los países de Europa Central, Meridional y Oriental (Alemania, Austria, Checoslovaquia, Finlandia, Estonia, Irlanda, Hungría, Lituania, Polonia, Rumania, Yugoslavia), países que pudieron entrar en un régimen constitucional liberal y democrático, luego de la destrucción de los imperios centrales, regímenes que en algunos casos se fueron desnaturalizando y varios de ellos fueron eliminados durante la Segunda Guerra Mundial. La tercera oleada europea se produce después de 1945, la que tiene un carácter más limitado, teniendo por objeto la reintroducción del parlamentarismo bajo modalidades nuevas en países europeos que lo habían tenido con anterioridad; entre ellos puede señalarse a Italia, Alemania Federal, Francia, Grecia, España.

La tercera dirección de expansión del parlamentarismo fue su introducción en ciertos países de Asia, que occidentalizaron sus instituciones, tales como Japón, Israel, Irán, Líbano, Jordania, Sudán, y luego, después de 1960, lo encontramos en algunos países africanos que accedieron a la independencia⁵⁰.

Una cuarta y última dirección de expansión del tipo de gobierno parlamentario constituye su desarrollo en Europa Oriental en la década de los años ochenta y noventa, al concluir el siglo XX.

2. Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario

Estos caracteres para efectos pedagógicos los podemos calificar en caracteres orgánicos y caracteres funcionales.

Existe una clara distinción entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (Asamblea o Cámara legislativa). A ello debe agregarse un dualismo interno en el Poder Ejecutivo, separando la dirección jurídica y nominal del Estado, de la función gubernamental efectiva. La relación recíproca entre jefe de Estado, gobierno y Asamblea determina los caracteres específicos del régimen parlamentarios.

49. V., BRADY, *Democracy in the dominions*, 2º Ed. Toronto, Canadá 1952. LAING, "The Transplantation of the British Parliament", en *Parliamentary Affairs* XI, Londres 1958.

50. GOOSENS, Charles, *op. cit.*, pp. 660 y ss. y pp. 669 y ss.

El Jefe de Estado está dotado de independencia funcional que proviene de la intangibilidad de su estatuto y de la situación de irresponsabilidad política. Este Jefe de Estado está investido de una función de representación del Estado, a lo cual se agrega eventualmente un rol de árbitro o de regulador del funcionamiento del régimen. Generalmente los poderes que posee no puede ejercerlos autónomamente, ellos deben ser refferendados por uno o más ministros de gobierno, los que asumen la responsabilidad de esos actos.

El gobierno es un órgano constituido por los ministros, designados generalmente por el jefe de Estado y que son solidariamente responsables ante el Parlamento. El gobierno ejerce teóricamente sus funciones bajo la égida del jefe de Estado, pero en la práctica el gobierno ejerce con autonomía amplia la función gubernamental, la que no se limita a la ejecución de las decisiones del Parlamento, desbordando dicho cuadro, en la medida que en la actualidad el gobierno se transforma en el centro principal de impulsión y de acción política por regla general.

El Parlamento es depositario de la función normativa superior, que consiste en la emisión de reglas según las cuales debe ordenarse la vida del cuerpo político. El Parlamento tiene la función de control político de la acción gubernamental, siendo el lugar de reconocimiento de una mayoría como elemento de referencia en relación al cual el gobierno se conduce.

La oposición en el seno del Parlamento se presenta como freno, control y alternativa frente al gobierno en funciones en que es mantenido por la mayoría parlamentaria.

3. Los caracteres funcionales

Entre los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo se establecen relaciones caracterizadas esencialmente por la existencia de medios de acción recíprocos de los cuales dichos órganos disponen; ellos son principalmente dos⁵¹, la responsabilidad gubernamental ante el Parlamento, y el derecho de disolución del Parlamento por el Poder Ejecutivo.

A. La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento

El rasgo fundamental del régimen parlamentario es la responsabilidad política colectiva del gobierno ante el Parlamento.

Los ministros que conforman el Consejo o Gabinete Ministerial asumen en el plano político la responsabilidad de todos los actos que ellos desarrollen o en los cuales participen, especialmente a través del refrendo ministerial. De todos estos actos deben dar cuenta al Parlamento, someterse a las críticas de éste y pueden ser obligados a abandonar sus cargos cuando el Parlamento, a través de una moción de censura o voto de desconfianza, manifiesta su hostilidad o rechazo al gobierno.

51. V., BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, op. cit., p. 201.

DUVERGER, Maurice, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, op. cit., Tomo I, p. 172; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 104; VON BEYME, Klaus, *Die Parlamentarischen Regierungssysteme in Europa* Ed. R. Piper & Cia., Munich, RFA 1970.

La responsabilidad política del gobierno tiene por finalidad mantener el acuerdo entre la política ministerial y la política de la mayoría del Parlamento; ella entra en juego desde que el desacuerdo se manifiesta. El retiro ante el voto de censura o de desconfianza tiene por objeto conformarse a la regla de la armonía que debe existir entre el gobierno y la mayoría parlamentaria; no es por lo tanto la manera de hacer efectiva una pena o de prevenirla.

La remoción del gobierno por el Parlamento es retenida como criterio central del régimen parlamentario, en la medida en que precisemos que lo determinante es la posibilidad de remover y no la remoción efectiva, la que en el parlamentarismo contemporáneo es una cosa rara⁵².

La dimisión del Gabinete ante el voto de censura y su no sometimiento a la voluntad política del Parlamento se debe a la distinción de poderes; los actos desarrollados por el gobierno, dentro de los límites de su competencia, forman parte de la función gubernamental y no de la tarea de la Asamblea parlamentaria. Es por ello que la Cámara legislativa no puede revocar los actos desarrollados por el gobierno, ni tampoco puede darle órdenes respecto del desarrollo de la misión gubernamental, la cual el gobierno ejerce con independencia, sobre el hecho de asumir la responsabilidad política de sus actos. Ello es precisamente lo que diferencia al régimen parlamentario del régimen de asamblea; en esta última la Cámara legislativa puede substituirse al *Comité Ejecutivo* que forman los ministros.

Esta responsabilidad gubernamental está temperada y equilibrada a su vez por el derecho del Ejecutivo de disolver el Parlamento o una de sus Cámaras.

B. El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo

Esta institución, de carácter costumbrista, ha tenido una importante evolución y variadas aplicaciones en condiciones diversas.

La disolución del Parlamento por el Ejecutivo es la contrapartida, el contrapeso, al poder de censurar al gobierno por el Parlamento. Esta disolución se practica sólo respecto de las Cámaras que tienen la posibilidad de destituir al gobierno. Así, en el sistema de bicameralismo igualitario -ambas Cámaras pueden destituir al gobierno- las dos Cámaras pueden ser disueltas por el Ejecutivo; ejemplos de ello son Bélgica, Italia y Países Bajos. En el sistema de bicameralismo desigual, donde sólo una de las Cámaras ejerce el control político del gobierno, ésta es la única Cámara que es disuelta por el Ejecutivo; un ejemplo es el caso de la República Federal Alemana, donde sólo puede disolverse la Cámara política (Bundestag), de acuerdo a los artículos 63, inciso 41, y 68, inciso 19 de la Ley Fundamental de Bonn.

En tal sentido, puede sostenerse que si bien el poder de disolución del Parlamento por el Ejecutivo continúa siendo un elemento importante del equilibrio político del régimen parlamentario, éste tiene un carácter menos fundamental que la responsabilidad ministerial para la definición del régimen⁵³.

52. V., en *Melanges offerts a Georges Burdeau: El Poder*, Ed. L.G.D.J., París, Francia 1977, p. 87 y ss., CAPITANT, René, "Régimes Parlementaires", *op. cit.*, p. 40; PRELOT, Marcel y BOULOUIS, Jean, *op. cit.*, pp. 102 a 104; CADART, Jacques, *op. cit.*, Tomo II, pp. 632 y ss.

53. Hay autores, como CADART, Jacques que sostienen que el derecho de disolución no puede ser condicionado en un régimen parlamentario, ya que él permite volver a dar en todo momento la palabra al pueblo, a fin de estable-

Es por ello que algunos autores llegan a sostener que la disolución no es un elemento irremplazable del régimen parlamentario. La disolución es considerada por dichos autores como un arma preventiva de carácter disuasivo, un medio de presión entre otros, respecto de la Asamblea parlamentaria.

Estos elementos son aquellos que sin ser esenciales o indispensables a su existencia, contribuyen a asegurar su funcionamiento normal, facilitando el juego de los elementos fundamentales del sistema o reforzando su acción⁵⁴.

En tal sentido, Goosens distingue entre los elementos que tienden a acrecentar la intensidad de las relaciones entre el Parlamento y el gobierno y aquéllos que tienden a consolidar el equilibrio entre poderes.

Entre los primeros están aquellos elementos que tienden a consolidar sus medios de acción recíprocos, como son el derecho del gobierno de convocar las Cámaras y de clausurar los períodos de sesiones; el derecho de los ministros de asistir a las sesiones de las Cámaras y hacer uso de la palabra; el derecho del Parlamento de proceder a realizar investigaciones; de hacer preguntas a los ministros o de dirigirles interpelaciones, etcétera. También estos elementos pueden tender a reforzar su colaboración funcional; entre ellos pueden mencionarse: la participación del gobierno en la función legislativa mediante el derecho de iniciativa legislativa, de enmienda, de veto o de sanción; la participación del Parlamento en ciertos actos importantes de la función gubernamental administrativa, tales como la aprobación de tratados, los actos de alta tutela, aprobación de presupuestos.

Entre los elementos que tratan de consolidar el equilibrio de poderes, están aquéllos que buscan crear nuevos contrapesos; ejemplo de ello es la técnica del Parlamento bicameral.

4. Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario

El tipo de gobierno parlamentario es así aquel que combina los medios de acción recíprocos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, fundando una asociación de poderes y buscando el desarrollo de una colaboración equilibrada entre ellos. Ambos poderes están afectados de una dependencia orgánica recíproca, estando obligados a colaborar por efectos de las necesidades de la acción gubernamental y los elementos auxiliares que tienen por objeto reforzar esta colaboración.

En el tipo de gobierno parlamentario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo gozan de una posición sólida y de competencias y atribuciones amplias que deben permitir a cada poder impedir al otro poder que adquiera una preponderancia excesiva.

El tipo de gobierno parlamentario no sólo institucionaliza el diálogo entre el gobierno y el parlamento, sino también entre las corrientes políticas de la sociedad, asegurándoles su expresión a nivel parlamentario, entregándoles la posibilidad de influenciar el gobierno mediante el diálogo entre la mayoría parlamentaria que sostiene al gobierno y la oposición que representa las tendencias minoritarias que pueden acceder a ser mayoritarias por el respeto, en el parlamentarismo, de las reglas o principios democráticos del pluralismo ideológico y político y la alternancia en el poder.

cer la armonía entre Ejecutivo y Legislativo. *Institutions politiques et droit constitutionnel. cit.*, Tomo II, pp. 639-640.

54. GOOSENS, Charles, *op. cit.*, p. 674.

El régimen parlamentario se encuentra a medio camino entre el régimen presidencial, que establece una separación absoluta de poderes, y el régimen de asamblea, que constituye una confusión de poderes. El régimen parlamentario se esfuerza en lograr una colaboración de poderes.

5. Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica

Una de las concepciones de gobierno de tipo parlamentario ve en la aplicación del principio de separación de poderes, en su versión de flexibilidad y colaboración, el criterio central del mismo, en oposición a la separación rígida de poderes establecida por el régimen presidencial. Esta concepción, sustentada, entre otros, por M. Hauriou, Redslob, A. Esmein, Joseph Bertlémy y Duez, sostiene que el favorecimiento de los contactos mutuos y la colaboración entre los poderes hacen del régimen parlamentario un régimen de equilibrio de poderes.

La segunda concepción, expuesta por Bagehot, siendo clásica en Gran Bretaña y en la cual se inspiró R. Carré de Maiberg en Francia, considera que el elemento más significativo del gobierno parlamentario es la subordinación del Ejecutivo al Legislativo. Es la Asamblea parlamentaria la que se encuentra investido del poder de hacer las leyes y de controlar el gobierno, o más bien de gobernar por intermedio de una comisión ejecutiva o gabinete⁵⁵.

A. La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario

Esta concepción, como ya lo hemos señalado, sostiene que el régimen parlamentario es un régimen de separación de poderes y de colaboración de ellos, lo cual otorga al régimen una fisonomía de equilibrio de poderes. En tal sentido, Adhémer Esmein: “Si el titular del Poder Ejecutivo gobierna, necesariamente, por el órgano de un ministerio responsable, cuya existencia está a merced de la Cámara de Diputados, él no es menos personalmente irresponsable y legalmente libre de elegir sus ministros”⁵⁶.

En la misma línea, Maurice Hauriou expresaba: “El Poder Ejecutivo es confiado a un monarca hereditario o a un Presidente de la República elegido, al lado del cual están los ministros nombrados por el jefe de Estado y responsables ante él, pero responsables también y sobre todo ante el Parlamento”⁵⁷.

Esta concepción describe la realidad de un régimen parlamentario dualista donde aún el jefe de Estado cuenta con ciertas prerrogativas reales y no sólo formales; este tipo de parlamentarismo es sólo uno de los tipos posibles de régimen parlamentario, frente al cual se sitúa, con mayor realidad hoy día, el parlamentarismo monista, el cual se caracteriza por el hecho de que el jefe de Estado ha sido vaciado de toda prerrogativa o atribuciones políticas reales, detentándolas sólo en sentido formal o nominal.

Por ello puede sostenerse que el régimen parlamentario no tiene un sentido unívoco, ya que es capaz de recubrir diferentes realidades políticas, y el equilibrio de poderes

55. CAPITANT, René, “Régimes parlementaire”, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, ver CHANTEBOUT, Bernard, “Le régime parlementaire moniste. Gouvernement d'Assemblée”, en *Mélanges offerts a Georges Burdeau: El Poder*, Ed. L.G.D.J., París, Francia 1977, pp. 43-61.

56. ESMEIN, Adhémer, “Deux formes de gouvernement”, publicada en la *Revue de Droit Public*, nº 21, 1894, p. 33.

57. HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París 1929, p. 359.

que pretende establecer adquiere, según los distintos casos, una fisonomía diferenciada, toda vez que sus componentes -que ya hemos analizado- pueden variar en proporciones considerables, dando a uno u otro elemento una preponderancia más o menos marcada; así pueden encontrarse regímenes parlamentarios con una preponderancia del jefe de Estado, con una hegemonía de la Asamblea parlamentaria o con un equilibrio entre ambos elementos.

Esta forma de parlamentarismo, como la definen Esmein, Duguit o M. Hauriou, es un régimen dualista, donde el jefe de Estado, titular del Poder Ejecutivo, continúa oponiéndose al Parlamento y le hace contrapeso.

Existe una separación de poderes flexibilizada y perfeccionada por la innovación del Gabinete responsable, el cual es concebido como un órgano de enlace, colaboración y arbitraje político. Se mantiene así la idea cara a Montesquieu de la separación de poderes.

El parlamentarismo de tipo orleanista se caracteriza por el derecho que posee el jefe de Estado de revocar o hacer dimitir a sus ministros. Esta prerrogativa permite al jefe de Estado ejercer un poderoso medio de acción sobre gobierno o Gabinete responsable. El jefe de Estado deja gobernar al Consejo de Ministros, pero lo controla más si pierde su confianza, lo aleja del gobierno, encargando éste a un nuevo equipo, con un programa más acorde a su punto de vista personal⁵⁸.

Así, el gobierno debe realizar su labor bajo la doble confianza: la del jefe de Estado y la del Parlamento. El gobierno debe realizar su acción política con el acuerdo, tanto del jefe de Estado como del Parlamento.

El derecho de destituir los ministros se acompaña habitualmente del derecho de disolver la Asamblea parlamentaria.

La disolución en parlamentario dualista u orleanista es una disolución realizada por el jefe de Estado, sea Rey o Presidente de la República, y no una disolución gubernamental. En este régimen es el jefe de Estado quien llama al pueblo, es la política personal del jefe de Estado la que se encuentra en conflicto con la mayoría parlamentaria.

Por ello cabe concluir que en régimen parlamentario dualista u orleanista, la revocación de los ministros y la disolución de la Cámara son prerrogativas del jefe de Estado.

Este parlamentarismo dualista clásico lo encontramos en Gran Bretaña en el siglo XVIII, el cual es adoptado también en Francia, bajo el régimen de Luis Felipe de Orleans -de allí el calificativo de *orleanista*-. Este tenía una doble finalidad:

a) En una época donde el poder se consideraba como el enemigo principal de las libertades individuales, este régimen ofrecía la garantía de la separación de poderes contra los abusos de la autoridad.

b) En dicha época aún la legitimidad política se encontraba disputada; una parte del cuerpo político se había sumado a las nuevas ideas en el sentido que la legitimidad política residía en el pueblo o la nación, mientras que otro sector importante del cuerpo político continuaba sosteniendo la concepción de la legitimidad política del monarca basada en el derecho divino. Esta situación hacía que el poder político tuviera una doble legitimidad: una Cámara elegida, expresión de la soberanía del pueblo, y un monarca hereditario, expresión de la legitimidad tradicional, los cuales coexisten en el Estado. Entre ambos se situaba el Consejo de Ministros o Gabinete, nombrado por el rey, pero go-

58. El jefe de Estado puede hacer dimitir a sus ministros también a través de medios indirectos, rechazando re-ferendar los actos del Gabinete y con ello impidiéndole gobernar.

zando de la confianza del Parlamento, el cual podía hacerse obedecer tanto de los tradicionalistas, ya que hablaba en nombre del rey, y por los liberales, en la medida que el trabajo del Gabinete era ejecutado bajo el control de las Cámaras elegidas por el pueblo⁵⁹.

Pero no sólo el régimen parlamentario dualista se dio bajo la forma monárquica, también se encuentra bajo la forma republicana. Así, por ejemplo, la Constitución de la III República francesa, de acuerdo a la voluntad de los constituyentes de 1875, otorgaba al Presidente de la República un rol similar al que había tenido Luis Felipe de Orleans. En efecto, el Presidente Mac-Mahon hizo uso de sus prerrogativas revocando al Ministerio Jules Simon y pronunciando la disolución de la Asamblea parlamentaria poco después. Sin embargo, esta práctica duró poco, ya que el Presidente Mac-Mahon fue derrotado en las elecciones parlamentarias de 1877. A su vez, otro Presidente de la República, Jules Grévy, consideraba la elección de los ministros como un derecho presidencial⁶⁰.

B. Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista

El paso del parlamentarismo clásico dualista al parlamentarismo monista se debe, entre otros factores, a la declinación de las concepciones que situaban la fuente del poder legítimo en la investidura divina de los monarcas, sustrayéndoles todo sustento de legitimidad política y, por tanto, toda posibilidad de acción política directa y reconocida; por otra parte, el desarrollo de la concepción del sufragio universal bajo la concepción de la soberanía popular y el advenimiento de los partidos de masas, contribuyeron también a hacer del monarca una institución accesorias con un rol cada vez más disminuido a medida que evoluciona el régimen.

Esto hace que uno de los factores constitucionales, el Parlamento, adquiera un rol central en desmedro del jefe del Estado, el cual juega un rol meramente formal sin atribuciones políticas reales, sino solamente nominales.

C. La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario

R. Carré de Malberg sistematizó para Francia las consideraciones expuestas por Bagehot en su obra *La Constitución inglesa*.

Ellos consideran que el parlamentarismo no es un sistema de dualismo de poderes⁶¹; en tal sentido Carré de Malberg expresa:

No solamente el régimen parlamentario excluye la igualdad de los órganos, porque tiene por fin directo asegurar la preponderancia del Parlamento... además no deja subsistir, entre los dos órganos legislativo y Ejecutivo, dualismo verdadero... Toda la acción ejecutiva depende, en definitiva, de la voluntad directiva del Parlamento; nada se hace, en el orden ejecutivo, sino sólo bajo el imperio de esta voluntad. Si las Cámaras no son el Ejecutivo, al menos ellas lo dominan plenamente.

Así, la unidad del poder político se produce en el parlamentarismo monista en provecho del Parlamento. El jefe de Estado, como lo constató Bagehot a mediados del siglo

59. V., CHANTEBOUT, Bernard, *op. cit.*, p. 43-44.

60. V., LOVANOVITCH, Slovdan, *op. cit.*, pp. 152 a 157.

61. CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la theorie générale de l'Etat. op. cit. V.*, Tomo II, pp. 68-80 y 104-107.

XIX, había perdido el derecho de revocar los ministros, como el de disolver el Parlamento, lo cual le había permitido hasta entonces intervenir en la política gubernamental por los mismos medios y con tanta fuerza como la Asamblea misma.

La declinación de la institución monárquica priva al régimen parlamentario de uno de los dos pilares sobre los cuales él se había construido. El poder reposa todo entero en la concepción de la soberanía popular, la que es encarnada por el Parlamento. El Gabinete ya no se puede apoyar sobre la autoridad del monarca para resistir la presión política de la Cámara de elección popular, ya no tiene otro fundamento de su derecho a mandar que el que le confiere la confianza del Parlamento. De esta forma, el Gabinete cae bajo la dominación absoluta de la Asamblea parlamentaria.

Burdeau llegó a sostener en su Tratado de Ciencia Política que el borramiento del principio monárquico ha puesto término a la dualidad de poderes y, por ello, al parlamentarismo. Si se suprime el dualismo de poderes, no hay más parlamentarismo posible⁶². El mismo autor, en su trabajo *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre* (París, 1932, p. 141), sostiene que “la mayor parte de las Constituciones europeas, tales como ellas fueron establecidas después de la guerra, consideran la preponderancia de la asamblea representativa sobre los órganos del Estado”.

La sustitución del principio del dualismo por el de la unidad del poder, modificó profundamente el equilibrio de poderes del régimen parlamentario dualista en beneficio del Parlamento. Ello incide fuertemente en la situación del Gabinete Ministerial. Los ministros ya no son más los ministros de Su Majestad o del Presidente, según sea el caso; aún cuando conserven dicho título, ellos han pasado a ser realmente los ministros del Parlamento; como sostiene Bagehot, son “un comité del cuerpo legislativo elegido para ser el cuerpo ejecutivo”. En la misma perspectiva, Carré de Malberg señalaba: “El ministerio debe ser considerado como siendo una comisión gubernamental de las Asambleas. Es en esta calidad que él es el agente de ejercicio efectivo, sea del derecho de iniciativa legislativa, sea del Poder Ejecutivo, que son atribuidos por la Constitución al gobierno. El (gobierno) actúa en este doble dominio, bajo el control inmediato y bajo la autoridad superior del Parlamento, quien resuelve sobre los proyectos de reforma legislativa de su comité ministerial y que aprueba o reprueba sus actos ejecutivos”⁶³.

En régimen parlamentario monista, el jefe de Estado continúa firmando todos los actos del Poder Ejecutivo, pero no puede concluirse que el ejerce el poder; su firma, que sigue siendo necesaria para la validez de los decretos del gobierno, está ligada por las proposiciones ministeriales y el jefe de Estado no puede rechazarlos. La irresponsabilidad del jefe de Estado es el complemento natural de la responsabilidad política del gobierno, que es el otro brazo del Ejecutivo.

El jefe de Estado en régimen parlamentario monista tiene fundamentalmente un rol de representación de la unidad nacional, personifica al Estado, es el símbolo de la unidad del pueblo. Con su firma autentifica los actos desarrollados por el Gabinete como realizados en nombre del Estado.

En términos políticos, el jefe de Estado no es más que un moderador, un consejero del gobierno donde existe un sistema bipartidista; si éste es multipartidista, si el jefe de Estado tiene habilidad, puede orientar la crisis de gabinete hacia el desenlace deseado por

62. BURDEAU, George, *Traité de science politique, op. cit.*, Tomo IX, pp. 240 y ss.

63. Algunos autores, como CHANTEBOUT, llegan a sostener que el régimen parlamentario monista es un régimen de asamblea, ya que la Asamblea elige de su propio seno un comité encargado bajo su superagilancia de la ejecución de una política definida por ella.

él, al preparar una mayoría parlamentaria de reemplazo, proponiéndole a ella un jefe, contribuyendo así a la formación de un nuevo Gabinete; de esta manera, el jefe de Estado se convierte en el lazo entre los partidos, el intermediario en la resolución de las crisis de gobierno, función que desarrolla por su posición de encontrarse por sobre las querrelas partidarias y parlamentarias.

Sin embargo, en el caso de algunas monarquías parlamentarias el Rey se descarga de dicha responsabilidad nombrando *formadores* o negociadores investidos por la Corona de *misiones exploratorias* para la formación del nuevo gobierno, como ocurre por ejemplo en Bélgica y Holanda. En otros países, como en el caso de Suecia, de acuerdo a la reforma constitucional de 1974, se reduce incluso dicha función del jefe de Estado, al establecer que es el Presidente del Riksdag -Cámara legislativa- y no el Rey el que propone un Primer Ministro a la investidura del Parlamento. De la misma forma, la Constitución Griega de 1975, que en otros aspectos refuerza considerablemente las prerrogativas del jefe de Estado, en materia de constitución del gobierno, el Presidente de la República debe solicitarle, en primer lugar al jefe del partido que dispone de mayor cantidad de asientos en el Parlamento, la formación del gobierno.

Entre otras Constituciones, la de Alemania Federal -Ley Fundamental de Bonn, artículo 63 establece que el jefe de gobierno (Canciller Federal) es elegido sin debate por el Bundestag sobre proposición del Presidente Federal, pero la Cámara legislativa aludida puede descartar el candidato propuesto por el Presidente y elegir otro candidato.

A su vez, la Constitución de Japón de 1946, en su artículo sexto, señala que “el Emperador nombra al Primer Ministro designado por la Dieta; en este caso, ni siquiera existe el derecho de proposición del jefe del Estado.

En tal sentido, el jefe de Estado en régimen parlamentario monista tiende a transformarse en un registro de las decisiones tomadas en el seno del Consejo de Gabinete presidido por el jefe real del Ejecutivo, que es el jefe de gobierno (Primer Ministro, Canciller Federal o el nombre que utilice según los diferentes países), aún en el evento de que el jefe de Estado no haya sido excluido de la presidencia del Consejo de Ministros, como ocurre en los casos de Gran Bretaña, Alemania Federal, Suecia y Japón.

El jefe de Estado tiene así en régimen parlamentario monista un nivel muy reducido de intervención política; sólo se concibe ésta en casos de crisis mayor que las instituciones parlamentarias normales no pueden resolver, como es, a manera de ejemplo, el *Estado de necesidad legislativa* considerado por la Constitución de Alemania Federal -Ley Fundamental de Bonn-, el cual permite al jefe de Estado mantener al gobierno en funciones pese al voto de censura de la Asamblea Legislativa (Bundestag).

En régimen parlamentario monista, el Gabinete Ministerial es elegido directamente por la Asamblea parlamentaria, y sus miembros salen por regla general del seno del Parlamento, aunque algunos países hacen excepción a esta regla consuetudinaria, como son los casos de Noruega y los Países Bajos, en los cuales algunos altos funcionarios pueden ser nombrados ministros.

El Gabinete, generalmente investido por el Parlamento, somete su programa de acción a la Asamblea para su aprobación, realizando de esta forma la política del Parlamento.

Este Gabinete es controlado por el Parlamento a través de las preguntas, interpelaciones, examen del presupuesto, los votos de confianza y las mociones de censura, herramientas que permiten supervigilar en forma permanente la realización del programa de gobierno.

La Asamblea parlamentaria puede así destituir a su voluntad al gobierno si éste desarrolla acciones políticas fuera del programa gubernamental.

En los gabinetes de los gobiernos de coalición, cada ministro representa fundamentalmente a su partido y dentro del Gabinete asegura que la política, efectivamente realizada por el gobierno, esté de acuerdo con los compromisos adquiridos al momento de formar el Gabinete. De esta forma, el régimen parlamentario monista ignora en la práctica la solidaridad ministerial, ya que los ministros buscan hacer prevalecer las opiniones de sus respectivos partidos y velan por el mantenimiento de los compromisos; en tales casos, si el interés del partido lo exige, los ministros deben renunciar al gobierno. Ello hace que en ciertos países, el modo más frecuente de caída de un gobierno no es el voto de censura, sino el establecido interno del Gabinete por renuncia provocada de los ministros de uno o varios partidos que formaban parte del gobierno; a modo de ejemplo, pueden citarse los casos de los gobiernos de Bélgica, de Francia bajo la IV República, de Italia y de los Países Bajos.

El mecanismo de la disolución parlamentaria ya no tiene el mismo sentido bajo el cual habría sido concebido y practicado por el parlamentarismo dualista, en el cual era una prerrogativa del jefe de Estado para poner fin a una Asamblea de la cual éste tenía dudas sobre su representatividad. P. Lalumière y A. Demichel llegan a considerar que el derecho de disolución no forma parte de los mecanismos jurídicos fundamentales del parlamentarismo⁶⁴, señalando como ejemplo que éste ya no es considerado en la Carta Fundamental de Noruega e Israel, y donde este mecanismo es mantenido, él ha sido racionalizado, como veremos más adelante.

La factibilidad de disolución del Parlamento en régimen parlamentario monista, ya no es de carácter real o presidencial, sino que es una facultad gubernamental. El acto de disolución, aún cuando sea firmado por el jefe de Estado, depende de la sola decisión del gobierno.

En los países con gobiernos estables, la disolución ya no es un arma utilizada por el gobierno contra el Parlamento, sino que constituye un mecanismo que permite al gobierno elegir él mismo, por medio de la disolución, el momento más adecuado para ser reconducido en la dirección del Estado; la disolución es así más bien una prima o beneficio al partido o a la coalición gubernamental que se encuentra en el poder. En este sentido se aplica la disolución en los países anglosajones, como el Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda.

A su vez, en los países con gobiernos inestables, las crisis ministeriales forman parte del funcionamiento normal de las instituciones, no pudiendo ser imputadas a una falta de los parlamentarios.

Podemos concluir, así, que el mecanismo de disolución parlamentaria en la actualidad tiene por objeto, tal como lo señala Burdeau, permitir la solución de los desacuerdos entre los partidos⁶⁵.

El desarrollo de la institución gubernamental. El hecho de la concentración del poder en la Asamblea parlamentaria que ocurre con el desplazamiento del parlamentarismo dualista y el advenimiento del parlamentarismo monista, quebrando el equilibrio de poderes que estaba establecido bajo el parlamentarismo clásico, también sufre una evo-

64. LALUMIERE, P. y DEMICHEL, A., *Les régimes parlementaires européens*. Ed. PUF. París, Francia 1966, p. 55

65. BURDEAU, Georges, *Traité de science politique, op. cit.*, Tomo IX, pp. 398-400.

lución en el sentido de la concentración del poder, ya no en el Parlamento, sino en el gobierno.

Esto hace que en nuestra época la unidad del poder, generalmente, ya no se da en provecho del Parlamento, sino en provecho del gobierno, pudiendo darse por algunos autores la noción del Parlamento como el legislativo del gabinete⁶⁶.

En Reino Unido, Ramsay Muir en su obra *How Britain is Governed* (Londres, 1930), había constatado en el primer tercio de nuestro siglo esta evolución de traspaso de poder en beneficio del Gabinete al señalar: “La verdad es que el Gabinete controla absolutamente al Parlamento”. En el mismo sentido la evolución fue resumida en la Cámara de los Comunes por Sir Donald Maclean: “El poder ha pasado del Rey a los Comunes, de los Comunes al Gabinete, y del Gabinete al Primer Ministro”.

Es posible constatar así un fortalecimiento del gobierno en detrimento del parlamento y un fortalecimiento del jefe del gobierno en detrimento del órgano colegiado gubernamental⁶⁷.

Esta evolución está marcada, entre otros factores, por el advenimiento de los partidos de masas y el mecanismo de la disciplina partidaria, como del sistema de partidos que se va estructurando en los respectivos países.

En efecto, el lazo de unión que liga al parlamentario con su partido político se ha transformado, de flexible en el siglo XIX, en rígido en el siglo XX, por efecto de la disciplina partidaria.

En régimen bipartidista, como en el caso de Gran Bretaña, el jefe de gobierno -Primer Ministro- es el jefe del partido victorioso en las elecciones que llega al poder y se transforma por su condición de líder del partido en jefe de la mayoría parlamentaria.

El Gabinete y la mayoría parlamentaria no se oponen como dos órganos distintos, ellos están unidos por una solidaridad estrecha.

Asegurado de su mayoría parlamentaria, el gobierno puede olvidar la libertad de juzgamiento de la Cámara. El Gabinete ya no está subordinado a la Asamblea parlamentaria, es él quien la dirige. El gobierno asume el rol de impulsión y de iniciativa.

Incluso, en los casos que el gobierno no cuenta con una mayoría sólida, posee todavía el arma de la disolución del Parlamento, que puede hacer meditar a los parlamentarios frente a la amenaza de los cuantiosos gastos que significa una nueva campaña electoral y los riesgos de no ser reelegidos. Este impacto disminuye cuando existen métodos de representación proporcional.

Todo ello permite concordar con Georges Burdeau, quien sostiene que en el régimen parlamentario de hoy el Ejecutivo y el Legislativo cesan de ser centros de autoridad: su situación es en función de las relaciones que los ligan a los partidos y, por consecuencia, sus relaciones recíprocas son liberadas por la estructura y el número de las fuerzas partidarias⁶⁸.

En el mismo sentido, A. Mathiot afirma que en el régimen parlamentario la fisonomía general del régimen no depende de ninguna manera de la anacrónica separación de poderes, sino más bien preferentemente del sistema de partidos políticos y del grado al

66. COLLIARD, Jean-Claude, *Les régimes parlementaires contemporains. op. cit.*, p. 275

67. ZILEMENOS, Constantin, *Naissance et evolution de la fonction de Premier Ministre dans le régime parlementaire*; Ed. LGDJ, París, Francia 1976.

68. BURDEAU, Georges, *Traité de science politique, op. cit.*, Tomo VI, 2, p. 440.

cual el sistema de partidos políticos permite llevar la colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Es en esta perspectiva que se sostiene, centrando el análisis en el aspecto político del funcionamiento de las instituciones, que el gobierno británico es antes que nada un régimen de partido, en cuanto el pueblo pone a un partido en el poder político en su conjunto: le otorga mayoría parlamentaria y gobierno. Otros autores denominan a este fenómeno gobierno de opinión ya que “por la orientación de las elecciones, el país está llamado a determinar él mismo las grandes direcciones de la política nacional”, toda vez que al votar por determinado candidato de un partido, está votando por un programa y por quién encabezará dicho gobierno, que es el líder del partido por el que el ciudadano vota, y que estará compuesto del *estado mayor* del partido que tiene la mayoría en el seno de la Cámara, como ocurre en el Reino Unido.

Es así el bipartidismo el que permite este gobierno de opinión, régimen de partido o gobierno de gabinete, de acuerdo con la denominación que le dan los diferentes autores, como asimismo, el liderazgo del Primer Ministro y del Gabinete está determinado por la situación de dichos miembros en el seno del partido.

El parlamentarismo *racionalizado* se fue estableciendo en Europa continental en el período de entre guerras o después de terminada la Segunda Guerra Mundial. Esta forma de parlamentarismo ha establecido reglas jurídicas precisas a fin de evitar la inestabilidad gubernamental y la ineficacia del funcionamiento de las instituciones parlamentarias; dicho en términos positivos, en vista a asegurar el funcionamiento eficaz y correcto del régimen parlamentario, intentando acercarlo al modelo del Reino Unido.

6. Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia

A. El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva

En este régimen existe un amplio equilibrio de competencias entre el jefe de Estado y el gobierno, dándose como ejemplo el caso de Italia hasta la década de los ochenta.

B. El tipo de gobierno parlamentario de gabinete

En este tipo de parlamentarismo hay un desplazamiento unilateral de competencias en favor del jefe de gobierno; es el caso de la R.F.A., Reino Unido, Suecia, Noruega, España. El gobierno se transforma en el centro de impulsión de la vida política.

C. El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo

En este tipo de parlamentarismo se produce un desplazamiento unilateral de competencias hacia el jefe de Estado, lo que se da en regímenes dualistas republicanos como Grecia, Austria, Islandia e Irlanda. En todos esos casos, salvo el primero, el jefe de Estado, que es un Presidente de la República, es elegido por sufragio universal.

Los autores que estiman que dichos regímenes son aún parlamentarios consideran que constituyen un nuevo tipo de parlamentarismo dualista u orleanista, que pone al Presidente de la República en estado de ejercer una acción efectiva sobre los miembros del gobierno, exigiendo que éstos tengan la confianza del Presidente al mismo título que la del Parlamento. En estos regímenes, en ciertos ámbitos de acción se ha suprimido el refrendo ministerial, lo que confiere al Presidente de la República el poderse gobernar solo, en ciertos dominios más o menos extendidos, lo cual desnaturaliza el carácter parlamentario del régimen.

Esta situación es reconocida por Jean-Claude Colliard, pero sostiene que si bien el hecho de ser elegido por sufragio universal le confiere un peso propio al jefe de Estado que le permite el ejercicio de un poder efectivo, es necesario además señalar -lo cual compartimos con dicho autor- que este poder no podrá ser realmente ejercido si el sistema de partidos introduce una rigidez tal que el poder es de nuevo confiscado por el Primer Ministro y su mayoría parlamentaria⁶⁹, como es el caso de Grecia, Austria, Irlanda e Islandia.

VII. LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES

Una vez establecidos los rasgos característicos esenciales y la concepción de régimen presidencial y parlamentario, es necesario reflexionar sobre el hecho de la existencia o no de otro tipo de forma de gobierno, fuera de las formas o tipos clásicas ya señalados.

La constitución de un nuevo tipo de gobierno implica el nacimiento o formulación de una categoría jurídica y política particular, este debe diferenciarse claramente de los tipos clásicos establecidos y, por tanto, que no sean sólo variantes menores de uno de ellos.

Para hacer este análisis, retomaremos la definición creada por Duverger de *régimen semipresidencial*. Tal régimen constituiría una forma de gobierno original, ni presidencial ni parlamentario, y que reuniría elementos de ambos.

Duverger reconoce que, a simple vista, “el régimen semipresidencial reúne más de régimen parlamentario que de régimen presidencial. Se pueden encontrar los elementos fundamentales del parlamentarismo. El Ejecutivo está dividido entre un jefe de Estado y un Gabinete que tiene a su cabeza un jefe de gobierno. El Gabinete es responsable políticamente frente al Parlamento, es decir, éste puede obligar al jefe de gobierno a dimitir por un voto de censura, conjuntamente con todos sus ministros. El Ejecutivo tiene el derecho de disolver el Parlamento, lo que le da una influencia sobre él”. Así, se puede apreciar que existen muchos aspectos compartidos por el parlamentarismo y el tipo de gobierno semipresidencial diseñado por Duverger; frente a ello, debemos discernir cuáles son los aspectos originales que permiten constituir al régimen semipresidencial en un tipo de gobierno distinto del régimen parlamentario.

La originalidad del régimen semipresidencial, concierne a la elección del jefe de Estado, “se trata de un Presidente elegido por sufragio universal” señalará Duverger.

Sin embargo, esta diferencia es sólo uno de los aspectos jurídicos constitucionales que caracterizarían el tipo de gobierno en análisis. Duverger, en una más reciente caracteri-

69. COLLIARD, Jean Claude, *La designation du Premier Ministre en régime parlementaire. op. cit.*, p. 113.

zación del nuevo tipo de gobierno constitucional, sostiene que éste es efectivamente semipresidencial sólo si *combina tres elementos*, ellos son los siguientes:

- a) El Presidente de la República es elegido por sufragio universal;
- b) El Presidente tiene considerables poderes;
- c) Se oponen a él, sin embargo, un Primer Ministro y ministros, quienes ejercen funciones ejecutivas y gubernamentales y pueden estar en actividad sólo si el Parlamento no muestra oposición a ellos⁷⁰.

Estas tres características jurídicas son las que permiten otorgar su originalidad al tipo semipresidencial considerando sólo su normatividad constitucional, independientemente de la práctica política que ellas generan o hayan generado.

Una vez obtenidas esta noción y características del régimen semipresidencial, ellas las adoptaremos con el objeto de hacer el análisis de las normas constitucionales que regulan la forma de gobierno en los países, cuya Carta Fundamental puede encuadrarse, por sus características, en este tipo de forma de gobierno.

1. El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa

Tanto en Europa como en Africa -en algunas ex colonias francesas- se han desarrollado ordenamientos jurídico-políticos con las características esenciales correspondientes al régimen semipresidencial.

Aquí señalaremos como ejemplos de tipos de gobierno semipresidenciales, los casos de Finlandia y Francia, para remitirnos sólo a Europa Occidental, en el cual dichos regímenes se han desarrollado en forma estable y con algunas décadas de vigencia, lo que permite emitir también algunos juicios fundados sobre su práctica política⁷¹, más recientemente, se han concretado tipos de gobierno semipresidencial en algunos países de Europa Central y Oriental, entre ellos, Polonia, Moldavia, Rumania.

A. El estatuto del Presidente de la República

Los elementos esenciales que caracterizan el estatuto del Presidente de la República en los tipos de gobierno semipresidencial son su investidura popular y el rol y competencias que le otorga la Constitución.

(a) *La elección del Presidente de la República y la duración del mandato*

Los Presidentes de la República en régimen semipresidencial se caracterizan por su investidura popular. Ello les permite ejercer los poderes que les otorga la Constitución

70. DUVERGER, Maurice, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Ed. PUF, Tomo I, Paris, Francia 1978. Del mismo autor, *Echec Au Roi*. Ed. Albin-Michel, Paris, Francia 1978.

71. Para un análisis más completo de los regímenes semipresidenciales ver NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El régimen semipresidencial ¿una nueva forma de gobierno democráticos*, op. cit. En francés, consultar la obra de DUVERGER, Maurice, *Echec au Roi*, op. cit., y en inglés, consultar el trabajo del mismo autor, "A new political system: semipresidential government", en *European journal of political Research*, vol. 8, NL 8, 1980.

con autoridad y legitimidad democrática, lo que les diferencia de los Presidentes de la República de los regímenes parlamentarios republicanos. Al ser el elegido del pueblo convierte al Presidente de la República en el igual del Parlamento, ejerciendo ambos sus poderes en nombre del pueblo que los ha elegido.

La forma de elección del Presidente de la República no es idéntica en los diferentes regímenes semipresidenciales; así puede verse en los casos de Francia y Finlandia .

En Finlandia, el Presidente de la República es elegido por un colegio de grandes electores, según un procedimiento que se asemeja al sistema norteamericano. En efecto, los partidos designan sus candidatos, los cuales desarrollan su campaña electoral. El cuerpo electoral elige a los *grandes electores*, quienes son levantados por los partidos para sostener sus candidatos. Sin embargo, estos *grandes electores* no se comprometen formalmente a sostener, al momento de su voto por los candidatos presidenciales, al candidato bajo cuyo nombre ellos fueron elegidos, después de la primera vuelta electoral. Ello se produce debido al multipartidismo que caracteriza a Finlandia. Luego de producida la primera vuelta de votación sin que ningún candidato presidencial sea elegido por mayoría absoluta, los electores que han votado por los candidatos presidenciales que han obtenido menor cantidad de votos, aportan sus votos a las figuras de los candidatos que tienen posibilidades de ser elegidos en una segunda vuelta electoral; si en ella tampoco se produce la mayoría absoluta, se realiza una tercera vuelta electoral, sólo entre los dos, candidatos que en el escrutinio de la segunda vuelta hayan obtenido el más alto número de votos. En el caso que los dos candidatos lleguen a tener el mismo número de votos en el tercer escrutinio, el desempate se realiza por un tirado a la suerte entre ellos.

En Francia, el Presidente de la República es elegido por sufragio universal, secreto y directo, por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos, no considerándose como tales los votos en blanco. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se realiza una segunda votación, en la que concurren sólo los dos candidatos más votados que no hayan retirado su candidatura.

El mandato presidencial tiene una duración de cinco años en Francia ⁷² y de seis años en Finlandia. Las dos constituciones no establecen ningún límite para la reelección.

En el caso de impedimento temporal, la V República francesa entrega la dirección del Estado al presidente del Senado; en el caso de Finlandia, el artículo 25 de la Constitución establece que el jefe de Estado es reemplazado por el presidente del Consejo de Ministros.

En los casos de impedimento absoluto, las dos constituciones establecen la elección de un nuevo Presidente de la República.

(b) Las competencias del Presidente de la República

En el régimen parlamentario, el jefe de Estado tiene sólo un rol de moderador y de mediador. Marcel Prelot nos expresa que el jefe de Estado en su rol “no puede sobrepasar ciertos límites bastante sutiles a discernir”, pero indicados claramente por W. Bagehot bajo estos tres puntos: derecho de saber, derecho de estimular y derecho de advertir. El derecho de saber es el de estar al corriente de la Marcha de los asuntos; el derecho de estimular es el de sostener los ministros en la línea política elegida; el derecho de adver-

72. En referendium de reforma constitucional de septiembre de 2000, redujo de siete a cinco años el mandato presidencial en Francia.

tir es, a la inversa, el de indicar al jefe de gobierno que él se equivoca y conduce al país en una dirección desgracia⁷³.

En principio, el Presidente de la República en régimen semipresidencial, se diferencia del jefe de Estado parlamentario en la medida que el primero posee constitucionalmente poderes de regulación, de presión e incluso de sustitución del gobierno, esto último en casos particulares por tiempo determinado.

El rol de Moderador del Presidente de la República ha sido tomado de la teoría de B. Constant llamada del poder moderador, donde el Presidente de la República es considerado como el supremo moderador, sin embargo, como lo recuerda P. Bastid, en esta teoría el jefe de Estado es “un personaje esencialmente neutro que interviene para hacer cesar los desacuerdos entre los otros poderes, pero nunca para substituirse a ellos”.

Según algunos autores, “la presidencia se presenta en la Constitución como una primera magistratura, una magistratura que no pertenece a ningún poder, pero participa en cada uno de ellos a títulos diversos. En tanto que tal, ella también los depasa y se superpone a la vez para garantizar la existencia y coordinar la acción”, agregando que la situación no sería, en sí, incompatible con la concepción de un motor neutro regulador⁷⁴.

Así, el jefe de Estado sería un árbitro, tomando la expresión en el sentido del ejercicio de una función por una autoridad exterior a las autoridades susceptible de entrar en conflicto, como un poder neutro habilitado para deshacer estos conflictos.

Sin embargo, esta perspectiva no está claramente consignada en las Constituciones, lo que hace que el equilibrio a establecer entre la función de árbitro y la participación activa del jefe de Estado en el Poder Ejecutivo, sea muy difícil de señalar, por cuanto también puede entenderse la función de arbitraje en una segunda perspectiva, como un verdadero poder de decisión autónomo, “la autoridad que, en caso de una situación particularmente grave, toma sola la responsabilidad de definir la política que debe ser seguida”⁷⁵.

De esta manera, sólo será posible precisar la noción de arbitraje del Presidente de la República en las Constituciones de carácter semipresidencial, en el análisis de los poderes y atribuciones que les otorga su estatuto constitucional, sobre todo en los casos de la V República francesa y de Finlandia.

Sin perjuicio de establecer el carácter de la función de arbitraje del Presidente de la República, éste ejerce también las funciones tradicionales de salvaguarda y de representación.

Para delimitar el ámbito de los poderes atribuidos por las Constituciones a los Presidentes en los países en consideración, es necesario determinar las características de dichos poderes, precisando el mayor ámbito de los mismos respecto de los Jefes de Estado de los tipos de gobierno parlamentarios y de los tipos de gobierno presidencial y presidencialistas.

(c) *Las Competencias del Presidente de la República en Francia*

73. BASTÍAS, Paúl Benjamín, *Constant et sa doctrine*. Tomo 2, París, Francia p. 1099.

74. PRELOT, y BOULOUIS, J. *op. cit.*, p. 608.

75. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique, op. cit.*, Tomo IX, p. 68.

El Presidente de la República francés tiene atribuciones que le corresponden a título de poderes propios y las atribuciones que requieren refrendo ministerial⁷⁶. En el primer caso, tales poderes puede ejercerlos en forma autónoma; en el segundo caso, solo dispone del poder de bloquear o impedir la decisión del gobierno.

Las atribuciones autónomas del Presidente de la República evocan la función reguladora que, según precisa Jean Petot⁷⁷, debe ser ejercida dentro del espíritu del artículo 5º de la Constitución, el cual determina que “El Presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. El asegura, por su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos como la continuidad del Estado.

El garantiza la independencia nacional, la integridad del territorio, el respeto de los acuerdos de comunidad y los tratados”.

A su vez, el artículo 64 de la Constitución precisa que el Presidente de la República “es el garante de la independencia de la autoridad judicial”.

Las atribuciones autónomas del Presidente de Francia son:

1. La designación del Primer Ministro. Esta atribución la ejerce en plenitud el Presidente cuando la mayoría parlamentaria corresponde a la misma orientación del Presidente de la República y le reconoce a este último el liderazgo de ella. Dicha atribución se reduce cuando la mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional es de orientación política opositora al Presidente, en cuyo caso, el Jefe de Estado debe designar un Primer Ministro aceptable para la mayoría parlamentaria, de lo contrario, podría destituirlo por un voto de censura. Esta atribución está precisada en el artículo 8 inciso 1 de la Constitución.

2. El Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, según establece el artículo 12 de la Constitución. Esta es una facultad autónoma del Presidente, aún cuando formalmente debe consultar la opinión del Primer Ministro y los presidentes de la Asamblea Nacional y el Senado. La Constitución establece algunas restricciones al ejercicio de esta atribución presidencial, señalando que no puede ejercerla dentro del año que sigue al de las elecciones producidas por una anterior disolución de la Asamblea Nacional. El Presidente no puede ejercer esta atribución en el caso de una Estado de Excepción constitucional, vale decir, cuando está investido de los poderes de crisis establecidos en el artículo 16 de la Constitución.

3. El Presidente dispone de la atribución de solicitar un nuevo debate sobre un proyecto de ley previamente aprobado por el parlamento, el que debe concretarse en forma obligatoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 inciso 2º de la Constitución, lo que constituye una especie de veto suspensivo. Esta prerrogativa presidencial debe ser ejercida dentro del plazo de quince días que siguen a la transmisión del proyecto respectivo por el parlamento al gobierno para su promulgación. Esta atribución tiene mayor fuerza cuando el Presidente la ejerce en los últimos días de una legislatura ya que puede significar la muerte del proyecto de ley vetado.

4. El Presidente de la República, de acuerdo al artículo 18 de la Constitución, ejerce el derecho de mensaje, pudiendo dirigir mensajes a la opinión pública dando a conocer su posición frente a cualquier materia que considere relevante en el ámbito político o legislativo.

76. DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et droit constitutionnel*, 2 volúmenes. Ed. P.U.F. Francia 1978.

77. PETOT, Jean, “La notion du regime mixte”, En *Homenage a Ch. Eisenmann*. Ed. Cujas, París, Francia, p. 119.

5. El Presidente designa a tres miembros del Consejo Constitucional Francés y designa a su Presidente, de entre los miembros del mismo, todo ello de acuerdo al artículo 56 de la Constitución.

6. El Presidente de la República puede requerir el pronunciamiento del Consejo Constitucional sobre un proyecto de ley o un tratado internacional, de acuerdo con los artículos 54 y 61 de la Constitución.

Además, el Presidente de la República tiene el poder de comprometer la fuerza nuclear y preside el conjunto de Consejos de Defensa, aún cuando el artículo 21 de la Constitución le otorga la responsabilidad de la defensa nacional al Primer Ministro.

El Presidente tiene un conjunto de atribuciones que si bien no requieren refrendo ministerial, ellas necesitan de la concurrencia de otro organismo que formule la proposición al Jefe de Estado, el que carece de iniciativa en la materia. En efecto, ello ocurre con la convocación a referendun de decisión presidencial a proposición del gobierno o de una proposición conjunta de ambas ramas del Parlamento, todo ello de acuerdo al artículo 11° de la Constitución.

El Presidente puede asumir los poderes de crisis del artículo 16, que le otorgan potestades excepcionales, después de haber consultado con el Primer Ministro y los presidentes de ambas ramas del parlamento. De acuerdo con estos poderes, el Presidente de la República puede ejercer competencias de gobierno propias del Primer Ministro y del gobierno en tiempos de normalidad.

Finalmente, estan las atribuciones que ejerce el Presidente de la República con refrendo ministerial, que como ya hemos señalado le permiten bloquear la toma de decisiones del gobierno en dichas materias, si las decisiones las considera inconvenientes. En este ámbito se encuentran:

1. El nombramiento de los Ministros de Estado. El Presidente, generalmente, se reserva con más atención, las nombramientos de los ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa, donde tiene un mayor ámbito de atribuciones, lo que ha sido normalmente consentido por el gobierno.

2. Firma las ordenanzas y decretos emitidos en Consejo de Ministros (art.13 de la Constitución);

3. El nombramientos de funcionarios civiles y militares, de acuerdo al artículo 13 inciso 2° de la Constitución

4. Acredita los embajadores, de acuerdo al artículo 14 de la Constitución.

Con el conjunto de estos poderes el Presidente de la República de Francia, si cuenta con el respaldo de una mayoría parlamentaria que le reconoce liderazgo, transforma al Primer Ministro en si jefe de Estado Mayor, ya que el Presidente determina las líneas estratégicas de la acción gubernamental dejando al Primer Ministro y su gabinete los aspectos contingentes y las peripecias coyunturales de la tarea de gobierno.

Por el contrario, si la mayoría parlamentaria es de oposición al Presidente de la República, el Jefe de Estado estará obligado a cohabitar en la dirección política del Estado con un Primer Ministro y un gabinete con orientación programática política propia, quedando sólo con un poder regulador y arbitro del juego político⁷⁸.

78. PARODI, Jean Luc, "Les carrefours de la cohabitation" en *Revue Politique et parlementaire* n° 919, París, Francia 1985, p. 19 y ss.

2. Las atribuciones del Presidente de Finlandia

La Constitución finlandesa otorga al Presidente de la República atribuciones de co-gobierno con el Jefe de Gobierno, en la medida que las atribuciones se encuentren compartidas⁷⁹, ya que el Presidente de la República debe adoptar las decisiones en Consejo de Ministros, siendo este último el que prepara las decisiones en sesión preliminar.

Existen algunos ámbitos de competencias autónoma del Presidente de la República⁸⁰, así éste nombra al gabinete de acuerdo al artículo 36 de la Ley de Forma de Gobierno (F.G.) y tiene la potestad de disolver la Asamblea, de acuerdo al artículo 20 de la Ley Orgánica del Parlamento (L.O.P.), recurriendo así al arbitraje del pueblo cuando existen diferencias sustanciales con la mayoría parlamentaria o el gobierno que goza de su confianza.

El Presidente de Finlandia en materia legislativa dispone de iniciativa legislativa (art. 2 F.G.) y de veto suspensivo (art. 84 L.O.P.), el cual puede tener un carácter tácito si una ley presentada al Jefe de Estado para su sanción, ella no es concretada dentro del plazo de tres meses. Para superar un veto presidencial es necesario esperar el próximo parlamento electo, el que debe aprobar el proyecto vetado, por la mayoría absoluta de los votos emitidos, de lo contrario el proyecto de ley muere. Este veto como sostiene Fusilier, tiene la “mayor parte del tiempo, pero no siempre, el mismo resultado que si se tratara de un derecho de veto absoluto: la entrada en vigor de la ley es contrariada”⁸¹.

En el ámbito de las competencias administrativas el Presidente de Finlandia dispone de una potestad reglamentaria autónoma, pudiendo regular diversas materias por decreto, como asimismo, por la misma vía, poner en aplicación leyes en diversos ámbitos (art. 28 F.G.) los que deben ser firmados por el ministro del área respectiva. El Presidente designa los agentes del cuerpo diplomático, el canciller de justicia y su adjunto, los presidentes de la Corte Suprema y de Apelaciones, el Canciller de la Universidad, los profesores universitarios y los Jefes de Administración Central, entre otros. Le corresponde al Presidente de la República la competencia de supervigilar la administración del Estado (art. 32 F.G.)

El ámbito más importante en que juega su potestad el Presidente de Finlandia es en el dominio de la política exterior (art.33 F.G), dirigiendo las relaciones con las potencias extranjeras.

El Presidente Finladés constituye el motor de un ejecutivo fuerte que goza de amplias atribuciones gubernamentales, mayores en el ámbito normativo que el Presidente de Francia.

3. Consideraciones finales

El tipo de gobierno semipresidencial en las últimas décadas ha tenido un efecto irradiador y con diversos matices ha sido asumido por países de Europa Central y Oriental, entre ellos puede citarse los casos de Polonia, Croacia, Rumania y Moldavia.

79. THIBAUT, Francaise, *La Finlandia*, Ed. L.G.D.H.. París, Francia 1979.

80. KASTARI, Paavo, “La chef de l’Etat dans les institutions finlandaises”, *Revue de Droit Public* n° 5, Tomo 83, París, Francia p. 56 y ss.

81. FUSILIER, Raymond, *Les pays nordiques* Ed. L.G.D.J. París, Francia 1965, p. 288.

VIII. EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO

Este tipo de gobierno se estructura en Israel con su ley Fundamental de Gobierno que ha entró en vigencia en 1996, donde se combinan las potencialidades de un liderazgo de un Jefe de Gobierno que es un Primer Ministro elegido por sufragio universal a través de un sistema electoral mayoritario a dos vueltas (*ballotage*), que se elige simultáneamente con los parlamentarios que integran el Knesset, Parlamento unicameral debiendo encabezar la lista parlamentaria de su partido, todo ello sin perjuicio del mantenimiento de un ejecutivo dual, por la existencia de un Jefe de Estado que es Presidente de la República⁸².

Este sistema de interrelación entre el Jefe de Gobierno y el Parlamento busca la conformación de un gobierno apoyado siempre por una mayoría parlamentaria. Pero puede darse el caso de un gobierno tolerado por el Knesset pero sin tener el apoyo necesario para desarrollar su programa de gobierno, el cual no disuelve el parlamento ya que implica su propia caída, en cuyo caso estamos ante un sistema bloqueado que dura cuatro años en dicha situación por la rigidez del mandato, lo que podría producir una crisis, al igual que en el sistema presidencial de separación rígida de Ejecutivo y parlamento con periodos fijos de sus cargos, especialmente si es un gobierno incompetente y sin apoyo ciudadano por deslegitimación.

IX. EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO

El tipo de gobierno directorial suizo, muchas veces mal denominado como gobierno de asamblea es único y original, el cual fue imitado por Uruguay en América Latina a mediados del siglo XX, sin éxito (1951-1967).

Aquí presentaremos sus rasgos básicos⁸³.

La Constitución de la Confederación de 1848 y la de 1874 distinguen las siguientes autoridades: La Asamblea Federal (art.71 a 94), el Consejo Federal (Art. 95 a 104) y el Tribunal Federal (art. 106 a 144 bis). Ella ha sido recientemente modificada en el año 2000.

Las relaciones entre los órganos mencionados se estructuran de manera que “la Asamblea Federal parece dominar el Consejo Federal y el Tribunal Federal”⁸⁴.

82. Sobre este tipo de gobierno ver: VIRZOLA F. Eduardo, “La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y parlamentaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 89, Madrid España, julio-septiembre de 1995, pp. 119-165; SPRINZAK, Ehud y DIAMOND, Larry (comp.) *Israeli Democracy Under Stress*; Lyvinia Riemer, Boulder, Colorado EE.UU. 1993; OTHOLENGHI, Emanuele, “L’elezione diretta del Primer Ministro: il caso d’Israel”, en *Cuaderni Costituzionali* n°1, Italia 1994, pp. 95-108.

83. PAPADOULOPUS, Jasmin, *Les processus de décision fédéraux en Suisse*, Editorial L’Harmattan, París, Francia 1997; GERMANN, R.E. y WEIBEL, E., *Manuel du système politique de la Suisse*. Ed. Haupt, Berna, Suiza 1986.

84. KREISE, Hanspeter, *Le système politique suisse*, 2da. edición. Editorial Económica. París, Francia 1998, p. 183.

1. El parlamento suizo

El artículo 71 de la Constitución determina que la Asamblea Federal constituye la autoridad suprema de la confederación.

La Asamblea Federal se compone de dos Consejos con iguales poderes: el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados.

El Consejo Nacional se compone de doscientos diputados. Los cargos de diputados se reparten entre los cantones proporcionalmente a su población residente, cada cantón o medio cantón dispone de al menos un diputado. Cada cantón o medio cantón compone una circunscripción donde los diputados son elegidos mediante un sistema o método de escrutinio proporcional.

El Consejo de los Estados está compuesto de cuarenta y seis diputados provenientes de los cantones. Cada cantón nombra dos diputados; en los cantones divididos, cada medio cantón elige un diputado.

El bicameralismo es igualitario como en Estados Unidos y otros países, teniendo las dos Cámaras las mismas potestades en el proceso legislativo.

La Asamblea Federal elige los consejeros federales, el Canciller de la Confederación, los jueces federales, los jueces del Tribunal Federal de seguros, y el general del ejército en caso de guerra.

Esta función electiva del Parlamento se encuentra restringida por las limitaciones vinculadas al sistema de gobierno por prácticas impuestas por criterios de selección formales y rígidos⁸⁵.

En materia legislativa, los miembros de ambas Cámaras (Consejos) tienen iniciativa de ley al tenor del artículo 93 de la Constitución, que se concreta mediante mociones, postulados e iniciativas parlamentarias.

En el sistema suizo existe también iniciativa popular de ley e iniciativa de ley de los cantones, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución.

Una investigación de Poitry indicaba que, en la década de los setenta, la Asamblea federal tenía el 46% de la iniciativa de ley, un 26% era del gobierno federal, un 15% era de iniciativa popular de ley y un 13% se producía como resultado de convenciones internacionales o tratados bilaterales⁸⁶. En todo caso, las mociones parlamentarias a fines de la década de los ochenta e inicio de los noventa tenía éxito sólo en un 8% de los casos.

El parlamento cumple también una función de control, al ejercer la alta supervigilancia de la administración y la justicia federales, de acuerdo con el artículo 85.11 de la Constitución. Este control se concreta a través de las comisiones de gestión y de finanzas; la posible constitución de comisiones investigadoras; y del cumplimiento por parte del gobierno de su programa denominado líneas directrices de la política del Consejo Federal (*lignes directrices de la politique du Conseil Fédéral*). Los observadores del proceso político suizo coinciden en que el poder de control del parlamento suizo es débil y difícil por la participación en el gobierno de todos los partidos más grandes y por

85. V., GERMANN, R., "Administration publique en Suisse". Volumen 1, *L'Appareil étatique et le gouvernement*. Ed. Haupt, Berna, Suiza 1996, p. 228.

86. POITRY, Alain-Valéry, *La fonction d'ordre de l'Etat. Analyse des mécanismes et des déterminants sélectifs dans le processus législatif suisse*. Ed. Lang, Berna, Suiza 1989.

la participación de un gran número de organizaciones sociales y económicas en la etapa de preparación del proyecto de ley antes de su debate parlamentario.

2. Las relaciones parlamento - gobierno

En Suiza al igual que en el resto de los países democráticos occidentales la complejidad creciente de los problemas tiende a fortalecer la posición y poder del gobierno en relación al parlamento.

Por otra parte, si bien el parlamento nombra al gobierno (Consejo Federal) este último no puede ser destituido por una moción de censura parlamentaria, como asimismo, el gobierno tampoco puede disolver el parlamento, todo lo cual ha ido produciendo un debilitamiento paulatino y creciente de la posición del parlamento (Asamblea Federal). Contribuye a este debilitamiento que los parlamentarios ejercen dicha función como una actividad secundaria, ya que deben desarrollar sus actividades laborales normales, aún cuando ellos tienden en el tiempo a profesionalizarse cada vez más. Por último, forma parte de esta realidad la debilidad de la institucionalidad de apoyo y escasa cantidad de funcionarios del Parlamento, los cuales son sólo alrededor de 50, a diferencia de Bélgica y Austria que tiene 700, el de Alemania con 1.700 funcionarios y el de Estados Unidos con 20.000 funcionarios⁸⁷.

3. El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación

El sistema de gobierno federal suizo es de tipo directorial⁸⁸, distinto de los tipos de gobierno presidencial, semipresidencial y parlamentario.

La Constitución Suiza señala en su artículo 95 que la autoridad directorial y ejecutiva superior de la Confederación es ejercida por un Consejo Federal compuesto de siete miembros.

Dicho Consejo Federal es un ejecutivo colegiado, donde sus siete consejeros federales tiene el mismo rango y poder formal, no existe una jerarquización al interior del gobierno como en los tipos de gobierno parlamentario con un Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros. Los miembros del Consejo federal participan de las decisiones adoptadas por el gobierno colegiado y, a su vez, dirigen un ministerio (Departamento).

Dicho gobierno colegiado, a diferencia de los tipos de gobierno parlamentario, semipresidencial y algunos presidencialismos parlamentarizados, no es responsable políticamente ante el Parlamento o Asamblea Federal (Consejo Nacional y Consejo de los Estados).

El Consejo Federal ejerce colegiadamente las funciones de Jefe de Estado, gabinete, Primer Ministro y Consejo de Estado, ya que también es la última instancia para juzgar los recursos administrativos, como señala Fleiner Gerster⁸⁹.

87. V., KRIESI, Phillipe, *op. cit.*, p. 211 (Traducción nuestra).

88. LAUVEAUX, Philipe, *Les grandes démocraties contemporaines*. Ed. PUF París, Francia 1990; FLEINER-GENSTER, Thomas, "Le Conseil Fédéral: Directoire de la Confederación", *Revista Pouvoirs*, n° 143, París, Francia 1987, pp. 49-64.

89. FLEINER GERSTER, Thomas, "El Consejo Federal: Directorio de la Confederación", *Revista Pouvoirs*, n° 43, París, Francia 1987, p. 52.

La importancia e independencia del Consejo Federal se acrecienta en relación al Parlamento, al no poder ser objeto de un voto de censura, siendo elegidos por la Asamblea federal por toda la legislatura, como los gobiernos de los regímenes presidenciales, durando cuatro años en sus funciones. La práctica muestra que desde 1948, vale decir, desde hace más de medio siglo, sólo dos Consejeros federales no han sido reelegidos por el Parlamento (Asamblea Federal). Los Consejeros federales se retiran por razón de edad, salud o razones personales. A su vez, solo cuatro consejeros federales han debido abandonar el cargo desde 1959 por presión de sus partidos al haber participado en escándalos financieros o situaciones de corrupción (el asunto de los aviones Mirage en 1964, el asunto del túnel de ferrocarril de la Furka en 1971, el asunto Kopp en 1989). Ello muestra una continuidad y estabilidad de la política gubernamental, ya que nunca se ha reemplazado el Consejo Federal en su conjunto, lo que contribuye a reforzar su posición central en el sistema político suizo.

Cada Consejero federal dirige autónomamente su Departamento o ministerio, sin ingerencia de los otros consejeros, las reuniones semanales del Consejo Federal constituyen reuniones donde se toma conocimiento de los proyectos y trabajo de cada departamento, sin que en la práctica se de un control interorgano entre los Consejeros en las tareas de cada área.

Los Consejeros federales en el término del periodo gubernamental de cuatro años se turnan por un lapso de un año en la Presidencia y Vicepresidencia de la Confederación que tiene un rol formal de presidencia de ceremonias, y presentación y acreditación de embajadores, entre otras materias.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Las instituciones de democracia directa limitan el poder tanto del parlamento como del gobierno suizo, jugando como un contrapeso de ambos. El gobierno suizo perdió el referendum de adhesión de Suiza a la EEE en 1992; la iniciativa sobre Los Alpes en 1994 y un conjunto de proyectos fiscales. A su vez, el parlamento puede y de hecho ejerce la potestad de rechazar iniciativas legislativas del gobierno. Aún cuando puede sostenerse que el límite más importante del Consejo Federal, es la gran cantidad de instituciones y administraciones que dependen de cada Departamento, la complejidad de los problemas que debe abordar en su Departamento cada Consejero Federal, la defensa de sus proyectos ante las comisiones y cámaras del parlamento (Consejo Nacional y Consejo de los Estados), la representación de su departamento en las relaciones con otros Estados y en los organismos internacionales, la negociación de acuerdos y tratados internacionales bi o multilaterales, entre otras materias.

En definitiva, en el regimen directorial suizo se produce un sistema de compromiso o concordancia como estrategia dominante en política, buscando alcanzar el máximo de consensos, sin los cuales el sistema institucional se bloquearía, por otra parte, el referendum es una poderosa arma que poseen los partidos opositores sobre la acción y las estrategias gubernamentales.

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?

Jorge Reinaldo Vanossi
Profesor de la Universidad Buenos Aires
Argentina

Voy a partir de un presupuesto lógico, que relativiza todos mis dichos, pero coloca el tema fuera de todo dogmatismo. Sostenía el gran Karl Popper: *No es posible persuadir con el razonamiento a quien no se ha formado una opinión a través del razonamiento.* Y es así, porque si no, no aparecerían tantos talibanes y fundamentalistas de toda laya.

Creo que los latinoamericanos en general y los argentinos corremos el riesgo de llenar bibliotecas. Recuerdo que en alguna muy importante del mundo pude observar que el mayor kilaje estaba dado por el problema del estudio del subdesarrollo en un determinado país.

Ese país, no obstante esta anécdota de hace veinticinco o treinta años, sigue siendo escasamente desarrollado y el que más bibliotecas llena. Tenemos que evitar que ocurra algo parecido respecto del tema electoral, porque no vamos a descubrir la pólvora.

Debates sobre el tema electoral, sobre la *reforma política*, si se quiere hablar en un sentido más amplio, los ha habido para todos los gustos y todos los paladares. De modo que dentro del gran relativismo que rodea esta temática, tal como lo vienen observando los autores de derecho comparado de todas las democracias, sólo se puede abordar sabiendo que no hay verdades absolutas, no hay grandes certezas; y menos, en la actualidad cuando los psicólogos, con mucha gracia y precisión, definen al nuestro como el tiempo de la *quiebra de las certidumbres*. No podemos pretender certidumbre en materia de régimen electoral o de partidos políticos; lo que sí podemos pretender es no reiterar o repetir errores que ya hemos experimentado. Con una palabra voy a remarcar el sentido que se debe tomar como faro orientador: *experiencia*; el valor de la experiencia en materia electoral. Ya Platón, el sabio, nos llamaba la atención. *Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros.* ¡Y así debe ser!

Nosotros añadimos: Es bueno que nos ocupemos de la materia electoral, porque no está de más reflexionar acerca de que el acto electoral es el único momento -desgraciadamente- en el cual en países como los nuestros *todos somos iguales*. En el momento en que se vota no hay diferencias; hasta un minuto antes de votar y a partir del minuto posterior resurgen las diferencias, porque lamentablemente hay grandes desigualdades que quiebran la libertad de acceso y disminuyen la igualdad de oportunidades como una nota esencial de las democracias sociales contemporáneas y del futuro. Entonces, ese instante de igualdad total en que vale lo mismo el voto de un multimillonario que el del cirujano que no tiene dónde dormir y qué comer, ese momento sagrado, hay que custodiarlo para que el axioma básico que es: *un hombre o una mujer igual a un voto*, se cumpla, se respete y esté efectivamente garantizado.

En este sentido, creo que la cuestión no pasa exclusivamente por el régimen electoral, sino además por el sistema de partidos políticos, del cual hasta hoy poco se ha hecho o

cambiado. No creo que sea el tema de esta introducción, pero tengo el deber de incluirlo como una parte fundamental. Es obvio que por más que alcancemos el máximo ideal en materia electoral y de controles electorales, si no perfeccionamos el sistema de las estructuras necesarias e imprescindibles de intermediación, que son los partidos políticos - máxime cuando las reformas constitucionales prácticamente les dan el monopolio de la intermediación-, si no mejoramos la herramienta, el producto va a seguir ofreciendo muchas críticas o lamentaciones.

Recuerdo que fue Churchill, no en su frase tan remanida respecto de la democracia, sino a propósito de los partidos, quien decía que el sitio donde menos se practica la democracia suele ser aquél que corresponde al espacio ocupado por las herramientas imprescindibles para ejercerla, es decir, los partidos políticos. Si partimos de la premisa de Schumpeter, según el cual *la democracia es un sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo*; pues entonces comprenderemos la trascendencia de la cuestión.

El problema está en los partidos políticos y no en el sistema electoral. Podemos tener el mejor sistema electoral, pero con ello no vamos a mejorar la calidad del Parlamento. Vamos a mejorar la calidad del Congreso o de la legislatura cuando mejoremos la calidad de los partidos políticos. El error en este punto radica en que en nuestros países se ha creído siempre en un criterio puramente cuantitativo de los partidos políticos, relativo a su conformación; mientras que si observamos el desenvolvimiento de la democracia en aquellos países donde la calidad de vida política ha crecido considerablemente con el transcurso de los años, veremos que el criterio ha sido más *cuantitativo* que cuantitativo.

Aquí nos llenamos la boca de orgullo diciendo que en el partido tal tenemos tres millones de afiliados, que en el partido cual tenemos otros tres millones, que fulano o zutano tienen medio millón o un millón y medio y sabemos que todo eso es *trucho*, es macaneo, es para los ingenuos, porque los padrones se hicieron hace muchos años, por ejemplo en la Argentina en 1982, después de la guerra de las Malvinas: los muertos siguen figurando, hay algunos vivos que se hacen demasiado los vivos y hay otros vivos que no pueden actuar ni participar porque hábilmente se los proscriben o no tienen posibilidad de intervenir bajo las reglas de juego vigentes.

Respecto de los grandes partidos políticos de las democracias, puedo decir que muchos de ellos no llegan a los cien mil afiliados y gobiernan potencias mundiales. Me gustaría que alguien -que tenga una gran experiencia en derecho comparado- dijera si en Francia existe algún partido político que haya excedido en su membresía formal esa cantidad. Lo mismo puede comprobarse con los partidos políticos de Italia, España, Alemania; etc. Distinto era el caso del Laborista inglés, pero en tiempos en que su afiliación era solamente indirecta, o sea, a través de los sindicatos. Por su parte, en USA, las estructuras partidarias están acotadas por el régimen de las llamadas elecciones primarias abiertas.

Entonces, tenemos que sincerar las cosas. En *primer lugar*, está claro que no existe un sistema electoral neutral. Esto ya ha sido dicho, de modo que no busquemos la pureza total. Todo sistema beneficia a algunos y perjudica a otros.

En *segundo lugar*, podemos decir que no hay sistema electoral infalible, porque se puede proponer un objetivo y también se ha dicho que luego se obtiene lo opuesto. Por ejemplo, la ley Sáenz Peña se sancionó -además de brindar representación a las minorías-

con el propósito de institucionalizar el bipartidismo. Nuestro país, desde hace muchos años, no es bipartidista o tiene un bipartidismo tan relativizado que se acerca más al pluripartidismo. Esto puede gustar o no, pero es un dato fotográfico de la realidad. Cuando la ley Sáenz Peña fue derogada en los años sesenta, ya se había perdido el bipartidismo absoluto o total.

Además, debemos destacar que lo electoral es coyuntural. Por eso digo que todo esto es relativo, porque si se trata de un tema donde está permitido cambiar de opiniones, rectificarse, reconocer errores, recapacitar e intentar nuevas formulaciones, dentro del derecho constitucional o derecho público, lo que importa es el derecho electoral. Se trata de la experiencia viva y depende del estado de evolución, desarrollo y humor de la sociedad en un momento determinado.

Asimismo, quiero insistir respecto de la extremada precaución que debemos tener para adoptar las cosas que nos predicen ciertos analistas y politólogos que por lo general están al servicio del *establishment* y no tienen en cuenta la necesidad de que el cuadro parlamentario sea el fiel reflejo de la voluntad popular.

Estoy totalmente en contra -y en esto somos muchos los que coincidimos- del voto uninominal por circunscripción, aunque la primera experiencia argentina, que fue muy breve, tuvo un rasgo positivo, porque posibilitó la llegada del gran maestro, doctor Alfredo Palacios, como primer diputado socialista de América. Al poco tiempo los propios conservadores se asustaron y borraron el sistema.

La segunda experiencia, la recuerdo bien porque en esa época era adolescente y militante: se prestó al trazado caprichoso de las circunscripciones electorales (el *gerrymandering*) con la finalidad de *licuar* a la oposición que, con el mismo caudal de votos, bajó de 44 diputados a 12, y eso no fue bueno para el sistema, pues creó una sensación de asfixia. Los propios autores del sistema nunca más volvieron a insistir. Por ello, me place mucho escuchar las serenas opiniones de los grandes partidos respecto de que si bien podría beneficiarse cierto sector, ni siquiera dicho sector lo recomienda.

Considero que, por razones de psicología política, hay que mantener el sistema proporcional vigente, porque siempre está latente la tentación hegemónica. También podemos considerar que en algunos países está latente la tentación a la perpetuidad: el que está quiere quedarse, el que se fue quiere volver y el que tiene un espacio político lo quiere agrandar. Está en la naturaleza del político acrecentar su espacio imaginario, pero el país no soporta más de ciertos límites. Las hegemonías han sido nefastas y las hemos pagado no con sudor y lágrimas sino con sangre, que es mucho peor, más costoso y nadie quiere volver a ese tipo de experiencias.

Lo que sí hay que hacer es romper la contradicción fundamental que encierra diabólicamente al sistema, que es la *lista bloqueada*, bien llamada técnicamente de esa forma, aunque con frecuencia se la denomina erróneamente lista *sábana*.

La lista bloqueada no da más. Todas las encuestas de opinión pública y todas las formas de captar el humor de la sociedad indican que el sistema está agotado; pero el sistema no se va a cambiar tan fácilmente, por la sencilla razón de que los que hacen las listas no quieren que el pueblo tenga la osadía y el atrevimiento de modificar en el cuarto oscuro esa oferta cerrada como un *closet*, como un *container*, que se le presenta en el momento de la votación. Y aquí viene la contradicción fundamental a la cual yo aludía: por un lado, nos llenamos la boca y agotamos la garganta predicando las formas de participación, el *participacionismo*. Se escribe, se ensaya y se pronuncian discursos sobre las propuestas más avanzadas; pero en el acto básico y fundamental de participación, el

sufragio, donde todos somos iguales, cuando hay que entrar al cuarto oscuro tomar una boleta, ponerla tal como está, cerrarla en un sobre y colocarla en una urna: ese es un menú fijo, que no permite elegir platos diferentes. ¡Tómala o déjala!

¿Saben cuántos países del mundo que tienen el sistema de representación proporcional D'Hondt -que insisto hay que mantener en países como la Argentina- conservan la lista bloqueada? Sólo dos. Todos los demás países han flexibilizado el sistema D'Hondt y algunos han llegado a extremos que no podemos ni soñar. Por ejemplo, en un par de países de origen anglosajón el votante entra al cuarto oscuro, encuentra una sola boleta donde están todos los candidatos por orden alfabético con la sigla y el emblema del partido respectivo, y marca con una cruz los que quiere; por lo general lleva la boleta preparada con las marcas que ha hecho luego de una meditación previa. Por otra razón importante creo que no debemos irnos del sistema D'Hondt, a fin de que nadie pueda tener una mayoría tan absoluta como para cambiar el sistema constitucional del país o los reglamentos de las Cámaras, que suelen ser tan importantes como las leyes supremas del Estado.

La reforma constitucional argentina de 1994, toma dos precauciones al respecto: el inciso 3° del artículo 99 prohíbe modificar el sistema electoral por decreto de necesidad y urgencia. Como ya estamos tan habituados a esto, se ha perdido el pudor y tenemos un porcentaje mucho mayor al que se reprochó a anteriores presidentes; *ergo* hay que tener cuidado con que vaya a aparecer algún *edecán mental* que sugiera modificaciones por decreto de necesidad y urgencia, porque no se puede.

La segunda precaución está reflejada en el artículo 77, recogido por la ley 24.430 -*el olvidado* que se les cayó el último día-, que exige una mayoría especial de votos en ambas cámaras para poder modificar el sistema electoral. Esto significa que hay que conseguir un gran consenso, hay que buscar el acuerdo sobre las reglas del juego, el *agreement on fundamentals* de los *yankees*, el acuerdo sobre las reglas del juego.

Considero que el pueblo está maduro, los que no estamos maduros somos los dirigentes; en esto discrepo parcialmente con algunos recalcitrantes. El pueblo de la Ciudad de Buenos Aires lo demostró en la primera elección de 1912, cuando la lista no era bloqueada -porque en la Argentina hubo lista desbloqueada desde 1912 hasta 1951- eligiendo a Luis María Drago, que pertenecía a un partido que resultó cuarto. Pero Drago era nada menos que el gran Canciller, bueno es recordarlo cuando se va a cumplir el centenario de su doctrina. Ahora estamos acogotados, resignados y rendidos ante la deuda externa, pero él no se rindió. Él señaló ante la faz del mundo que no podía haber cobro compulsivo de la deuda pública externa: el pueblo lo votó y resultó uno de los dos diputados más votados, junto con Vicente Gallo y el luego presidente Alvear.

En 1930 se llevó a cabo una elección entre los partidarios de Antonio Di Tomaso (PSI) y el yrigoyenismo, que ya estaba en crisis. Nicolás Repetto (PS) por su gran prestigio como hombre público, probo, transparente, fuera de toda sospecha, fue electo por la preferencia. Santiago Carlos Fassi, uno de los pocos diputados que apoyaban al presidente Ortiz para que volviera la pureza electoral al país y se interviniera a las provincias fraudulentas y violentas que manejaban los conservadores de aquella época, fue votado y electo diputado en 1938 no obstante que su partido (el Antipersonalista) estaba tercero o cuarto. Entonces si el pueblo estuvo maduro en los años 1912, 1930 y 1938, ¿cómo no va a estar maduro hoy?

Rechazamos, pues, categóricamente, la oposición al desbloqueo de las listas sobre la base de los argumentos que dicen que el pueblo no está preparado, que se va a confundir o que es complicado; la gente ya no es tonta y no traga vidrios.

La gente conversa, la televisión y la radio llegan, y ni hablar de aquellos que tienen acceso a Internet o a otras cosas. A la gente en este momento no se le puede vender buzones de colores: quiere *elegir, seleccionar, participar* y ser *protagonista*. No podemos negar esto, porque si lo hacemos vamos a tener más indiferencia de la ya existente, más alejamiento del que ya hay, y más pérdida de *identidad* de la que ya tienen los partidos políticos. Debemos tener mucho cuidado con esto, ya que la pérdida de *identidad* trae aparejado el alejamiento de la *pertenencia*, constituyendo un gran vacío favorable a las situaciones de *anomia*, que creo que ninguno de nosotros quiere provocar. Nótese que en las últimas elecciones presidenciales de mi país, la sumatoria de los votos en blanco con los votos anulados y las abstenciones por incomparecencia, arrojan un total de un hipotético tercer partido político argentino (sic). Esta grave situación de deslegitimación se ha acentuado notablemente con las elecciones legislativas del año 2001 (octubre).

En los párrafos finales, quiero expresar que no me convencen los sistemas electorales mixtos. No los veo fáciles de aplicar, al menos, en la Argentina, desde que tenemos algunas provincias superpobladas y otras infrapobladas, lo cual forma parte de otro tema a tratar en otra oportunidad, que es el reemplazo de la *ley del equilibrio* por la *ley de las equivalencias* en el federalismo argentino, donde por vía de la regionalización tendremos que procurar, como quería Dorrego, -y cito a un federal y no a un unitario- unidades equivalentes entre sí, ya que si no el federalismo argentino es un *engaño pichanga*, como alguna vez expresara Félix Luna. La concepción folklórica del federalismo me trae a colación la severa advertencia de Edgar Allan Poe: *Si se mira demasiado fijo una estrella, se pierde de vista el firmamento*.

El sistema mixto que predicaban también los politólogos del *establishment* se refiere al de Alemania, pero claro que este país tiene una Cámara de Diputados de más de 650 miembros y 90 millones de habitantes. Si en mi país habláramos de duplicar el número de integrantes de la Cámara de Diputados nos ahorcarían al salir a la ventana, ya que toda la sociedad -no sé si con o sin razón- clama por la disminución del llamado *gasto político*. Como bien se sabe por todos, el verdadero gasto político es la corrupción y no el gasto de la política, ya que ésta es necesaria. De otro modo vamos a volver a la *delegación gerencial* que hizo la Argentina durante muchas décadas -y así le fue-, cuando se decía que la clase dirigente no se mete en política porque lleva mucho tiempo, hay reuniones de noche y traspase, es puerca, etcétera; y por eso entonces delegó en los militares, en los tecnócratas, en los empresarios y en todas las entidades cuya finalidad no es gobernar, sino en todo caso influir, gravitar o defender sus intereses; pero no ocupar el poder. Por culpa de la desidia de la *clase dirigente*, -o mal llamada dirigente- entregó el paquete del poder a quienes no tenían que ejercerlo, sino en todo caso controlar o gravitar respecto de él. Y si los cargos políticos no están retribuidos, pues entonces solamente los muy ricos, o los *esponsorados* o los corruptos podrán acceder a ellos.

De modo entonces que no creo que sea fácil dividir al país en dos partes: por un lado, provincias grandes con un sistema electoral más perfeccionado y, por el otro, provincias chicas con un sistema electoral más primario. No me gusta, pero si se quiere probar, que se pruebe. Ya verán los *aprendices de brujo* las consecuencias.

Por otra parte, tengo mis serias reservas y dudas respecto de las llamadas elecciones primarias abiertas -que es otra aparente panacea- que presenta algunos pequeños inconvenientes que deseo señalar. Por lo pronto, hay que leer en profundidad la opinión de los autores americanos que tienen muchas experiencias para analizar y que llegan al convencimiento de que, para los cargos legislativos, -tanto del orden federal como estadual- ese tipo de sistema no ha servido para mejorar la calidad de las listas. Sí, en cam-

bio, puede ser útil para la selección de los candidatos presidenciales, que sería un ensayo a realizar, pero siempre y cuando la elección primaria abierta sea en serio y no a la criolla, es decir, debe realizarse el mismo día y para todos los partidos, con el mismo padrón y con las mismas autoridades. No sea que los de un partido vayan a votar por el peor precandidato del otro partido para *reventarlo*, cosa que ya ha ocurrido. Y hay otros partidos -no voy a dar nombres- que ni siquiera han podido dar las cifras finales veraces del escrutinio de sus primarias abiertas porque tuvieron menos votantes que afiliados. O sea que lo de *primarias y abiertas* parece un eufemismo. Pero el argumento de fondo es de actualidad. Si practicáramos la elección primaria abierta para todos los cargos significaría lisa y llanamente la duplicación del gasto político; y ello es así porque hay que hacer dos elecciones completas ante todo el electorado: el doble en publicidad, televisión, radio, afiches, viajes, hoteles, mesas redondas, alquiler de locales, movilizaciones de dirigentes; todo el doble, y el país no está en condiciones de soportar eso. Entonces, creo que lo mejor es empezar por el ABC: tenemos que mejorar nuestros partidos, o de lo contrario pueden seguir siendo *más de lo mismo*. Entre el gatopardismo del Príncipe de Lampedusa y la sentencia de Lavoisier, opto por el mayor margen que nos concede la segunda: *nada se pierde, todo se transforma*. ¿Con los partidos acontecerá lo mismo? ¿O caerá sobre ellos la maldición que Charles Peguy dirigió a las civilizaciones?: *También son mortales...*

Debo confesarles mi experiencia: desde mi edad más temprana he estado actuando internamente en distintos movimientos de mi partido político (UCR). He ido cambiando, según el curso de los acontecimientos históricos y las nuevas generaciones que venían empujando formábamos nuevas corrientes internas. Todos nuestros partidos están en lo que los italianos llamaban la *corriente-cracia*, es decir, más que una *democracia* una *corriente-cracia*, como era el Uruguay con la ley de lemas. En definitiva, ¿saben qué descubrí? Cada vez que me ilusionaba con algo, -porque hay que tener lo que Ortega y Gasset llaman la *idea de futuridad*, es decir que hay que tener una ilusión y avizorar un país, lo que ahora y bajo la crisis casi terminal, ningún argentino vivencia; pero hay que hacerlo para poder vivir, si no es un suicidio colectivo-, al cabo de los años me encontraba con que estaba metido no en más de lo mismo sino en *peor de lo mismo*. Y eso lleva al desánimo y a la confusión, pues bien advertía el escritor Saúl Bellow que *cuan-do la necesidad de ilusión es profunda, una gran cantidad de inteligencia puede ser empleada en no comprender nada*¹.

De modo que el pueblo hace el siguiente cálculo: los partidos políticos, del ciento por ciento de su energía política vuelcan el 80 por ciento a la *política agonal* del internismo, que se transforma en un autismo o masturbación; y el ya fatigado 20 por ciento restante queda para la *política arquitectónica* que es lo que Santo Tomás hace muchos siglos llamó *procurar el bien común*, el interés general o el bienestar general del que habla nuestro sabio preámbulo de la Constitución Nacional. Entonces, pues, creo que hay que empezar a tomar el toro por las astas, y reconocer que el mal lo tenemos dentro de los partidos; esa perversión o desviación del sistema que no está tanto en las normas sino en los comportamientos y en las conductas.

En este sentido, recuerdo una anécdota de un ex presidente al que le llevaron un elaboradísimo dictamen -sobre todos estos temas, preparado por una muy sabia comisión, y él señaló: “¿pero señores, con el trabajo que nos cuesta hacer *la trenza* y armar la lista y que *la camándula* quede perfeccionada vamos a permitir que se deshaga, y se evapore en el acto del comicio?” Fue sincero, pero esa *sinceridad* es muy depresiva.

1. Gerusalemme, andata e ritorno.

No nos alarme entonces que la juventud se vaya a la búsqueda de otros ámbitos y de otras voces, (como diría Truman Capote) y así, coincidiendo con sus propuestas, los jóvenes ingresan a las ONG o a Cáritas, porque ahí no se roba, a la Liga Argentina de Lucha contra el Cáncer, porque ahí no se trampea; es decir, a las mil entidades religiosas y laicas que tienen un mínimo de transparencia asegurada.

No se trata sólo de crear nuevos órganos de hipertrofia de mecanismos de control -ya hay muchos-; y la Constitución reformada ha constitucionalizado algunos y ha creado otros; hay casi una exageración de órganos de control y nadie sabe *quién controla al control*, porque también hay corrupción en los órganos de control. Los supuestos controlantes son *más de lo mismo* que los pretendidos controlados. No hay diferencia entre ellos. No busquemos otras causas en nuestros fracasos. Es tan claro, que lo marcó el poeta Fernando Pessoa: *porque el único sentido oculto de las cosas, es que no tienen ningún sentido oculto*.

Lo que falla en algunos de nuestros países es el principio republicano de *la responsabilidad*. La gente quiere ver culpables sancionados y también responsables inhabilitados. En este tema los norteamericanos, a la larga, lo consiguieron: por eso es que en Estados Unidos los juicios contra el Estado no están caratulados en abstracto, por ejemplo García contra el Estado nacional o García contra Arizona, sino con el nombre del funcionario que cometió la *barrabasada*. ¿Qué es lo que sucede aquí? Diez años después la Corte Suprema resuelve que hay que condenar al Estado a pagar diez millones de dólares por una medida o resolución mal hecha emanada de un órgano gubernamental, y nadie sabe quién fue diez años antes el presidente del Banco Central que fue culpable de eso; y lo pagamos todos con las contribuciones, porque la plata sale del presupuesto que es aprobado por los representantes del pueblo y pagado por el pueblo.

Entonces, Montesquieu tenía razón: el problema no está en la levedad de las penas -los que quieren garrote- sino en que ellas no se aplican, y lo que la sociedad reclama es ejemplaridad; es decir, comportamientos y conductas a la altura de las circunstancias. Nada mejor que lo expresado hace unos meses por los obispos -lo suscribo enteramente-: “Los argentinos esperan algo inédito”. Y hace algunos días, más enérgica fue la requisitoria, cuando se dolieron por la falta de renunciamientos entre las dirigencias anquilosadas.

Bien advertía, mucho tiempo antes, Francis Bacon: *el que quiere no pensar es un fanático; el que no puede pensar es un idiota; y el que no osa pensar, es un cobarde*. Recordatorio final: esto lo expresó Bacon, para quien no cabía duda de que *el pensamiento es poder*.

Sepamos aplicar ese poder, pues nos estamos acercando al instante en que, traspuesto ese momento, después será demasiado tarde. ¡Evitemos la frustración! Hay que afrontar el desafío, no hay que evadirse; pues bien advierte un autor: *Quien dice que la ausencia causa olvido, merece ser por todos olvidado*. (Juan Boscan).

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

Jesús Orozco Henríquez
Magistrado del Tribunal Electoral del
Poder Judicial de la Federación
México

Constituye un gran honor para quien esto escribe participar en el libro de homenaje al destacado iuscomparatista Allan R. Brewer-Carías, con motivo de sus cuarenta años de vida profesional, quien no sólo ha dejado profunda huella en la cultura jurídica venezolana sino en la ciencia del derecho público latinoamericano. Al efecto, me he permitido seleccionar el tema relativo al régimen federal mexicano de nulidades en materia electoral, con diversas referencias al derecho electoral comparado latinoamericano, teniendo en cuenta que, entre muchas de las significativas contribuciones del profesor Brewer-Carías al derecho público, se encuentra un trabajo pionero denominado “La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada”, el cual fue publicado por el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en *Transición democrática en América Latina; reflexiones sobre el debate actual, Memoria del III Curso Anual Interamericano de Elecciones* (San José, Costa Rica 1990, pp. 92-106).

Con el propósito de garantizar la constitucionalidad y legalidad de los resultados electorales, el derecho electoral federal mexicano, de manera similar a lo que ocurre en otros países, establece diversas causas de nulidad (como una *sanción* a la violación de la normativa comicial), pudiéndose distinguir, según ha puesto de relieve el propio profesor Brewer-Carías en el trabajo mencionado en el párrafo anterior, entre la nulidad de un voto, la nulidad de una votación y la nulidad de una elección,¹ en el entendido de que en materia electoral, como en cualquier otro campo del derecho público, no toda violación de una norma legal electoral produce los mismos efectos sino que, para determinar el grado de éstos, habrá que atender a las consecuencias previstas constitucional y/o legalmente respecto de los actos irregulares susceptibles de ser anulados.

1. Cabe advertir que en algunos países se prevé también la posibilidad de que se declare la nulidad general de las elecciones, por ejemplo, cuando las mismas se llevaron a cabo sin previa convocatoria del órgano competente (Panamá y Venezuela) o en un día distinto (El Salvador), o bien, cuando hayan ocurrido actos de violencia o coacción suficientes para alterar el resultado de las elecciones o éstas se hayan realizado sin las garantías debidas (Panamá); al respecto, *Cf.*, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Las causas de nulidad electoral en América Latina”, en *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tomo III, OROZCO HENRÍQUEZ (comp.), México 1999, TEPJF, IFE, UNAM, UQR y PNUD, p. 1193. En México, por el contrario, el artículo 71, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) establece: “Los efectos de las nulidades decretadas por el Tribunal Electoral respecto de la votación emitida en una o varias casillas o de una elección en un distrito electoral uninominal o en una entidad federativa, se contraen exclusivamente a la votación o elección para la que expresamente se haya hecho valer el juicio de inconformidad”. Sin embargo, como una peculiaridad, cabe mencionar el caso de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, cuyo artículo 241 contempla como causas de nulidad de la elección de gobernador del Estado cuando se hubiere decretado la nulidad en, cuando menos, la mitad más uno de las elecciones de ayuntamientos o de las elecciones de diputados por el principio de mayoría relativa.

En el régimen electoral mexicano, por nulidad de un voto se entiende la invalidez de un voto individualmente considerado; por su parte, la nulidad de una votación implica invalidar todos los votos emitidos en una determinada casilla; finalmente, la nulidad de una elección equivale a dejar sin validez jurídica los resultados electorales, esto es, todos los votos emitidos en el universo de casillas que corresponden, por ejemplo, a un municipio, distrito o entidad federativa, según se trate, respectivamente, de la elección de un ayuntamiento, un diputado, o bien, un senador o gobernador, así como revocar el otorgamiento de las constancias correspondientes a los presuntos candidatos ganadores.

I. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

Antes de abordar las diversas causas de nulidad previstas en el régimen electoral federal mexicano, se estima conveniente señalar algunas de las características básicas que el mismo establece.

1. Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley

Las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con el principio de legalidad electoral constitucionalmente previsto y según la jurisprudencia que ha establecido, sólo pueden declarar la nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o la nulidad de alguna elección, previa instancia de parte² y cuando se hayan acreditado plenamente los extremos o supuestos de alguna causa de nulidad limitativamente contemplada en las disposiciones constitucionales y legales aplicables, ya sea en forma específica, genérica o, según se verá más adelante, abstracta³.

2. Lo señalado es así con independencia de que, según lo previsto en el artículo 57, párrafo 2, de la LGSMIME, cuando en la sección de ejecución, por efecto de la acumulación de las sentencias recaídas en los medios de impugnación, se actualicen los supuestos de nulidad de elección previstos en la ley, la sala competente del Tribunal Electoral decretará lo conducente, aun cuando no se haya solicitado expresamente en ninguno de los juicios resueltos individualmente. Vinculado con lo apuntado, conviene también aludir aquí a la atribución del propio Tribunal Electoral para suplir en algunos medios de impugnación la deficiencia u omisión en los agravios cuando los mismos puedan deducirse claramente de los hechos expuestos (artículo 23 de la LGSMIME). No obstante lo apuntado, la regla es que las resoluciones jurisdiccionales sean congruentes con las cuestiones debatidas, sin que puedan abordar nulidades distintas a las demandadas, de acuerdo con los principios generales de derecho de que el juez no puede proceder de oficio (*Ne procedat iudex ex officio*) y de que la intervención judicial requiere de un actor que ponga en movimiento la administración de justicia (*Nemo iudex sine actore*), así como los que establecen que la intervención del juez y la definición del material relativo a cada juicio está limitada por los planteamientos de las partes (*Ne eat iudex ultra petita partium* y *Sentencia debet esse conformis libellum*); V., CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Madrid 1977, pp. 185 y ss., citado por DE LA PEZA, José Luis, "Justicia y jurisprudencia en materia electoral", en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, vol. II, n° 2, 1989, p. 9. Finalmente, es pertinente señalar que si bien en la gran mayoría de los ordenamientos electorales de Latinoamérica se establece (en forma explícita, como en Costa Rica, o implícita) el carácter público y gratuito de la acción de nulidad, por lo que no se obliga a quien la interpone al rendimiento de depósito o fianza alguna, es el caso de que en Perú, para ser admitido el recurso respectivo, se exige que éste se acompañe de un certificado de depósito del Banco de la Nación (por cien mil nuevos soles), mismo que se devolverá si es declarada fundada la nulidad planteada o, de lo contrario, incrementará los fondos electorales.

3. En diversos ordenamientos latinoamericanos se prevé en forma explícita que la nulidad sólo puede ser decretada por las causales expresamente previstas en la ley (por ejemplo, Bolivia y El Salvador), si bien hay algunos

2. Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente

En concordancia con el mencionado principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales previsto en el artículo 41, fracción IV, constitucional, y por razones de seguridad jurídica, el artículo 72 de la LGSMIME establece que las elecciones cuyos cómputos, constancias de validez y mayoría o de asignación no sean impugnadas en tiempo y forma, se consideran válidas, definitivas e inatacables, en el entendido de que la eventual interposición de la impugnación no suspende los efectos (así sean provisionales) de la resolución o acto impugnado relacionado con determinado resultado electoral.

3. Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes

La nulidad no puede ser invocada por quien haya dado causa a la misma, según otro principio general de derecho que establece que nadie puede alegar en su beneficio los actos de su propia torpeza, plasmado en el brocardo latino *nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*, en tanto que el artículo 74 de la LGSMIME establece que los partidos políticos y los candidatos no podrán invocar en su favor, en medio de impugnación alguno, causas de nulidad, hechos o circunstancias que ellos mismos hayan provocado.

4. Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse

Como se advierte de lo previsto en los artículos 73 y 75 a 78 de la LGSMIME, las elecciones y votaciones susceptibles de anularse son:

i) La votación recibida en casilla, para cualquier tipo de elección de diputado federal, senadores o Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. En este caso, el efecto de la nulidad será que se modifique el cómputo de la votación al reducirle la votación recibida en la casilla respectiva y, si no se altera el lugar que hubieren alcanzado los candidatos de cada uno de los partidos políticos (particularmente el de los ganadores), se confirmará el triunfo y sólo se recompondrá el cómputo; en caso contrario, también se revocará el otorgamiento de la constancia de mayoría para otorgársela a quien hubiere ganado como consecuencia de la modificación del cómputo. El hecho de que se llegue a verificar la nulidad de la votación recibida en casilla en un porcentaje equivalente al veinte por ciento de las casillas instaladas en el distrito, tratándose de la elección de diputados, o bien, de la entidad federativa, tratándose de la elección de senadores, puede dar lugar a la nulidad de la elección por el principio de mayoría relativa de que se trate.

regímenes que otorgan cierto arbitrio al correspondiente órgano jurisdiccional electoral para decretar alguna nulidad, en tanto que se permite, por ejemplo, “protestar una elección y solicitar su anulación por actos que la hubieren viciado”, siempre y cuando los “hechos, defectos o irregularidades ... influyan en los resultados generales de la elección” (Uruguay), o bien, después de regular en forma enunciativa diversas causales de nulidad de votación en alguna mesa, junta o casilla, entre éstas se incluye “cualquier otro acto que razonablemente pueda haber alterado el resultado de la votación” (Guatemala). Este mayor arbitrio judicial en México se aprecia, por ejemplo, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 75, párrafo 1. inciso k), y 78 de la LGSMIME, referidos, respectivamente, a los supuestos de nulidad de la votación recibida en casilla y de nulidad de elección.

ii) Cualquier elección de diputados por el principio de mayoría relativa, por inelegibilidad de los dos candidatos integrantes de la fórmula electoral ganadora. En la elección de senadores por el principio de mayoría relativa, si fueren inelegibles los dos candidatos integrantes de una fórmula, la nulidad afectará sólo a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles (en el caso de la elección de diputados o senadores por el principio de representación proporcional, si un candidato resultare inelegible éste será sustituido por otro de la misma lista registrada por el partido político, sin que dicha inelegibilidad sea causa de nulidad de la elección).

iii) Cualquier elección de diputados y de senadores por el principio de mayoría relativa. La nulidad de la elección puede decretarse respecto de cualquiera de las 300 elecciones (una por distrito) de diputados de mayoría relativa, o de las 32 elecciones (una por entidad federativa) de senadores de mayoría relativa (incluida la correlativa asignación de senador de primera minoría), por las causas de nulidad que se analizan más adelante.

iv) En el caso de la elección de diputados o senadores de representación proporcional, así como de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, no está prevista en forma explícita la posibilidad de declarar la nulidad de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como tampoco la de las correspondientes cinco circunscripciones plurinominales de la República en cada una de las cuales se elige a 40 diputados de representación proporcional, hasta completar un total de 200, ni la de declarar la nulidad de la elección que en todo el territorio del país se celebra para elegir a los 32 senadores de representación proporcional. Hasta la fecha no se ha presentado caso alguno con motivo del cual la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación haya debido pronunciarse respecto de si una interpretación sistemática y/o funcional del orden comicial mexicano puede fundamentar una nulidad de elección en estos casos.

5. Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección

Las elecciones convocan a todos los ciudadanos para realizar concertadamente, en un solo día y con apego estricto a la ley, diversas conductas -ya sean como elector, funcionario de casilla, representante de partido político, observador o autoridad-, todas las cuales deben desembocar en la expresión de la auténtica y libre voluntad general que habrá de trascender y constituirse en gobierno representativo. Esto es, las votaciones y elecciones son actos colectivos y complejos, de trascendencia pública, y por esta razón en el derecho positivo de diversos países del mundo se establece que la nulidad de los citados actos jurídicos electorales podrá ser declarada, no cuando se incumpla cualquiera de las muy diversas normas jurídicas que inciden en la realización de los comicios, sino sólo cuando se incumplan determinadas normas electorales cuya inobservancia vulnere de manera determinante aspectos esenciales de la votación o la elección.

En España⁴, por ejemplo, en la ley electoral, se establece en términos genéricos que la nulidad de votación y de elección deberá ser declarada, no cuando ocurra cualquier irregularidad, sino sólo cuando ocurran *irregularidades invalidantes*. México también recoge el principio de que la nulidad de votaciones y elecciones sólo puede declararse

4. V., artículo 113, párrafo 2, de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General de España. Por lo general, como se explica más adelante, la nulidad sólo puede ser declarada cuando la misma sea determinante para el resultado de la elección o cause perjuicio evidente (Chile, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

por irregularidades determinantes para el resultado respectivo, sin embargo, en nuestro país la ley establece no sólo una fórmula genérica, como en España, sino una lista de irregularidades que al ocurrir en determinados casos, son consideradas por el legislador como determinantes para el resultado electoral.

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de la tesis de jurisprudencia JD.1/98, emitida bajo el rubro *Principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados. Su aplicación en la determinación de la nulidad de cierta votación, cómputo o elección*⁵, declaró obligatorio el respectivo criterio que ya había sido establecido por la Sala Central del entonces Tribunal Federal Electoral y que gira en torno al principio general de derecho de conservación de los actos de derecho público válidamente celebrados, recogido en el aforismo latino *utile per inutile non vitiatur* (*lo útil no debe ser viciado por lo inútil*), el cual tiene especial relevancia en el derecho electoral mexicano, de manera similar a lo que ocurre en otros sistemas jurídicos (como Costa Rica y España, donde también lo han reconocido jurisprudencialmente), caracterizándose por los siguientes aspectos fundamentales:

i) La nulidad de la votación recibida en alguna casilla y/o de determinado cómputo y, en su caso, de cierta elección, sólo puede actualizarse cuando se hayan acreditado plenamente los extremos o supuestos de alguna causal prevista taxativamente en las disposiciones constitucionales y legales aplicables (ya sea de manera específica o genérica), siempre y cuando los errores, inconsistencias, vicios de procedimiento o irregularidades detectados sean determinantes para el resultado de la votación o elección.

ii) La nulidad respectiva no debe extender sus efectos más allá de la votación, cómputo o elección en que se actualice la causal⁶, a fin de evitar que se dañen los derechos de terceros, en este caso, el ejercicio del derecho de voto activo de la mayoría de los electores que expresaron válidamente su voto, el cual no debe ser viciado por las irregularidades e imperfecciones menores ordinariamente cometidas por los funcionarios integrantes de la mesa directiva de casilla (la cual es un órgano electoral no especializado ni profesional, conformado por ciudadanos escogidos al azar y que, después de ser capacitados, son seleccionados como funcionarios a través de una nueva insaculación), máxime cuando tales irregularidades o imperfecciones menores, al no ser determinantes para el resultado de la votación o elección, efectivamente son insuficientes para acarrear la sanción anulatoria correspondiente.

En efecto, pretender que cualquier infracción de la normativa jurídico-electoral diera lugar a la nulidad de la votación o elección, haría nugatorio el ejercicio de la prerrogativa ciudadana de votar en las elecciones populares y propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley, dirigidas a impedir la participación efectiva del pueblo en la vida democrática, la integración de la representación nacional y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público.

Asimismo, en cuanto al carácter de *determinante* que debe tener cierta irregularidad como requisito para anular una votación o elección, es importante formular algunas precisiones:

En cada uno de los incisos f), g), i), j), k) del artículo 75 de la LGSMIME, se describe una conducta irregular que será causa de nulidad de la votación recibida en la casilla respectiva, siempre y cuando además “sea determinante para el resultado de la vota-

5. El texto de la Jurisprudencia JD.1/98, puede verse en el suplemento n° 2 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 19-20.

6. Como se prevé en el artículo 71, párrafo 2, de la LGSMIME.

ción”. En cambio, en los incisos a), b), c), d), e) y h) no se menciona expresamente lo *determinante* como requisito para que las específicas irregularidades descritas en tales incisos puedan derivar en nulidad de la votación⁷. Del mismo modo, en cuanto a las causas de nulidad de la elección de diputados y senadores, mientras que los artículos 76 y 77 de la propia ley no hacen referencia expresa al carácter “determinante para el resultado de la elección”, el 78 del mismo ordenamiento sí lo contempla⁸.

Sobre este particular, cabe tener presente que, con fundamento en la antes citada tesis de jurisprudencia JD.1/98 y en la jurisprudencia S3ELJ 13/2000 del TEPJF⁹, ninguno de los vicios o irregularidades previstos en los artículos 75 al 78 de la LGSMIME podrá motivar la nulidad de una votación o elección, a menos que sea determinante para el resultado de la respectiva votación o elección. Esto es, la interpretación sistemática de las disposiciones aplicables lleva a la conclusión de que todas las causas de nulidad exigen, en forma explícita o implícita, que la irregularidad correspondiente sea *determinante* para el resultado electoral respectivo y, por lo tanto, debe entenderse que la diferencia entre las causas de nulidad que omiten el texto relativo al carácter *determinante* y

7. El artículo 75, párrafo 1, de la LGSMIME establece: “La votación recibida en una casilla será nula cuando se acredite cualesquiera de las siguientes causales: a) Instalar la casilla, sin causa justificada, en lugar distinto al señalado por el Consejo Distrital correspondiente; b) Entregar, sin causa justificada, el paquete que contenga los expedientes electorales al Consejo Distrital, fuera de los plazos que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales señale; c) Realizar, sin causa justificada, el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el Consejo respectivo; d) Recibir la votación en fecha distinta a la señalada para la celebración de la elección; e) Recibir la votación personas u órganos distintos a los facultados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; f) Haber mediado dolo o error en la computación de los votos y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación; g) Permitir a ciudadanos sufragar sin Credencial para Votar o cuyo nombre no aparezca en la lista nominal de electores y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación, salvo los casos de excepción señalados en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y en el artículo 85 de esta ley; h) Haber impedido el acceso a los representantes de los partidos políticos o haberlos expulsados, sin causa justificada; i) Ejercer violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores y siempre que esos hechos sean determinantes para el resultado de la votación; j) Impedir, sin causa justificada, el ejercicio del derecho de voto a los ciudadanos y esto sea determinante para el resultado de la votación; k) Existir irregularidades graves, plenamente acreditadas y no reparables durante la jornada electoral o en las actas de escrutinio y cómputo que, en forma evidente, pongan en duda la certeza de la votación y sean determinantes para el resultado de la misma”.

8. El artículo 76 de la LGSMIME prevé que “Son causales de nulidad de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal, cualesquiera de las siguientes: a) Cuando alguna o algunas de las causales de nulidad de la votación recibida en casilla se acrediten en por lo menos el veinte por ciento de las casillas en el distrito de que se trate, o b) Cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en el distrito de que se trate y consecuentemente la votación no hubiere sido recibida, o c) Cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría sean inelegibles”. Por su parte, el artículo 77 establece que “Son causales de nulidad de una elección de senadores en una entidad federativa, cualquiera de las siguientes: a) Cuando alguna o algunas de las causales de nulidad previstas en el párrafo 1 del artículo 75 de la ley, se acrediten en por lo menos el veinte por ciento de las secciones en la entidad de que se trate, o b) Cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en la entidad de que se trate y consecuentemente la votación no hubiere sido recibida, o c) Cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría fueren inelegibles. En este caso, la nulidad afectará a la elección únicamente por lo que hace a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles”. Finalmente, el artículo 78 dispone que “Las Salas del Tribunal Electoral podrán decretar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos promoventes o sus candidatos”.

9. Respecto de la Jurisprudencia JD.1/98. V., *supra*, nota 343. La jurisprudencia S3ELJ 13/2000, bajo el rubro “Nulidad de sufragios recibidos en una casilla. la irregularidad en que se sustente siempre debe ser determinante para el resultado de la votación, aun cuando en la hipótesis respectiva, tal elemento no se mencione expresamente (legislación del estado de México y similares)”, puede verse en el suplemento n° 4 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 21-22.

las que expresamente hacen referencia a tal elemento, repercute únicamente en la carga de la prueba. En este sentido, cuando el supuesto legal cita en forma expresa dicho elemento, quien invoque la causa de nulidad debe demostrar, además del vicio o irregularidad previsto en la hipótesis normativa, que ese vicio o irregularidad es determinante para el resultado de la votación o elección. En cambio, cuando la ley omite mencionar el requisito, la omisión significa que, dada la magnitud del vicio o irregularidad, o la dificultad de su prueba, existe la presunción *iuris tantum* de que tal vicio o irregularidad es determinante para el resultado; sin embargo, si en el expediente se encuentran elementos que acreditan que el vicio o irregularidad alegados no son determinantes para el resultado de la votación o elección, no podrá declararse la nulidad correspondiente.

Otra precisión relevante sobre el carácter de *determinante para el resultado* es que el mismo puede establecerse de manera *cuantitativa*, a través de operaciones aritméticas, o bien, *cualitativa*, cuando se aprecia en qué medida un específico vicio o irregularidad vulnera la percepción de autenticidad, integridad y vigencia que debe tenerse respecto de los valores electorales tutelados por la norma jurídica quebrantada.

El carácter *determinante*, atendiendo al criterio *cuantitativo*, se establece, por ejemplo, cuando el número de votos irregularmente producidos, omitidos o computados, constituye una cifra mayor que la diferencia de votos que exista entre los partidos que obtuvieron el primero y segundo lugares de votación en la respectiva casilla. Así, por ejemplo, si los votos irregulares son veinte y entre el primero y segundo lugares de votación en la casilla hay una diferencia de diez votos, entonces, la referida irregularidad sí será determinante en este caso, pero no lo sería si la diferencia de votos entre los partidos indicados hubiera sido de treinta votos.

Aun cuando el Tribunal Electoral federal, generalmente, utiliza los criterios de carácter aritmético para establecer o deducir cuándo cierta irregularidad es determinante o no para el resultado de la votación recibida en una casilla o de una elección, es necesario advertir que esos no son los únicos viables sino que se puede válidamente acudir también a otros criterios, como en efecto lo ha hecho así en otras ocasiones; por ejemplo, cuando analiza si se han conculcado o no de manera significativa, por los propios funcionarios electorales, uno o más de los principios constitucionales rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, o bien, atendiendo a la finalidad de la norma, la gravedad de la falta, el vicio o la irregularidad y las circunstancias en que los mismos se cometieron, particularmente cuando éstos se realizaron por servidores públicos con el objeto de favorecer al partido político que, en buena medida, por tales irregularidades, resultó vencedor en una específica casilla o determinada elección¹⁰.

II. NULIDAD DE UN VOTO

En México, como en prácticamente todos los países, se establecen legalmente los supuestos conforme con los cuales el voto, individualmente considerado, se estima nulo.

10. V., tesis S3 EL 032/99, bajo el rubro "*Nulidad de elección o de la votación recibida en una casilla. criterios para establecer cuándo una irregularidad es determinante para su resultado*", suplemento n° 3 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 56.

En términos generales, se considera nulo cualquier voto emitido en forma distinta a la prevista legalmente¹¹. Esto es, el artículo 230, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que “Se contará un voto válido por la marca que haga el elector en un solo cuadro en el que se contenga el emblema de un partido político, el de una coalición o el de los emblemas de los partidos coaligados” y “Se contará como nulo cualquier otro voto emitido en forma distinta a la señalada”; por su parte, el artículo 227, párrafo 2, del propio ordenamiento prevé que “Se entiende por voto nulo aquel expresado por un elector en una boleta que depositó en la urna, pero que no marcó en un solo cuadro en el que se contenga el emblema de un partido político, el de una coalición o el de los emblemas de los partidos coaligados”.

En este sentido, de acuerdo con el derecho electoral federal mexicano, se considera voto nulo tanto el llamado voto en blanco como aquel en que no pueda establecerse de manera inequívoca en favor de qué opción política registrada sufragó el elector¹². En principio, la nulidad bajo estudio sólo se aplica al voto individual de un elector particular, por lo que no afecta a la votación recibida en la mesa directiva de casilla, ni a la elección que resulte de dicha votación¹³.

En general, se reserva a las correspondientes mesas directivas de casilla la competencia para apreciar y determinar la nulidad de un voto individual, lo cual se decide durante el acto de escrutinio y cómputo de la votación recibida en la casilla respectiva¹⁴.

Es conveniente mencionar que mientras en varios países, de acuerdo con el principio de preclusión, el escrutinio llevado a cabo en la mesa, junta, jurado o casilla es un acto irreplicable, por lo que no cabe realizar algún recuento (Bolivia y Perú), en algunos es posible llevarlo a cabo bajo ciertos parámetros legales; por ejemplo, en México, durante el cómputo distrital, si los resultados del acta de escrutinio contenida en el expediente de casilla no coincide con los del acta en poder del presidente del Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral, hubieren errores o alteraciones evidentes en las actas que generen duda fundada sobre el resultado de la votación en casilla, o bien, no existiere el

11. Al respecto, varios países enuncian las distintas hipótesis de nulidad de un voto que pueden presentarse, por ejemplo, utilización de boletas o papeletas no oficializadas, no entregadas o, en su caso, no firmadas por la mesa (o su presidente), junta, jurado o casilla de votación respectiva (Argentina, Bolivia, Perú y Venezuela); destrucción parcial, mutilación, alteración o tachaduras en las boletas (Argentina, Bolivia y Venezuela); marcaciones para más de un candidato o lista (Bolivia, Chile, Perú y Venezuela), o bien, la existencia de más de dos boletas de distinto partido para un mismo cargo (Argentina) o la pretensión de depositar en el sobre dos o más papeletas para un mismo cargo (Colombia) o una papeleta distinta a la entregada (Bolivia); marcaciones distintas en las boletas, al agregar o repetir nombres (Argentina y Perú), que la misma sea ilegible (Colombia) o incluir la palabra nulo (Bolivia); asimismo, por muerte o falta de reemplazo oportuno del candidato (Chile) o falta de aceptación oportuna del candidato (Colombia) y cuando el elector exhiba su voto o haga alguna manifestación que viole la secrecía (Bolivia), como el firmar las boletas o incluir algún dato que permita identificar al elector (Perú).

12. En algunos países se diferencia entre los votos nulos y los casos en que no se marcan las boletas, los cuales se consideran como votos en blanco (distinción que puede tener relevancia en aquellos sistemas que prevén algún umbral para que los partidos políticos conserven su registro, o bien, tengan acceso a la representación proporcional o al financiamiento público).

13. Sin embargo, algunos ordenamientos vinculan de manera expresa el número elevado de votos nulos con la posibilidad de nulidad de una votación o, incluso, una elección; por ejemplo, si hay más votos nulos que votos válidos en determinada mesa o casilla electoral (El Salvador) o si el número de los votos nulos afecta a más de la mitad de los votos de la respectiva elección (Brasil, requiriéndose de una nueva elección, y El Salvador) o si dos terceras partes de los votos emitidos son nulos o en blanco (Perú).

14. En algunos países se presentan los llamados votos impugnados, recurridos u observados para referirse a los casos en que existe duda sobre la calidad o identidad del sufragante (poniéndose en un sobre el voto correspondiente), resolviendo el órgano electoral superior jerárquico (Argentina y Uruguay).

acta de escrutinio y cómputo de la casilla, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo (artículo 247 del COFIPE).

Al respecto, cabe advertir que el recuento no está previsto expresamente que puedan llevarlo a cabo las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, si bien en casos excepcionales las mismas, en ejercicio de las atribuciones para ordenar diligencias para mejor proveer, han dispuesto que se *verifique* o compruebe si el escrutinio y cómputo llevado a cabo en determinada casilla fue correcto, particularmente cuando se aduce error aritmético en el cómputo (distrital) correspondiente, al haberse rehusado indebidamente el consejo (distrital) respectivo a realizar el nuevo escrutinio y cómputo en los supuestos legales previstos. En los anteriores casos, tanto la realización del nuevo escrutinio y cómputo por parte del órgano electoral administrativo como la verificación o comprobación del mismo por el órgano jurisdiccional competente, puede conducir a una modificación de la determinación sobre la validez o nulidad de los votos realizada originalmente por la mesa directiva de casilla y, por tanto, a la sustitución del acta de escrutinio y cómputo de la votación recibida en la casilla respectiva y, como consecuencia, la modificación o recomposición del cómputo (distrital) de la elección, lo cual eventualmente podría conducir también a un cambio de ganador¹⁵.

Los casos mencionados parecieran diferenciarse de aquellos otros en los que el órgano jurisdiccional competente también realiza alguna diligencia judicial extraordinaria de apertura de paquete electoral de casilla, ante la impugnación de los resultados consignados en alguna acta de cómputo distrital por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas (mas no por error aritmético en dicho cómputo), en cuya hipótesis, si como resultado de la referida diligencia se acredita que hubo un error en el cómputo y escrutinio de los votos y que el mismo fue determinante para el resultado de la votación en tal casilla, debe decretarse la nulidad de la votación respectiva, en congruencia con la pretensión del actor, procediéndose a la modificación de los resultados consignados en el acta de cómputo distrital (excluyendo del mismo la votación anulada) y las demás consecuencias que ello acarree; sin embargo, en el supuesto en que el error en el cómputo de los votos no fuese determinante en el resultado de la votación recibida en la casilla, cabría sostener que no se actualiza la causa de nulidad alegada y, por tanto, debe confirmarse el resultado que consta en el acta correspondiente.

III. NULIDAD DE UNA VOTACIÓN

El presente supuesto se refiere a la nulidad de la votación recibida en una mesa o casilla electoral, cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 75 de la LGSMIME. Al respecto, es posible clasificar las diversas causas de nulidad de votación en mesa o casilla en los siguientes tres grupos: Irregularidades en la constitución de la mesa o casi-

15. Así ocurrió, por ejemplo, tratándose de elecciones locales, en el caso de la elección municipal de 2000 en Papalotla, Estado de México, donde en la sentencia recaída en el juicio de revisión constitucional electoral (expediente SUP-JRC-221/2000) la Sala Superior del TEPJF revocó la nulidad de la elección decretada por el órgano jurisdiccional responsable y, sustituyéndose al mismo que, a su vez, debió sustituir al consejo municipal en la realización de un nuevo escrutinio y cómputo, como resultado de la diligencia judicial extraordinaria de apertura del paquete electoral respectivo por parte de la propia Sala Superior, modificó los resultados consignados en el acta de escrutinio y cómputo de casilla y, como consecuencia, modificó el cómputo municipal y, en virtud de que ello dio lugar a un cambio de ganador, revocó la constancia de mayoría y validez originalmente expedida y ordenó otorgársela al efectivamente triunfador.

lla electoral; irregularidades en el desarrollo de la votación, o bien, irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales¹⁶.

1. Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral¹⁷

Por lo que se refiere al derecho electoral federal mexicano, cabe incluir aquí las siguientes causas de nulidad:

i) *Instalar la casilla, sin causa justificada, en lugar distinto al señalado por el consejo distrital correspondiente* [inciso a) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Esta causal se actualiza cuando se acreditan los dos elementos que la misma contiene: a) Que la casilla se instale en un lugar distinto al señalado por el consejo distrital, y b) Que el cambio de ubicación se realice sin justificación.

En relación con el lugar de ubicación de las casillas, como ya se apuntó en el capítulo anterior, los consejos distritales aprueban los lugares en donde el día de la elección los funcionarios integrantes de las mesas directivas deben instalar las casillas. Estos lugares deben reunir los siguientes requisitos que se exigen en los artículos 194 y 195 del COFIPE: Ser de fácil acceso para los electores; propiciar la instalación de cancelas o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; no ser casas habitadas por servidores públicos de confianza o candidatos de la elección de que se trate; no ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos, ni ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares.

Son causas justificadas para variar el lugar de instalación de una casilla, las precisadas en el numeral 215 del COFIPE, esto es: Que no exista el local indicado en las publicaciones respectivas; que el local se encuentre cerrado o clausurado y no se pueda realizar la instalación; que se advierta, al momento de la instalación de la casilla, que ésta se pretende realizar en lugar prohibido en la ley; que las condiciones del local no permitan asegurar la libertad o el secreto del voto o el fácil y libre acceso de los electores, o bien, no garanticen la realización de las operaciones electorales en forma normal. En este caso, es necesario que los funcionarios y representantes de partidos políticos presentes tomen la determinación de común acuerdo, y que el consejo distrital así lo disponga por causa de fuerza mayor o caso fortuito y se lo notifique al presidente de la casilla.

Siempre que una casilla cambie justificadamente el lugar de su ubicación, debe quedar instalada en la misma sección y en el lugar adecuado más próximo, debiéndose dejar aviso de la nueva ubicación en el exterior del lugar original que no reunió los requisitos.

Cabe mencionar que no es extraño que esta causal sea invocada para solicitar se anule la votación recibida en una casilla, cuando en las actas llenadas en la respectiva casilla se hubiere asentado un domicilio que no coincide exactamente con el que el consejo distrital respectivo aprobó y ordenó publicar en los periódicos de mayor circulación (a

16. Así las clasifica BREWER-CARÍAS, *op. cit., supra*, primer párrafo de este trabajo, pp. 92-106.

17. En general, en los países de América Latina es causa de nulidad la constitución ilegal de la mesa o junta receptora de votos (Brasil, Chile, Panamá y Venezuela). Al respecto, se puede distinguir también entre la indebida integración de la junta (Costa Rica, si bien legalmente es válida la votación recibida por una junta aunque alguno de sus miembros no reúna los requisitos), y aquellos casos en que la mesa se ha instalado en lugar distinto al autorizado, sin causa justificada (Brasil, Costa Rica, Perú y Venezuela).

esta publicación se le suele denominar *encarte*); no obstante lo anterior, la nulidad no es decretada por el Tribunal Electoral cuando de las constancias que obran en el juicio se desprende que, en realidad, el lugar de instalación de casilla no varió, sino que en todo caso la dirección o datos de identificación del local fueron asentados de manera equivocada o incompleta.

Debe destacarse que la intención de fijar un lugar para la ubicación de las casillas, responde al cumplimiento del principio de certeza respecto del lugar al que deben acudir no sólo los ciudadanos para votar, sino también los funcionarios de casilla para instalar debidamente la mesa directiva y recibir la votación, así como los representantes de los partidos políticos para realizar sus funciones de vigilancia de los comicios.

Considerando lo anterior, así como el antes referido principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados, cabe decir que “si una casilla electoral se instala sin causa justificada en lugar distinto al autorizado por el referido Consejo (Distrital), pero del análisis de las constancias que obran en autos se advierte que la mesa directiva de casilla se integró debidamente con los funcionarios designados por la propia autoridad electoral administrativa, estando presentes los representantes de los partidos políticos y coaliciones y, además, fue considerable la participación de los electores inscritos en la lista nominal, puede concluirse que no se actualiza la causal de nulidad antes referida, en virtud de que no existió desorientación o confusión en los electores, funcionarios electorales y representantes de los partidos políticos y coaliciones, respecto del lugar donde debían ejercer sus respectivas funciones, por lo que no se vulnera el bien jurídico de certeza, tutelado por el artículo 75, párrafo 1, inciso a) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral”¹⁸.

ii) *Recibir la votación personas u órganos distintos a los facultados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* [inciso e) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Aun cuando el tipo hace referencia a *recibir la votación* se estima pertinente incluir la citada causal en el presente apartado pues está íntimamente vinculada con la constitución de la mesa directiva de casilla. Conforme con los artículos 118, 119 y 120 del COFIPE, las mesas directivas de casilla, que son los órganos electorales encargados de recibir la votación, se conforman con un presidente, un secretario, dos escrutadores y tres suplentes generales; todos ellos ciudadanos, designados conforme con el procedimiento previsto en el artículo 193 del propio COFIPE, quienes deben satisfacer los siguientes requisitos: a) Ser ciudadano residente en la sección electoral que comprenda a la casilla; b) Estar inscrito en el Registro Federal de Electores; c) Contar con credencial para votar; d) Estar en ejercicio de sus derechos políticos; e) Tener un modo honesto de vivir; f) Haber participado en el curso de capacitación electoral impartido por la junta distrital ejecutiva correspondiente; g) No ser servidor público de confianza con mando superior, ni tener cargo de dirección partidista de cualquier jerarquía, y h) Saber leer y escribir, y no tener más de 70 años al día de la elección¹⁹.

18. V., tesis II3EL 001/2000 de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, bajo el rubro *Casilla. cuándo su instalación sin causa justificada en lugar distinto al señalado por el consejo distrital no actualiza la causal de nulidad de votación recibida en ella*, en *Jurisprudencia y Tesis relevantes, Compilación de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial*, TEPJF, México 2000, p. c.SR.4

19. Como una peculiaridad de los requisitos previstos en algunas entidades federativas para ser funcionario de casilla, cabe mencionar que en el Distrito Federal, el Estado de México y Puebla se exige no tener parentesco en línea directa (segundo grado) con los candidatos a elegir, en tanto que en Baja California se prevé como requisito no haber sido ministro de culto religioso tres años antes.

La presente causa de nulidad se actualiza cuando la votación en una casilla es recibida por algún órgano o personas diversos a los ciudadanos funcionarios de casilla previamente designados por el IFE en los términos del párrafo anterior, o bien, distintos a los que el COFIPE autoriza para intervenir en la recepción de la votación, en aquellos casos en que no se presenten los ciudadanos previamente designados.

Al respecto, el artículo 213 del COFIPE establece que si para las 8:15 del día de la jornada electoral no se han presentado todos los ciudadanos designados como funcionarios propietarios de la respectiva mesa directiva de casilla, entonces, se estará a lo siguiente: a) Si se encuentra en la casilla el presidente, designará a los funcionarios necesarios para su integración, recorriendo, en primer término y en su caso, el orden para ocupar los cargos de los funcionarios ausentes con los propietarios presentes y habilitando a los suplentes presentes para los faltantes y, en ausencia de los funcionarios designados, de entre los electores que se encuentren en la casilla; b) Si no estuviera el presidente, pero sí el secretario, éste asumirá las funciones de aquél y procederá a integrar la casilla en los términos anteriores; c) Si no estuviera funcionario alguno de los dos mencionados, pero sí alguno de los escrutadores, éste asumirá las funciones de presidente y procederá de acuerdo con lo preestablecido; d) Si sólo estuvieran los suplentes, uno asumirá las funciones de presidente, los otros las de secretario y primer escrutador, en tanto que el primero nombrará de entre los electores a los funcionarios necesarios y se procederá a instalar la casilla; e) Si no asistiera funcionario de casilla alguno, el consejo distrital tomará las medidas requeridas para la instalación de la casilla. En este último caso, cuando por razones de distancia o de dificultad de las comunicaciones, den las 10:00 sin que haya intervenido el personal del Instituto Federal Electoral, entonces, los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla designarán, por mayoría, de entre los electores presentes, a los funcionarios necesarios para integrarlas, en presencia de un juez o notario público, y a falta de éstos, los representantes designarán, de común acuerdo, a los miembros de la mesa directiva. Los nombramientos que se hagan deberán recaer en electores que se encuentren en la casilla para emitir su voto y en ningún caso podrán recaer en los representantes de los partidos políticos.

En relación con esta causa de nulidad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha establecido diversos criterios que, en general, podrían resumirse de la siguiente manera:

Esta causal quedará acreditada: a) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incluyendo a personas diversas a los funcionarios propietarios y suplentes publicados en el encarte, y cualquiera de esas personas sea representante o funcionario partidista; servidor público de confianza con mando superior, o ciudadano que no sea elector inscrito en el listado nominal de la sección a la que corresponde la respectiva casilla, y b) Cuando la mesa directiva de casilla sea instalada incompleta, faltándole el presidente, el secretario o ambos escrutadores.

Esta causal no se acreditará: a) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incompleta, faltándole sólo un escrutador; b) Cuando la mesa directiva de casilla se instale exclusivamente con los propietarios y suplentes generales, no obstante que las vacantes de funcionarios ausentes hubieran sido cubiertas en orden diverso al previsto en el artículo 213 del COFIPE, ya que en todo caso los funcionarios que reciban la votación serán precisamente los designados y capacitados por la autoridad con la vigilancia de los partidos políticos; c) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incluyendo a ciudadanos electores de la respectiva sección, excepto cuando con tal sustitución se hubiere

excluido a algún funcionario de la casilla que se hubiere presentado en tiempo y que no hubiere renunciado al desempeño de su encargo, y d) Cuando alguno de los funcionarios de casilla omita firmar el acta de la jornada electoral en alguno de sus apartados.

iii) *Haber impedido el acceso de los representantes de los partidos políticos o haberlos expulsado, sin causa justificada* [inciso h) del artículo 75 de la LGSMIME]:

De conformidad con el inciso b) del párrafo 3 del numeral 219 del COFIPE, tienen derecho de acceso a las casillas los representantes de los partidos políticos acreditados en los términos de la propia ley, los que también tienen derecho a realizar las diversas funciones de vigilancia que la ley les encomienda.

El artículo 198 del propio código precisa que los partidos políticos, una vez registrados sus candidatos, fórmulas y listas, a más tardar trece días antes del día de la elección, tienen derecho a nombrar dos representantes propietarios y un suplente ante cada mesa directiva de casilla, y en cada uno de los distritos electorales uninominales, representantes generales propietarios, uno por cada diez casillas electorales ubicadas en zonas urbanas y uno por cada cinco casillas rurales.

Los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla tienen los siguientes derechos: Participar en la instalación de la casilla y contribuir al buen desarrollo de sus actividades hasta su clausura; observar y vigilar el desarrollo de la elección; recibir copia legible de las actas de instalación, cierre de votación y final de escrutinio elaboradas en la casilla; presentar escritos relacionados con incidentes ocurridos durante la votación; presentar al término del escrutinio y del cómputo escritos de protesta, así como acompañar al presidente de la mesa directiva de casilla al consejo distrital correspondiente, para hacer entrega de la documentación y el expediente electoral (artículo 200 del COFIPE).

Los representantes generales, por su parte, deben sujetar su actuación a las normas siguientes: Ejercer su cargo exclusivamente ante las mesas directivas de casillas instaladas en el distrito electoral para el que fueron acreditados; actuar individualmente y, en ningún caso, presentarse al mismo tiempo en las casillas más de un representante general de un mismo partido político; abstenerse de sustituir en sus funciones a los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla, sin embargo, pueden coadyuvar en sus funciones y en el ejercicio de los derechos de éstos ante las propias mesas directivas de casilla; abstenerse de ejercer o asumir las funciones de los integrantes de las mesas directivas de casillas; abstenerse de obstaculizar el desarrollo normal de la votación en las casillas en las que se presenten; en cualquier tiempo, presentar escritos de incidentes que se susciten durante el desarrollo de la jornada electoral y, sólo al término del escrutinio y cómputo cuando el representante de su partido político ante la mesa directiva de casilla estuviere ausente, presentar escritos de protesta; asimismo, comprobar la presencia de los representantes de su partido político en las mesas directivas de casilla y recibir de ellos los informes relativos a su desempeño (artículo 199 del COFIPE).

El acceso de los representantes de los partidos a las casillas podrá ser negado por el presidente de la respectiva casilla, cuando aquéllos no se identifiquen o se presenten intoxicados, bajo el influjo de enervantes, embozados o armados. Asimismo, el presidente, en ejercicio de la autoridad que le corresponde para preservar el orden, a fin de asegurar el libre acceso de los electores, garantizar en todo tiempo el secreto del voto y mantener la estricta observancia del código electoral, podrá conminar al orden e, incluso, expulsar a los representantes que pretendan asumir las funciones propias de los integrantes de la mesa directiva, dejen de cumplir su función, coaccionen a los electores o

en cualquier forma afecten el desarrollo normal de la votación (artículos 219 y 220 del COFIPE).

2. Irregularidades en el desarrollo de la votación

En el presente apartado, cabe incluir las siguientes causas de nulidad previstas en el régimen electoral federal mexicano:²⁰

i) *Recibir la votación en fecha distinta a la señalada para la celebración de la elección* [inciso d) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Conforme con el artículo 174, párrafo 4, del código sustantivo, la jornada electoral se inicia a las 8:00 horas del primer domingo de julio y concluye con la clausura de casilla. Asimismo, el numeral 224, párrafo 1, dispone que la votación se cerrará a las 18:00 horas, aunque podría cerrarse antes cuando el presidente y el secretario certifiquen que hubieren votado todos los electores incluidos en la lista nominal correspondiente, o bien, la casilla debería permanecer abierta después de esa hora sólo cuando aún se encuentren electores formados para votar, cerrándose una vez que éstos hubiesen emitido su sufragio.

Cabe advertir que la hora de instalación de la casilla asentada en la respectiva acta no debe asimilarse con la hora en que inició la recepción de los votos. De conformidad con el artículo 216, párrafo 1, del COFIPE, la recepción de los votos inicia con el anuncio que al respecto hace el presidente de la mesa directiva de casilla, una vez que ha sido llenada y firmada el acta de la jornada electoral en el apartado correspondiente, de tal manera que la recepción de la votación necesariamente inicia después de haber concluido la instalación de la casilla.

20. Entre las causas de nulidad previstas en otros ordenamientos latinoamericanos por irregularidades durante la votación, cabe destacar las siguientes: Cuando el registro electoral de la mesa resulte falso, apócrifo o alterado (Colombia y Ecuador); existan errores en las boletas con relación a los nombres de los candidatos (Colombia) o los emblemas de los partidos (El Salvador y Chile, si bien en este último sólo si se confundió al electorado o influyó en el resultado); se haya impedido votar a quien tiene derecho (Perú); se haya permitido votar a quien no aparece en el padrón (Paraguay) o sin verificar la identidad del elector (Brasil), o bien, se haya admitido el sufragio múltiple (Paraguay) o se haya impedido la fiscalización a los representantes de los partidos políticos (Brasil, sólo si se protestó en ese momento, y Paraguay). Además, cuando se hubieren ejercido por la mesa actos de coacción contra los electores de manera que los hubiesen obligado a abstenerse de votar o a votar en contra de su voluntad o sin las garantías legales (Venezuela); violencia sobre los miembros de la mesa o casilla durante la votación (Colombia, Guatemala, Panamá y Paraguay, así como Venezuela cuando ello altere el resultado de la votación); violencia, coacción o amenaza contra los electores (Bolivia, Brasil, Guatemala y Paraguay, así como El Salvador cuando ello sea determinante para el resultado de la votación); fraude, cohecho, soborno, intimidación o violencia en favor de algún candidato (Chile y Perú); violencia generalizada que impida la libre y pacífica emisión del voto (Paraguay); violación de la secrecía del voto (Brasil y Paraguay); vicios por falsedad, fraude o coacción (Brasil y Chile); realización de propaganda o captación de sufragios vedados legalmente (Brasil); interferencia económica o abuso de poder de la autoridad contra la libertad del voto (Brasil); cualquier otro acto que razonablemente pueda haber alterado el resultado de la votación (Guatemala). Asimismo, cuando la votación se hubiere realizado en fecha distinta a la señalada por los órganos electorales competentes (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Venezuela), o bien, antes de las siete de la mañana o después de las cinco de la tarde (Ecuador) o en horas distintas a las previstas salvo caso fortuito o fuerza mayor (El Salvador); cuando se hubiere producido una apertura tardía o una clausura anticipada de la votación de la mesa, privándose maliciosamente a los electores del derecho de votar (Argentina); cuando se hubiere iniciado la votación después de las trece horas sin causa justificada o habiendo impedido el libre ejercicio del sufragio (Perú), después de las catorce horas y hubiere votado menos del 50% del electorado (Panamá), o bien, cerrado la votación antes de las diecisiete horas (Brasil); cuando la votación se hubiere practicado en lugar distinto al autorizado (Brasil, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Venezuela). Igualmente, cuando la votación se hubiere recibido por personas no autorizadas (Paraguay y Perú).

ii) *Permitir a ciudadanos sufragar sin credencial para votar o cuyo nombre no aparezca en la lista nominal de electores y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación, salvo los casos de excepción señalados en el COFIPE y en el artículo 85 de la LGSMIME, o bien, impedir, sin causa justificada, el ejercicio del derecho de voto a los ciudadanos y esto sea determinante para el resultado de la votación* [incisos g) y j) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Todo ciudadano que satisfaga tanto los requisitos constitucionales como legales tiene derecho a emitir su sufragio el día de la elección; por tanto, los funcionarios integrantes de las mesas directivas de casilla no podrán obstaculizar o impedir ese ejercicio. Al propio tiempo, no se debe permitir que sufrague cualquier persona que no sea ciudadano y cumpla los demás requisitos para votar.

Para tener derecho a votar se requiere ser ciudadano, además de presentar la credencial para votar con fotografía y que los datos de ésta correspondan con los inscritos en la lista nominal de electores correspondiente a la sección del domicilio del elector. También se permite que los representantes de los partidos políticos puedan sufragar en la casilla en que están debidamente acreditados, debiendo anotar al final de la lista nominal respectiva el nombre completo y la clave de la credencial para votar de los representantes que votaron. De igual manera, el artículo 223 del código prevé la situación de los electores que se encuentren transitoriamente fuera de su sección, los que podrán votar en las casillas especiales, las cuales no cuentan con lista nominal de electores sino con acta de electores en tránsito y, por ello, el presidente de la casilla sólo requerirá al ciudadano que exhiba su credencial para votar con fotografía y que muestre su pulgar derecho para constatar que no ha votado en otra casilla. Además, a estos supuestos de excepción debe agregarse el caso de los ciudadanos que en lugar de credencial para votar cuenten con resoluciones favorables del Tribunal Electoral, en los términos del artículo 85 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Podrá impedírsele votar a quienes no sean ciudadanos o, siéndolo, no cumplan con los demás requisitos anteriormente señalados, así como a las personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, embozadas o armadas.

Cerrar anticipadamente una casilla electoral antes de que hubieren votado todos los ciudadanos inscritos en la lista nominal de la misma, se equipara a haber impedido el ejercicio del voto a quien tiene derecho a ejercerlo²¹.

Para que la nulidad pueda ser decretada, no es suficiente que se acredite que se impidió votar a un determinado número de ciudadanos con derecho, o que se permitió votar a un determinado número de personas que no lo tenían, sino que además es requisito indispensable que tal irregularidad sea determinante para el resultado de la votación.

iii) *Ejercer violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores y siempre que esos hechos sean determinantes para el resultado de la votación* [inciso i) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Tres son los elementos que requiere esta causal para su comprobación: a) Que se ejerció violencia física o presión; b) Sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores, y c) Que tal violencia física o presión sea determinante para el resultado de la votación.

21. V., tesis S3EL 016/97, bajo el rubro “*Presión sobre el electorado. la interrupción de la recepción de la votación sin causa justificada podría equivaler (legislación de querétaro)*”, suplemento n° 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 56-57.

De acuerdo con el criterio que se ha sostenido en materia electoral, por *violencia física* se entienden aquellos actos materiales que afectan la integridad física de las personas y la *presión* implica ejercer apremio o coacción moral sobre las personas, siendo la finalidad en ambos casos el producir determinada conducta que se vea reflejada de manera decisiva en los resultados obtenidos en la votación²².

Para que se acredite la causal no es suficiente que se aleguen hechos que guarden relación con actos de violencia o presión sobre el electorado o los integrantes de la mesa directiva de casilla sino que, además, es necesario precisar circunstancias de modo, lugar y tiempo que permitan deducir y, en su caso, comprobar, si los actos de violencia o presión aducidos son determinantes para el resultado de la votación.

En relación con este último concepto, un criterio orientador es el sustentado por la Sala Central del entonces Tribunal Federal Electoral, en la jurisprudencia N° 87, cuyo rubro y texto establecen: *presión sobre los electores. cuando es determinante para el resultado de la votación*. A fin de que se pueda evaluar de manera objetiva que de no haberse ejercido presión sobre los electores, otro partido podría haber alcanzado la votación más alta, es necesario que se acredite que la presión se haya ejercido sobre determinado número de electores, o bien, durante la mayor parte de la jornada electoral, ya que en el primer caso, al conocerse el número de electores que votó bajo presión a favor de determinado partido que alcanzó la votación más alta, y deducidos a dicho partido el número de votos correspondiente, otro ocuparía el primer lugar de la votación, en cuyo caso resultaría evidente que dicha irregularidad fue determinante para el resultado de la votación; y en el segundo caso, al comprobarse que durante la mayor parte de la jornada electoral se ejerció presión sobre los electores para que votaran en favor de algún partido y en caso de que éste obtenga la votación más alta, existiría la presunción de que dicha presión se ejerció sobre la mayoría de los electores y consecuentemente se inferiría que ello fue determinante para el resultado de la votación”.

iv) *Existir irregularidades graves, plenamente acreditadas y no reparables durante la jornada electoral o en las actas de escrutinio y cómputo que, en forma evidente, pongan en duda la certeza de la votación y sean determinantes para el resultado de la misma* [inciso k) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Esta causa de nulidad es la más reciente de todas las previstas en la ley, ya que fue incorporada a partir de la reforma electoral de noviembre de 1996.

Dicho supuesto abre la posibilidad de invocar como causa de nulidad de la votación en casilla, a cualquier otra irregularidad *invalidante* (por usar la terminología española), diversa a las contempladas en las restantes causas de nulidad, pero que debido a su gravedad fue recogida en esta hipótesis, ya que puede afectar igual o más el resultado y certeza de una votación.

No se descarta que, a partir de su desarrollo jurisprudencial, esta causa de nulidad gradualmente reoriente todo el sistema de nulidades electorales de votación, para pasar de uno de conductas taxativamente dispuestas, a otro en donde el juzgador tenga un mayor margen de arbitrio para calificar como determinante para el resultado de la votación a cualquier irregularidad grave.

22. V., tesis S3ELJD 01/2000, bajo el rubro “*Violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o los electores como causal de nulidad. Concepto de (legislación de guerrero y las que contengan disposiciones similares)*”, suplemento n° 4 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 31-32.

3. Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales

Por lo que se refiere al escrutinio de la votación²³ y la entrega de los paquetes electorales, cabe mencionar las siguientes causas de nulidad previstas en el ámbito federal:

i) *Realizar, sin causa justificada, el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el consejo respectivo* [inciso c) del artículo 75 de la LGSMIME]:

El artículo 226, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dispone que, una vez cerrada la votación y llenado y firmado el apartado correspondiente del acta de la jornada electoral, los integrantes de la mesa directiva procederán al escrutinio y cómputo de los votos emitidos en la casilla.

La ley electoral no determina expresamente en qué lugar debe practicarse el escrutinio y cómputo, sin embargo, de la anterior disposición se puede colegir que dicho procedimiento debe realizarse en el mismo en que se recibió la votación, dado que se trata de dos operaciones efectuadas por el mismo órgano electoral (funcionarios de la mesa directiva de casilla), en la misma etapa del proceso electoral federal (la jornada electoral).

El COFIPE tampoco contiene disposición alguna que prevea las causas justificadas por las que los integrantes de las mesas directivas de casilla puedan realizar el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el consejo distrital respectivo para instalar la casilla, sin embargo, respecto de este punto el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha considerado que en este caso resultan analógicamente aplicables las causas justificadas que la ley prevé para variar el lugar de instalación de una casilla. Tanto la instalación de la casilla como el escrutinio y cómputo son “operaciones que realiza el mismo órgano electoral, y las realiza en la misma etapa de proceso electoral, son tareas que deben realizarse en el local señalado por el Consejo Distrital y sólo cuando exista causa justificada podrá en su caso instalarse la casilla en lugar distinto al legalmente señalado, o podrá realizarse el escrutinio y cómputo en otro local. Al existir situaciones jurídicas análogas, se deben aplicar las causas de justificación que contiene el artículo 215 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así,

23. Los demás ordenamientos electorales latinoamericanos prevén las siguientes tipos de causas de nulidad sobre el particular: La realización de escrutinios en lugar distinto al autorizado (Bolivia, Ecuador, Panamá y Paraguay, en tanto que en Colombia se admite que el cambio haya sido por alguna causa justificada, y en Chile tal situación sólo genera presunción de fraude); cuando se hubiere ejercido violencia sobre los miembros de la mesa en la realización del escrutinio, al extremo de haberse afectado el resultado de la votación (Venezuela); diferencia de cinco o más entre número de sufragantes y número de sobres utilizados (Argentina), un número de sufragantes mayor que número de electores (Colombia), más votos nulos que votos válidos (El Salvador) o si el número de boletas utilizadas supera ostensiblemente al padrón de la junta (El Salvador); error en la aplicación de la fórmula electoral (Colombia y Perú); vicios en el escrutinio (Chile), así como errores (aritméticos) o alteraciones en el cómputo (Colombia, México y Panamá). Cabe advertir que, en algunos países, cuando aparece mayor número de votos que electores, en la propia mesa receptora de votos al momento del escrutinio se escogen al azar los sobrantes y se destruyen (por ejemplo, en Perú). Asimismo, son causas de nulidad la elaboración o firma de actas por personas no autorizadas (Bolivia y Panamá) o la utilización de formularios no autorizados (Bolivia y Ecuador), así como la alteración o falsedad de las actas (Panamá y Paraguay); la ausencia, destrucción o desaparición de documentación electoral (Brasil, Colombia y Paraguay); la falta de firma de por lo menos tres jurados o la del presidente y del secretario (Bolivia, admitiéndose huella digital, y Ecuador), o bien, la falta de firma del presidente (Argentina), así como la violación de la llamada bolsa electoral (Guatemala). De igual modo, la entrega extemporánea de los paquetes, pliegos o bolsas electorales (Colombia, salvo caso fortuito, violencia o fuerza mayor), en tanto que el depósito extemporáneo del acta de escrutinio en el correo hace presumir que sea fraudulenta (Chile).

este artículo, en su párrafo 1, inciso d), permite el cambio cuando las condiciones del mismo no permitan la realización de las operaciones en forma normal”²⁴.

ii) *Haber mediado dolo o error en la computación de los votos y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación* [inciso f) del artículo 75 de la LGSMI-ME]:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del COFIPE, “la ley establece que el cómputo de los votos no sólo se circunscriba a contar los votos emitidos a favor de cada contendiente político, sino que además en el procedimiento del escrutinio y cómputo que se lleva a cabo en la casilla, deberán también establecerse y asentarse en el acta de escrutinio y cómputo de casilla, las cifras correspondientes a los ciudadanos que votaron, los votos nulos y las boletas sobrantes; además de que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 212, establece que en el acta de la jornada electoral correspondiente a la respectiva casilla, también se asiente el número de boletas recibidas para cada elección. Lo anterior, evidentemente, con el propósito de que los cómputos electorales desemboquen no sólo en una cifra de votos con fundamento en la cual se declare el triunfo de los candidatos ganadores, sino que además también precisen otras diversas cifras que en conjunto consolidan la certeza, objetividad y transparencia en torno al resultado de la votación en cada casilla, así como el resultado final de la elección”²⁵.

Esta causa de nulidad de la votación recibida en casilla debe considerarse actualizada cuando se cumplan los siguientes supuestos: a) Que haya error o dolo en la computación de los votos; b) Que ello sea determinante para el resultado de la votación.

Por *error* debe entenderse cualquier idea o expresión no conforme con la verdad o que tenga diferencia con el valor exacto que corresponda; sin embargo, para los efectos de esta causal sólo se considerará como error en el cómputo la inconsistencia aritmética no subsanable, entre las siguientes cifras: a) Votación emitida; b) Ciudadanos que votaron conforme con la lista nominal; c) Votos encontrados en la urna, y d) Boletas recibidas menos boletas sobrantes e inutilizadas.

El error será determinante para el resultado de la votación, cuando sea aritméticamente igual o mayor a la diferencia numérica de los votos obtenidos por los partidos políticos que ocuparon el primero y segundo lugares de la votación en la respectiva casilla. Sin embargo, el criterio numérico, como ya se mencionó anteriormente, no es el único posible, pues también el carácter *determinante para el resultado de la votación* puede actualizarse a partir de otras valoraciones (como podría estimarse, por ejemplo, ante un *desaseo generalizado*).

En relación con esta causa de nulidad, es importante tener presente la jurisprudencia J.08/97 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyo rubro es el siguiente: *error en la computación de los votos. el hecho de que determinados rubros del acta de escrutinio y cómputo aparezcan en blanco o ilegibles, o el número consignado*

24. V, tesis S3EL 022/97 del TEPJF, bajo el rubro “*escrutinio y cómputo. cuando justifica su realización en local diferente, al autorizado*”, suplemento nº 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 40-41.

25. V., tesis II3EL 006/2000 de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, bajo el rubro “*error en la computación de los votos. tutela la certeza no sólo de la cifra de votos con fundamento en la cual se declara el triunfo de los candidatos ganadores, sino la consistencia entre las diversas cifras que arroja el escrutinio y cómputo*”, en *Jurisprudencia y Tesis relevantes, Compilación de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial*, TEPJF, México 2000, p. e.SR.6

en un apartado no coincida con otros de similar naturaleza, no es causa suficiente para anular la votación²⁶.

iii) *Entregar, sin causa justificada, el paquete que contenga los expedientes electorales al consejo distrital, fuera de los plazos que el COFIPE señale* [inciso b) del artículo 75 de la LGSMIME]:

En el artículo 238, párrafo 1, del COFIPE, se dispone que una vez que sea clausurada la casilla, el presidente de la mesa directiva, bajo su responsabilidad, hará llegar al consejo distrital respectivo el paquete y los expedientes de casilla dentro de los siguientes plazos, contados a partir de la hora de clausura: a) Inmediatamente cuando se trate de casillas ubicadas en la cabecera del distrito; b) Hasta 12 horas cuando se trate de casi-

26. “Al advertir el órgano jurisdiccional en las actas de escrutinio y cómputo la existencia de datos en blanco, ilegibles o discordancia entre apartados que deberían consignar las mismas cantidades, en aras de privilegiar la recepción de la votación emitida y la conservación de los actos de las autoridades electorales válidamente celebrados, se imponen las siguientes soluciones: a) En principio, cabe revisar el contenido de las demás actas y documentación que obra en el expediente, a fin de obtener o subsanar el dato faltante o ilegible, o bien, si del análisis que se realice de los datos obtenidos se deduce que no existe error o que él no es determinante para el resultado de la votación, en razón de que determinados rubros, como son “total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal”, “total de boletas extraídas de la urna» y «votación emitida y depositada en la urna”, están estrechamente vinculados, debiendo existir congruencia y racionalidad entre ellos, porque en condiciones normales el número de electores que acuden a sufragar en determinada casilla debe ser la misma cantidad de votos que aparezcan en ella; por tanto, las variables mencionadas deben tener un valor idéntico o equivalente. Por ejemplo: si el apartado “total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal” aparece en blanco o es ilegible, él puede ser subsanado con el total de boletas extraídas de la urna o votación total emitida (ésta concebida como la suma de la votación obtenida por los partidos políticos y de los votos nulos, incluidos, en su caso, los votos de los candidatos no registrados), entre otros, y si de su comparación no se aprecian errores o éstos no son determinantes, debe conservarse la validez de la votación recibida; b) Sin embargo, en determinados casos lo precisado en el inciso anterior en sí mismo no es criterio suficiente para concluir que no existe error en los correspondientes escrutinios y cómputos, en razón de que, a fin de determinar que no hubo irregularidades en los votos depositados en las urnas, resulta necesario relacionar los rubros de “total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal”, “total de boletas extraídas de la urna», «votación emitida y depositada en la urna”, según corresponda, con el de “número de boletas sobrantes”, para confrontar su resultado final con el número de boletas entregadas y, consecuentemente, concluir si se acredita que el error sea determinante para el resultado de la votación. Ello es así, porque la simple omisión del llenado de un apartado del acta del escrutinio y cómputo, no obstante que constituye un indicio, no es prueba suficiente para acreditar fehacientemente los extremos del supuesto contenido en el artículo 75, párrafo 1, inciso f), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; c) Por las razones señaladas en el inciso a), en el acta de escrutinio y cómputo los rubros de total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal, total de boletas extraídas de la urna y votación emitida y depositada en la urna, deben consignar valores idénticos o equivalentes, por lo que, al plasmarse en uno de ellos una cantidad de cero o inmensamente inferior a los valores consignados u obtenidos en los otros dos apartados, sin que medie ninguna explicación racional, el dato no congruente debe estimarse que no deriva propiamente de un error en el cómputo de los votos, sino como un error involuntario e independiente de aquél, que no afecta la validez de la votación recibida, teniendo como consecuencia la simple rectificación del dato. Máxime cuando se aprecia una identidad entre las demás variables, o bien, la diferencia entre ellas no es determinante para actualizar los extremos de la causal prevista en el artículo mencionado. Inclusive, el criterio anterior se puede reforzar llevando a cabo la diligencia para mejor proveer, en los términos del inciso siguiente; d) Cuando de las constancias que obren en autos no sea posible conocer los valores de los datos faltantes o controvertidos, es conveniente acudir, mediante diligencia para mejor proveer y siempre que los plazos electorales lo permitan, a las fuentes originales de donde se obtuvieron las cifras correspondientes, con la finalidad de que la impartición de justicia electoral tome en cuenta los mayores elementos para conocer la verdad material, ya que, como órgano jurisdiccional garante de los principios de constitucionalidad y legalidad, ante el cuestionamiento de irregularidades derivadas de la omisión de asentamiento de un dato o de la discrepancia entre los valores de diversos apartados, debe determinarse indubitablemente si existen o no las irregularidades invocadas. Por ejemplo: si la controversia es respecto al rubro “total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal” deben requerirse las listas nominales de electores correspondientes utilizadas el día de la jornada electoral, en que conste el número de electores que sufragaron, o bien, si el dato alude a los votos extraídos de la urna, puede ordenarse el recuento de la votación en las casillas conducentes, entre otros supuestos”, suplemento n° 1 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 22-24.

llas urbanas ubicadas fuera de la cabecera de distrito; y c) Hasta 24 horas cuando se trate de casillas rurales.

En el caso del inciso a) anterior, la expresión *inmediatamente* debe entenderse en el sentido de que, entre la clausura de la casilla y la entrega de los paquetes y expedientes, sólo transcurra el tiempo suficiente para trasladarse del lugar en que se instaló la casilla al domicilio del consejo distrital correspondiente, considerando las características de la localidad, los medios de transporte y las condiciones particulares del momento y del lugar. Igualmente, en los demás casos debe entenderse que el transporte de los paquetes debe hacerse con una continuidad sin interrupciones injustificadas que pongan en riesgo la integridad física del paquete, de tal manera que, por ejemplo, no está autorizado que el presidente de la casilla se retire a dormir para luego entregar el paquete a la mañana siguiente, aunque esto lo pueda hacer dentro del plazo establecido en la ley.

Relativo al supuesto de causa justificada que refiere la causal, en el mismo artículo 238, párrafo 5, se prevé al caso fortuito o fuerza mayor. Para acreditar esta causa justificada, no basta con afirmar de una manera abstracta que la misma ocurrió sino que es menester que se describa y acredite el hecho real al que se atribuye la calificación de caso fortuito o fuerza mayor; en caso contrario, procederá a declarar la nulidad de la votación recibida en la casilla.

Finalmente, resulta especialmente importante referirse a los efectos que puede tener la nulidad de una votación. En principio, los casos de nulidad de la votación recibida en una mesa o casilla electoral sólo afecta la votación respectiva y, por tanto, no necesariamente afecta la elección o el proceso electoral; el efecto inmediato de la nulidad de una votación es que deben excluirse los votos de esa mesa o casilla del cómputo general de los votos emitidos en la elección de que se trate, siendo frecuente que la recomposición del cómputo no dé lugar siquiera a un cambio de ganador. Sin embargo, puede darse el supuesto de que la nulidad de la votación en una o varias mesas o casillas tenga influencia en la elección²⁷, ya sea por actualizarse la causa de nulidad de la elección respectiva (por ejemplo, al acreditarse la nulidad de la votación en el porcentaje de casillas o secciones previsto legalmente como causa de nulidad de la elección de diputados o senadores por mayoría relativa, como se analiza en seguida, en cuyo caso, además de declararse la nulidad de la elección, se revoca la constancia de mayoría y validez originalmente otorgada y, en su oportunidad, se convoca a una elección extraordinaria), o porque la recomposición del cómputo da lugar a un cambio de candidato o fórmula de candidatos ganadora o a un cambio en el número de asignaciones por representación proporcional (en cuyo supuesto procede, por ejemplo, la revocación de la constancia

27. Algunos ordenamientos latinoamericanos establecen el principio en forma negativa, al prescribir que no habrá lugar a nuevas elecciones si se evidencia que la nueva votación (en la mesa en concreto) no tendría influencia sobre el resultado general de la elección (Uruguay y Venezuela), en tanto que otras lo formulan en sentido positivo, al establecer que debe haber una nueva elección si las votaciones anuladas pueden alterar o ser determinantes para el resultado de la elección (Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua y Panamá), o bien, suficientes para decidir la subsistencia legal de un partido (Panamá). En estos supuestos, es frecuente que en los ordenamientos (o jurisprudencialmente) se prevean presunciones para definir cuándo debe considerarse determinante la nulidad de la votación en una mesa o casilla respecto de una elección, en cuyo caso se requiere convocar a una nueva elección: Si la nulidad de las votaciones afecta a más de la mitad de las mesas o casillas (Argentina y Guatemala), o bien, si las nulidades de votación afectan a más de la mitad de los votos (Brasil) o representan un tercio de la votación nacional válida (Perú). Al respecto, es conveniente señalar que mientras varios países admiten la posibilidad de que la nueva elección se realice únicamente en las mesas cuya votación haya sido anulada (o, incluso, cuando en alguna mesa no se haya celebrado la elección), dando lugar a elecciones parciales (Chile, Panamá, Uruguay y Venezuela), algunos establecen que deberán llevarse a cabo nuevas elecciones, según el caso, en todo el distrito o entidad (como en México).

expedida en favor de la respectiva fórmula de candidatos a diputado o senador, así como el otorgamiento de tal constancia a la fórmula de candidatos que efectivamente resultó ganadora como consecuencia de la recomposición del cómputo por la anulación de la votación emitida en una o varias casillas)²⁸.

IV. NULIDAD DE UNA ELECCIÓN

Conforme con el derecho electoral federal mexicano, es posible distinguir tres tipos de causas de nulidad de una elección: Como consecuencia de la nulidad de la votación recibida en diversas mesas o casillas, o bien, por la no instalación de cierto número de éstas; por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos, y cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias.

1. Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas

Es el caso a que se hacía referencia al final de la sección anterior, con relación al cual los artículos 76, párrafo 1, inciso a), y 77, párrafo 1, inciso a), de la LGSMIME establecen como causa de nulidad de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal cuando alguna o algunas de las causas de nulidad de la votación recibida en casilla se acrediten en, por lo menos, el veinte por ciento de las casillas en el correspondiente distrito y, tratándose de la elección de senadores en una entidad federativa, cuando tales causales se acrediten, al menos, en el veinte por ciento de las secciones en la entidad respectiva²⁹.

28. Al respecto, es conveniente señalar que mientras varios países admiten la posibilidad de que la nueva elección se realice únicamente en las mesas cuya votación haya sido anulada (o, incluso, cuando en alguna mesa no se haya celebrado la elección), dando lugar a elecciones parciales (Chile, Panamá, Uruguay y Venezuela), algunos establecen que deberán llevarse a cabo nuevas elecciones, según el caso, en todo el distrito o entidad (como en México). Igualmente, deben diferenciarse los casos de nulidad de votación que anteceden del supuesto previsto en Colombia con respecto a que participen cónyuges o parientes de los candidatos hasta el segundo grado en los jurados de votación o las comisiones escrutadoras, en cuyo supuesto no se anula toda la votación de la mesa o jurado sino tan sólo los votos emitidos en favor del candidato respectivo. Por último, conviene advertir que algunos países contemplan expresamente la posibilidad de que oficiosamente, por parte del órgano electoral competente, bajo ciertos parámetros legales, se hagan valer algunas causales de nulidad de votación recibida en alguna mesa, casilla o junta, o bien, de determinada elección [Argentina, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana; la razón de tal atribución es el interés público (superior al de las partes procesales) inherente a los procedimientos electorales, del cual es garante el órgano electoral competente (también conocido como interés en beneficio de la ley, esto es, asegurar que los actos y procedimientos electorales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y/o legalidad)].

29. En otros países latinoamericanos se prevén como causas de nulidad de elección, por ejemplo, cuando la nulidad de las votaciones afecta a más de la mitad de las mesas o casillas (Argentina y Guatemala), más de la mitad de los votos (Brasil) o un tercio de la votación nacional válida (Perú), o bien, el 20% de las casillas (Paraguay). Cabe mencionar que en el Estado de Oaxaca, el porcentaje requerido varía según la dimensión demográfica electoral: Así, por ejemplo, si se conforma sólo hasta con 5 secciones, se exige el 50% de las casillas; hasta con 10 secciones, se exige el 40%; hasta con 30 secciones, se exige el 30%, y si se conforma con más de 30 secciones, se exige el 20% de las casillas. Por otra parte, la Sala Superior del TEPJF ha sostenido que al decretarse la nulidad de la votación recibida en el 50% de las secciones del ámbito de la elección de ayuntamiento, se surte, por sí sola, la calidad de determinante para el resultado de dicha elección (V., tesis S3EL 037/97, bajo el rubro "nulidad de elec-

Asimismo, los correspondientes incisos b) de los párrafos 1 de los preceptos invocados prevén como causa de nulidad, por lo que se refiere a la elección de diputados por mayoría relativa, cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en el distrito de que se trate y, en cuanto a la elección de senadores en una entidad federativa, cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en la entidad respectiva, sin que en las mismas, por lo tanto, la votación hubiere sido recibida.

2. Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos

Los incisos c) de los párrafos 1 de los artículos 76 y 77 de la LGSMIME prevén como causa de nulidad tanto de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal como de una elección de senadores en una entidad federativa, cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría fueren inelegibles, en el entendido de que tratándose de la elección de senadores la nulidad afectará a la elección únicamente por lo que hace a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles³⁰. En cuanto a los efectos de la nulidad de la elección de diputados por mayoría relativa en un distrito uninominal, resulta aplicable lo expresado al final de la sección anterior, en tanto que (además de la revocación de la constancia expedida en favor de la fórmula de candidatos originalmente ganadora) procede la expedición de una convocatoria y la celebración de una elección extraordinaria.

Es conveniente mencionar que, según criterio reiterado de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los requisitos de elegibilidad no sólo cabe examinarlos al momento del registro de candidatos (aun cuando el registro hubiere quedado firme por no haberse impugnado, el alcance de tal circunstancia es que a los candidatos registrados ya no se les puede privar de su carácter de candidatos para contender en la elección) sino al efectuar la calificación de la elección, esto es, al momento de realizar el cómputo final y declarar la validez de la elección (donde se analizan las cualidades que debe reunir una persona para el ejercicio mismo del cargo)³¹. Asimismo, por lo que se refiere a la causa de inelegibilidad por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, prevista en el artículo 38, fracción V, constitucional, la propia sala del TEPJF ha sostenido que si no se encuentra demostrado que el candidato indiciado o procesado haya intentado huir, fugarse o sustraerse de la justicia, cabe considerar que coloquial y jurídicamente no se encuentra *prófugo de la justicia* y,

ción. violación determinante para actualizar la causal (legislación de sonora)", suplemento n° 1 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 51).

30. Prácticamente todos los ordenamientos latinoamericanos prevén como causa de nulidad de elección que el candidato o, en su caso, los integrantes de la fórmula de candidatos no reúnan los requisitos de elegibilidad o las cualidades que exija la ley (Colombia, Costa Rica, Honduras y Venezuela), o bien, el candidato respectivo hubiere falseado los requisitos legales (Nicaragua y Venezuela). En cuanto a las entidades federativas de México, en Nuevo León y Tlaxcala se prevé como causa de nulidad de elección si el candidato era ministro de culto religioso; asimismo, por lo que se refiere a las elecciones municipales de ayuntamientos, se establece como causa de nulidad de elección cuando la mayoría de la planilla es inelegible (por ejemplo, en Baja California Sur, Durango y Tamaulipas); finalmente, como una peculiaridad, en Zacatecas se prevé que si el candidato a gobernador que obtuvo el triunfo es inelegible, no se decreta la nulidad de la elección sino que ocupará su lugar quien le siga en orden decreciente.

31. V., tesis S3EL 012/97, bajo el rubro "*elegibilidad. su examen puede hacerse en el momento en que se efectúe el cómputo final y se declare la validez de la elección de gobernador (legislación de colima)*", suplemento n° 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 38-39.

por tanto, no se actualiza la referida causa de inelegibilidad, aunque se acredite que un juez libró la orden de aprehensión en su contra y la acción penal se encuentre viva³².

3. Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias

Finalmente, el artículo 78 contempla la llamada *causa genérica de nulidad de elección* al disponer que “Las Salas del Tribunal Electoral podrán decretar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos promoventes o sus candidatos”³³.

Como advierte Brewer-Carías, los anteriores supuestos contemplan diversos conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, *en forma generalizada, violaciones sustanciales, determinantes para el resultado de la elección*), que no dan origen a la discrecionalidad (en cuanto a la potestad de decidir libre y prudencialmente) sino al arbitrio del órgano jurisdiccional electoral (entendido como la apreciación circunstancial dentro del parámetro legal), lo cual requiere la aplicación técnica de los llamados conceptos jurídicos indeterminados que exigen precisión del supuesto previsto en la norma, por parte del órgano decisorio, con su respectiva calificación jurídica, la prueba para tomar una decisión y su adecuación al fin perseguido en la norma³⁴.

Así, por ejemplo, la Sala Superior del TEPJF, en la sentencia recaída en el expediente SUP-REC-057/97, relativa a la elección de diputados por el principio de mayoría relativa celebrada en 1997 en el distrito electoral federal con sede en Ocosingo, Estado de Chiapas, resolvió, por mayoría de votos, que para tener por acreditada la “causa genérica de nulidad de elección” no es posible aplicar indistintamente el umbral del veinte por ciento respecto de la acreditación de las causas nulidad de la votación recibida en casillas y sobre la no instalación de las mismas en las secciones de un distrito electoral, que

32. V., tesis S3ELJ 06/97, bajo el rubro “*prófugo de la justicia. elementos del concepto, como causa de inelegibilidad*”, suplemento n° 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 29-30. Por otra parte, la misma sala aprobó la tesis relevante S3EL 042/98 bajo el rubro “*inelegibilidad. el perdón de la pena otorgado por el ejecutivo, es insuficiente para dejar sin efecto la causa de (legislación de chiapas)*”, suplemento n° 2 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 52-53.

33. Por lo que se refiere a otros países latinoamericanos, es causa de nulidad de la elección cuando hayan ocurrido actos de violencia o coacción suficientes para alterar el resultado, así como la celebración de ellas sin las garantías requeridas (Panamá); la realización de actos que hubieren viciado la elección, siempre y cuando influyan en los resultados generales (Uruguay); la distorsión generalizada de los escrutinios por error, dolo o violencia (Paraguay); error o fraude en el cómputo de los votos, si ello decidiera el resultado de la elección (Honduras); fraude, cohecho, soborno o violencia en las inscripciones, votaciones o escrutinios, y dichos vicios alteren el resultado de la elección (Venezuela), o bien, cuando se comprueben graves irregularidades que, a juicio del órgano jurisdiccional competente, hubiesen modificado los resultados de la votación (Perú). En cuanto a las entidades federativas de México, es causa de nulidad de elección, por ejemplo, la violencia generalizada (Coahuila, Colima, Jalisco y Sonora); las violaciones sustanciales (Chiapas, Jalisco, Puebla, Sonora y Tlaxcala); cuando un candidato hubiese sido objeto de propaganda por agrupaciones o instituciones religiosas (Tlaxcala), y cuando el partido político que obtenga la mayoría de votos sobrepase los toques de gastos de campaña (Distrito federal), lo cual fue considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ajustado al principio de legalidad electoral previsto constitucionalmente, según la ejecutoria recaída a la acción de inconstitucionalidad 5/99, V., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo IX, marzo de 199, pp. 469-857).

34. Cf., BREWER-CARIÁS, *op. cit.*, *supra*, primer párrafo del presente trabajo, p. 103.

son categorías o supuestos jurídicos independientes previstos en diversos incisos del artículo 76 de la LGSMIME, a una hipótesis normativa distinta como lo es la del artículo 78 del propio ordenamiento, para tener por acreditado, por ese solo aspecto, el elemento de que ciertas irregularidades fueron determinantes para el resultado de la elección en un distrito, pues implicaría confundir sus diversos y muy específicos ámbitos personales, espaciales, materiales y temporales de validez, además de que conduciría indebidamente a inutilizar en la práctica los supuestos jurídicos contemplados en el primero de los preceptos; esto es, si conforme con el artículo 78 supuestamente bastara acreditar que en el veinte por ciento de las casillas o secciones de un distrito electoral no se hubieran instalado aquéllas o en las mismas se hubiera decretado la nulidad de la votación recibida en casilla para declarar la nulidad de la elección, entonces, carecería de sentido y posibilidad fáctica de aplicación lo previsto en los incisos a) y b) del artículo 76, los cuales exigen, por separado, que se cubra el umbral del veinte por ciento en cada una de las hipótesis³⁵.

Por otra parte, cabe mencionar en este apartado, aun cuando no haya precedente alguno en el ámbito federal, la llamada *causa abstracta de nulidad de elección*, misma que se actualiza cuando determinada elección no se ajusta a ciertos principios fundamentales previstos constitucionalmente para garantizar la libertad de sufragio y la celebración de una elección libre y auténtica, en relación con lo dispuesto también en otras disposiciones legales electorales, según lo resuelto por la mayoría de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia recaída a los expedientes SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, con motivo de la elección de gobernador del Estado de Tabasco³⁶.

35. Por otra parte, la propia Sala Superior del TEPJF ha sostenido que “la locución ‘preparación y desarrollo de la elección’, contenida en el artículo 181, fracción II, en relación con los diversos dispositivos sobre el proceso electoral establecidos en la Ley Electoral del Estado de San Luis Potosí, no equivale a “jornada electoral” sino, más bien, a todos los actos, actividades, tareas y resoluciones que tienen lugar a lo largo del proceso electoral y, por ende, la sesión de cómputo municipal y las posibles violaciones que ocurran en ella se dan durante la preparación y desarrollo de la elección, pudiendo, según sus características, convertirse en violaciones sustanciales que motiven la nulidad de la elección” (tesis S3EL 072/98, publicada en el suplemento n° 2 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 65).

36. La mayoría de la Sala Superior del TEPJF consideró que, con base en la interpretación sistemática y funcional de lo dispuesto, entre otros preceptos, en los artículos 41 y 116, fracción IV, constitucionales, en relación con el 278 y 329, fracción IV, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco, se encontraba prevista la nulidad de la elección de gobernador y, a fin de establecer si ciertas irregularidades podrían ser determinantes para el resultado de la elección, cabría contemplar actos realizados durante la etapa de preparación de la elección que afecten los elementos fundamentales de las elecciones democráticas, como es la libertad del sufragio, y que puedan producir su nulidad, siempre y cuando tales actos no sean imputables a las autoridades electorales (y, por tanto, no hayan sido susceptibles de ser combatidos a través del sistema de medios de impugnación en materia electoral), sin que ello sea contrario del principio de definitividad de las etapas del proceso electoral, toda vez que este principio sólo opera con relación a los actos emitidos por las autoridades electorales, mas no con respecto de actos de personas o entidades distintas, como pueden ser los de los ciudadanos, los partidos políticos y otras autoridades distintas a las que organizan y llevan a cabo los comicios (sentencia recaída a los expedientes SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000).

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Dieter Nohlen

Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

En los últimos decenios, tanto en la política como en la ciencia política, se hicieron notorias dos necesidades íntimamente relacionadas entre sí: una necesidad socialtecnológica y otra evaluativa. La primera hace referencia a la aplicación del conocimiento sobre sistemas electorales mediante el diseño de sistemas electorales capaces de cumplir en la teoría y en la práctica con los objetivos del buen gobierno. La segunda está vinculada a la medición de la capacidad funcional de un sistema electoral existente y/o de los que se consideran como alternativas.

Dar respuesta a estas necesidades no es tarea sencilla como se ha sostenido, por ejemplo, en el marco del enfoque normativo y en tiempos en que el contexto sociopolítico estaba prácticamente limitado al de las sociedades occidentales industrializadas. Las consideraciones socialtecnológicas hoy en día tienen que incluir un ámbito de países mucho más extendido y heterogéneo, lo que hace necesario reflexionar sobre la importancia de las instituciones y su vínculo con el contexto, con la cultura política. Este vínculo es importante pues su consideración ilumina el significado de las instituciones respecto a las cuestiones candentes como la de promover la gobernabilidad democrática y el desempeño de los gobiernos en el campo de las políticas públicas.

¿Cuál es la importancia relativa que poseen las instituciones? Ya es clásico el carácter dual de las respuestas a este interrogante, consistente en contrastar las instituciones con los hombres, con la cultura política. Las respuestas, tan importantes para los científicos sociales que se dedican al diseño institucional, varían en el tiempo.

El institucionalismo que a menudo se vincula con el enfoque normativista, enfatiza la incidencia de las instituciones por sobre la cultura en el desarrollo político. La gobernabilidad democrática, condición esencial para el desarrollo económico y social, es percibida como dependiente del factor institucional. Sin embargo, la convicción o la premisa central del neo-institucionalismo, adoptado por el enfoque histórico-empírico, es que aunque las instituciones cuentan, su real importancia y el desempeño de cada institución dependen de la contingencia política, o sea de estructuras sociales, de la memoria histórica, de la cultura política.

Ahora bien: En América Latina, al iniciarse el proceso de redemocratización, se insistió mucho en el problema de la institucionalidad política existente. Se propuso cambiar la institucionalidad en términos -por ejemplo- de sustituir el presidencialismo por otra forma democrática de gobierno y de reformar el sistema electoral vigente. La tesis que probablemente mejor refleje este pensamiento institucional sostiene que en política las instituciones tienen mayor incidencia que los hombres.

Recién desde mediados de los años '90, con la permanencia de la democracia en la gran mayoría de los países latinoamericanos, se observa un giro cultural, una revaloración del *factor hombre*. Con *cultura* se hace referencia fundamentalmente a los valores y las normas que inciden en el comportamiento colectivo de una sociedad. Actualmente

se habla mucho del capital social, medible mediante el grado de confianza al interior de las sociedades, como clave esencial *para hacer funcionar la democracia* (Putnam, 1993: 185). Se percibe la crisis de gobernabilidad como resultado de la erosión de los valores culturales.

Sin lugar a duda, la institucionalidad política influye en los recursos del gobierno democrático (poder, consenso, legitimidad, etc.) y en las capacidades funcionales del sistema político (*governance*) de responder a las expectativas y demandas de la economía y de la sociedad. Sin embargo, el politólogo / la politóloga que se dedica al diseño institucional, debe saber que las instituciones cuentan, pero que su peso es relativo. Por lo demás hay factores políticos que determinan su estructura en la práctica. Y estos mismos factores influyen mucho en los efectos de las instituciones. El estudio de las instituciones y la alternativa entre opciones institucionales deben tomar en cuenta los contextos sociopolíticos. Del contexto depende la importancia que puedan alcanzar las instituciones. La tesis que tal vez refleje mejor este pensamiento es que en política la cultura política tiene mayor incidencia que las instituciones políticas.

En lo que sigue vamos a estudiar la interrelación de los factores institucionales con otros factores, en especial el sistema de partidos. Consideramos brevemente la relación entre el campo teórico y el campo operativo de la política, lo que nos conduce primero a pensar nuestro objeto de estudio conforme al grado de complejidad real y segundo de desarrollar un concepto de diseño institucional particular acorde con el contexto específico al cuál se dirige. Es en el campo operativo y concreto que se debe comprobar la capacidad de diseño institucional de la ciencia política. Seguiremos considerando mis cinco criterios de evaluación, base de un esquema de evaluación de los sistemas electorales que quiero presentar y aplicar a los sistemas electorales y sus reformas en América Latina desde la transición. Finalmente interconectaremos la evaluación esquemática con el tema de la gobernabilidad.

I. LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS

En el estudio de la interrelación de las variables institucionales con otros factores, nos interesa por sobre todo la variable sistema de partidos que a menudo es considerada exclusivamente como una función de las opciones tomadas respecto a las opciones institucionales, como dependiente en su conformación de las variables institucionales.

Sin embargo, el sistema de partidos es un factor decisivo respecto a los resultados que exhiben y las apreciaciones valorativas que merecen los elementos institucionales. Es cierto que el sistema de partidos es una variable dependiente, pero vale enfatizar dos afirmaciones:

a) Respecto a su carácter de variable dependiente, el sistema de partidos no sólo es dependiente de factores institucionales, sino en la misma o aún mayor medida de factores socioestructurales e históricos; dado esto, el sistema de partidos es el nexo entre historia y estructuras sociales, por un lado, y lo institucional, por el otro.

b) El sistema de partidos juega asimismo el rol de una variable independiente y como tal es una variable de decisiva importancia en tres sentidos: en la opción, en el comportamiento y en los efectos de las instituciones políticas.

Así, la particularidad del sistema de partidos como institución consiste en su vínculo con un margen restringido de opciones -pero no por ello menos decisivo. Pues justamente su carácter doble de variable dependiente (del sistema electoral, de aspectos socioestructurales, del sistema de gobierno, etc.) e independiente (afectando el funcionamiento de otras instituciones políticas como la forma de gobierno y los efectos generados por el sistema electoral, por ej.) lo convierte en institución clave y punto neurálgico en el que convergen influencias de distintos orígenes y en diferentes direcciones.

Indigando un poco más en el carácter del sistema de partidos como variable independiente, vale considerar que los efectos de los sistemas electorales dependen mucho del grado de su estructuración. A modo de ilustración: En la elección del parlamento ruso en 1995, donde se aplicó el sistema segmentado similar al mexicano, la fragmentación del sistema de partidos fue mayor en la parte mayoritaria que en la proporcional. Este resultado contradice la sabiduría convencional sobre sistemas electorales. Así observamos que la contingencia interviene decisivamente en los efectos de los sistemas electorales (Nohlen, 2000, p. 350 y sig.).

De este modo, el / la analista con orientaciones socialtecnológicas tiene que tomar en cuenta la diversidad de los contextos en que los sistemas electorales actúan. Junto con la mayor diversificación de contextos que podemos constatar a partir de las transiciones, aumentan las diferencias en los efectos de los sistemas electorales. Vale añadir que la propia institucionalidad en su mismo origen no puede desligarse del sistema de partidos políticos preexistente. Se pone en evidencia la importancia que estos fenómenos tienen en el desempeño de las instituciones.

II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO

Ahora conviene introducir una distinción respecto al nivel del diseño institucional. Diferenciamos entre el nivel teórico y el nivel práctico, mejor dicho operativo. El nivel operativo, comparado con el teórico, exhibe características propias altamente significativas para el diseño institucional. Para bien comprender esto, es necesario tener en cuenta una de las diferencias fundamentales entre política y ciencia política: La política es mucho más compleja que como suele ser tratada en la ciencia política. En el proceso científico, es conveniente manejar o preparar el objeto de estudio de forma tal que sea posible llegar a resultados científicos. Esto se puede lograr mediante la consideración de parcialidades, porciones o cortes de una compleja realidad, mirando por ejemplo sólo lo institucional, o aspectos de un problema más integral, por ejemplo la participación política como aspecto del desarrollo político, o bien comprendiendo sólo una dimensión de una relación causal, por ejemplo la relación supuestamente lineal entre sistema electoral y sistema de partidos políticos.

Por otra parte, cuando aplicamos el método comparativo, se trabaja a menudo con el supuesto de que las variables de contexto son similares y/o constantes y nuestras afirmaciones se basan en la premisa *ceteris paribus*. Así, muchos de los hallazgos en ciencia política, prácticamente todas nuestras generalizaciones, están basados en esta técnica de reducir la complejidad. En el campo operativo, sin embargo, la ciencia política experimenta el reencuentro con la complejidad de la política, dado que el *consulting* político se dirige a realidades complejas y específicas.

Ahora bien: En primer lugar, el enfoque normativo establece que sus recetas son universalmente válidas, mientras que el enfoque histórico-empírico contradice esta postura y exige, a partir de las realidades específicas de cada caso, un examen crítico del conocimiento teórico sistemático en función de una receta específica para el caso concreto.

En segundo lugar, quisiéramos diferenciar dentro del enfoque analítico entre un pensamiento socialtecnológico cuyo referente principal es la reflexión teórica y, en términos operativos, el diseño institucional racional por un lado, y por el otro un pensamiento de ingeniería política que percibe lo institucional como resultado de un proceso histórico y el *consulting* político como parte de este proceso. El primer pensamiento hace hincapié en las capacidades científicas de encontrar soluciones institucionales que por su mera excelencia teórica tendrían que ser implementadas. Este pensamiento rechaza las consideraciones científicas, incluso las justificadas, que parecen poner en cuestión la propia capacidad de la ciencia política de ofrecer este tipo de soluciones. Sin embargo, la creación de instituciones políticas y también su reforma constituyen un proceso histórico contingente, influido por experiencias históricas, intereses, relaciones de poder, expectativas sobre el futuro de estas relaciones, estrategias de los actores políticos, etc. Las reformas no resultan del tablero de dibujo, sino del proceso histórico (Krennerich / Lauga, 1996).

III. TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL

Sin embargo, la ingeniería constitucional ha ido acompañada de un nuevo auge del enfoque normativo.

Nuevamente vale distinguir, dentro del diseño institucional, dos posturas, una normativo-abstracta y otra histórico-empírica, diferencia que se expresa en varias dimensiones.

La primera dimensión se refiere a la génesis de las instituciones políticas. La postura normativa-abstracta está asociada a un pensamiento socialtecnológico que entiende a las instituciones como el resultado de un diseño racional, materializado a través de una intervención más artificial o *ad hoc*. La postura histórica-empírica está relacionada a un entendimiento más evolucionista de la génesis y el desarrollo institucional, influenciados ambos procesos por un sinnúmero de factores (experiencias históricas, intereses, relaciones de poder, etc.) que imponen resistencias y limitaciones a la implementación de diseños científicos por más excelentes y recomendables que éstos sean.

La segunda dimensión se refiere al tipo de argumento. La postura normativo-abstracta intenta crear el escenario de alternativas institucionales a grandes rasgos, sistematizando las preferencias de forma dicotómica. Esta postura involucra una confrontación axiológica a nivel lógico-racional de las opciones institucionales que suele desembocar en la conclusión de una supuesta superioridad en principio de una alternativa sobre la otra, por ejemplo del parlamentarismo sobre el presidencialismo o del sistema proporcional sobre el sistema mayoritario o al revés. La postura histórico-empírica se contrapone y destaca las siguientes ideas básicas:

Primero: No existe ningún sistema ideal. Como dijo una vez Giovanni Sartori: el mejor sistema es aquél que mejor se adecua / adapta.

Segundo: Por lo tanto no hay ninguna solución institucional general. Como afirmó Robert A. Dahl (1996): “Toda solución tiene que ser confeccionada conforme a las características de cada país”.

Tercero: Aún cuando existiera un sistema ideal, no hay forma de imponer una solución institucional. Pues las instituciones son el resultado de procesos de toma de decisión en los que intervienen valores en conflicto. Las instituciones son el resultado de estos conflictos, de negociación y acuerdo entre actores políticos.

La diferencia entre las posturas se pueden resumir de manera que corresponden a dos niveles de diseño institucional: uno general y otro particular. Observando el debate internacional, se desprende que se ha llevado a cabo por sobre todo a nivel general. Vale considerar los aportes de Juan J. Linz y Arend Lijphart (entre otros en Linz / Valenzuela, 1994) respecto a las grandes opciones institucionales que se refieren precisamente a la forma de gobierno y al sistema electoral. A ese nivel de las grandes alternativas, el diseño institucional se maneja con categorías demasiado amplias y, por ende, de gran heterogeneidad interna. Por lo demás, el diseño institucional abstracto se basa en el supuesto de *ceteris paribus*. Un buen ejemplo de esta tendencia es el artículo de Arend Lijphart sobre *Institutional Choices for New Democracies* (1991) que resume las experiencias en gobierno comparado, tomando como base empírica democracias consolidadas del mundo, excluyendo explícitamente de su muestra de casos a las democracias jóvenes, pero dirigiendo su mensaje, sus recomendaciones institucionales precisamente a ellas. No se toma en cuenta la gran heterogeneidad contextual, incluso creciente en la medida en que surgen nuevas democracias en África y Asia, lo que impide pensar en que las instituciones tengan los mismos efectos viajando de un país (desarrollado) a otro (en vías de desarrollo).

Desde mi perspectiva histórico-empírica, todo diseño tiene que considerarse más bien a nivel particular. El diseño comienza con los problemas de representación o de gobierno concretos que se presentan en contextos sociopolíticos determinados. No me parece acertado el supuesto de que la lógica de una institucionalidad que se introduce imprimiría la realidad de las democracias jóvenes con su sello, por ejemplo que el parlamentarismo crearía el sistema de partidos que funcionalmente necesita, o que el sistema de pluralidad crearía un sistema bipartidista. En este sentido vale ser escéptico y advertir oportunamente el riesgo que corre un país cuando se lo expone a determinadas reformas institucionales cuyos resultados no son de ninguna forma previsibles. Insisto: El contexto es una co-variable independiente a menudo decisiva respecto a los efectos que tengan las instituciones.

La pregunta clave en el diseño institucional a nivel particular es, cuál de los elementos institucionales resulta ser la opción más recomendable para el caso concreto. El institucionalismo contextualizado presupone, junto a grandes experiencias en cuestiones institucionales, un gran conocimiento del medio en que las instituciones deben funcionar. A fin de poder realizar recomendaciones institucionales adecuadas se debe conocer bien el país o el grupo de países en cuestión. Las preguntas son las siguientes: ¿Cuál es el problema? ¿Qué soluciones alternativas hay? ¿Cuáles serían adecuadas en el caso concreto? ¿Qué factores condicionan qué variables? ¿Qué recursos propios existen en el país? ¿Qué solución es viable, políticamente realizable?

IV. EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Buena parte del debate sobre sistemas electorales ha sido dedicada a su evaluación. En la actualidad, la evaluación ha cobrado mucha importancia en las democracias recién establecidas no solamente por parte de investigadores y actores políticos, sino incluso -sobre todo en América Latina- por parte de actores y entes económicos. El interés de estos agentes en instituciones políticas aumentó en la medida en que creció la conciencia de que los problemas de desarrollo económico y social dependen de la gobernabilidad. El término *gobernabilidad* ha cobrado enorme importancia en el discurso político, sin que existiera una definición clara de su contenido. En relación con los sistemas electorales, el concepto puede ser entendido en relación con la estabilidad del gobierno, en el sentido de un gobierno que se apoya en una mayoría institucional, capaz de garantizar una política eficiente para dar soluciones a las demandas de mayor desarrollo económico y social.

A partir de esta interrogante, existe la tentación de avanzar en el estudio de los sistemas electorales según parámetros de los recién interesados en el tema, o sea de los economistas, partiendo de unas premisas que caracterizan su propia labor científica en economía. El propósito aquí es reducir los problemas a conceptos más sencillos y evaluar los casos en forma de valores numéricos. Es bello y hasta brillante, saber extraer la esencia de un problema y explicarlo en términos que lo hacen aparecer sencillo. Sin embargo, no toda materia se presta a esta capacidad intelectual. Al contrario, en el campo de la política, pensado como campo de la ética de la responsabilidad (Max Weber), no hay mayor peligro intelectual que la explicación de un fenómeno complicado de forma simple. Es por ello que para la ciencia política como ciencia histórica, la economía -que trata de imitar las ciencias exactas- no puede servir de modelo. La economía pudo establecer el vocabulario de un tratamiento cuantitativo y matemático de sus datos a partir del homo oeconomicus, es decir, de un criterio identificado y constante, como dice Sartori (1979, p. 62). Los objetos de estudio de la ciencia política, sin embargo, son definitivamente más complejos, entre otras razones por el simple hecho de que involucran a actores guiados por múltiples valores que no pueden reducirse a un solo principio de conducta que supuestamente gobierna la actitud de todos los actores. Nuestro objeto de estudio requiere un análisis conforme al grado de su complejidad.

Por otra parte, existe el reto de desarrollar procedimientos comparativos, que pueden facilitar la evaluación sistemática de los sistemas electorales y sus reformas. Las consideraciones subsiguientes asumen este reto, primero en señalando los criterios de evaluación, y segundo elaborando un esquema de evaluación empírica de los sistemas electorales.

V. CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN

Contrariamente a décadas anteriores, cuando el debate sobre sistemas electorales se basaba en concepciones normativas del buen gobierno o de teorías de formas de gobierno parlamentarias, más bien caracterizadas por su unidimensionalidad, hoy en día determinadas funciones pluridimensionales y las experiencias empíricas con los sistemas electorales en su respectivo contexto constituyen instancias de control irrenunciables en el proceso de su evaluación.

Como probablemente buena parte del auditorio ya sabe, he propuesto medir la capacidad funcional de los sistemas electorales en base a cinco criterios:

1. *Representación.* Aquí se trata de reflejar adecuadamente los intereses sociales y opiniones políticas en los órganos representativos. Este criterio se entiende en un doble sentido: por un lado, representación para todos, de manera que se vean representados los distintos grupos de personas, fundamentalmente las minorías y las mujeres; por otro, representación justa, es decir, una representación más o menos proporcional de las fuerzas sociales y políticas, equivalente a una relación equilibrada entre votos y escaños. Los parámetros de medición empírica son obvios: la falta de representación de minorías y mujeres, así como desviaciones demasiado grandes de la proporcionalidad, que frecuentemente se entienden como problemáticas.

2. *Concentración o efectividad.* Aquí se trata de la agregación de intereses sociales y opiniones políticas de tal manera que de ellas resulten decisiones políticas y que la comunidad adquiera capacidad de acción política. Las elecciones se comprenden como un acto de formación de la voluntad política, mas no como una forma de copiar o medir las opiniones dominantes en la población.

Los parámetros de la adecuada capacidad de concentración de un sistema electoral son: *a)* el número o la reducción del número de partidos que obtienen mandatos en el parlamento, y *b)* la formación de una mayoría partidaria o de una coalición que tengan carácter estable en el parlamento. Los sistemas multipartidistas que sólo permiten la formación de relaciones de gobiernos inestables son vistos normalmente como problemáticos. Por ende, este criterio comprende, asimismo, la cuestión de la efectividad del sistema electoral, cuyo parámetro es si contribuye a generar estabilidad en el funcionamiento del sistema político, dado que el sistema electoral influye en el perfil de instituciones como el parlamento y el poder ejecutivo, así como en el proceso político. No todo gobierno estable es un buen gobierno, pero resulta altamente improbable que la inestabilidad política genere un buen gobierno.

3. *Participación.* Aquí no se trata de la participación en el sentido común del término -pues las elecciones son en sí un acto de participación política, sino de la mayor o menor posibilidad de expresar la voluntad política por parte del elector y en el marco de la alternativa voto personalizado *versus* voto de partido o de lista. Esta alternativa se asocia con un mayor o menor grado de relación, de conocimiento, de responsabilidad y de identificación entre electores y elegidos. El parámetro para medir una adecuada participación (en el sentido restringido) permitida por un sistema electoral es la forma de votación personalizada. Si ésta se halla totalmente descartada (por ejemplo: bajo la forma de la lista bloqueada), ello es considerado un déficit participativo.

4. *Simplicidad.* Esta demanda constituye un requisito orientador, pues todo intento de cumplir de forma simultánea con los criterios de representación, efectividad y participación conduce inevitablemente a un sistema electoral más complicado que aquél que resultaría si se tratara de satisfacer solo uno de los criterios. Sin embargo, es válida la aspiración de que el electorado pueda comprender cómo opera el sistema electoral y, hasta cierto punto, que estén dadas las condiciones para que pueda prever cuáles serán los efectos de su voto.

5. *Legitimidad.* Este último criterio engloba a todos los demás, en el sentido de que se refiere a la aceptación de los resultados de las elecciones, del sistema político como un todo -en otras palabras, de la democracia- y del sistema electoral, es decir, de las reglas del juego de la democracia.

VI. UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

De haber establecido las funciones de los sistemas electorales, podemos ahora proceder a desarrollar un esquema general de evaluación de los sistemas electorales. Se trata de medir la capacidad funcional de los sistemas electorales, de sus reformas y propuestas de reforma. Se observa cómo los sistemas electorales cumplen con cada una de las funciones.

De antemano, se descarta que exista una solución que garantice el cumplimiento máximo de cada una de ellas. Vale señalar que las tres funciones básicas están inversamente interrelacionadas, de modo que aumentar una función puede significar bajar el grado de cumplimiento de una o ambas funciones restantes. Se trata entonces de que todas y cada una alcancen un cierto grado de realización. Eso conlleva a que la evaluación se desarrolle con un criterio relativo, difícil de cuantificar, y que se excluya la posibilidad de expresar razonablemente el resultado de la medición por medio de una única cifra. Se prescinde, por ejemplo, de la media, pues esta cifra no permite diferenciar la variación entre los extremos, entre situaciones muy diversas que justamente hacen la diferencia. Me refiero a un cumplimiento máximo de una función y mínimo de otra, lo cual tiene la misma expresión cuantitativa que un cumplimiento mediano de ambas funciones. El criterio de mayor alcance es entonces el de un cierto equilibrio en el cumplimiento de las funciones por parte de los sistemas electorales. Este criterio tampoco es absoluto, pues el grado aconsejable equivalente al equilibrio depende de factores contextuales. Nuestro esfuerzo entonces está dirigido a la medición cuantitativa de lo que -en principio- es una cuestión cualitativa.

A fin de comprender mejor lo expuesto, comencemos con la dicotomía entre los principios de representación que se perciben también como tipos básicos de sistemas electorales: representación por mayoría y representación proporcional. En el cuadro 1 se observa que estos dos principios se diferencian por perseguir funciones precisamente opuestas. El plus (+) significa que la función se cumple, el menos (-) lo contrario, que no se cumple (e incluso no es el objetivo mismo del principio de representación).

CUADRO 1:

Comparación evaluativa a nivel de los principios básicos de la representación

Tipo básico de Sistemas Electorales	Representación	Concentración	Participación
Representación proporcional	+	-	-
Representación mayoritaria	-	+	+

Los principios de representación, sin embargo, constituyen categorías demasiado gruesas para el análisis pues integran sistemas electorales que tienen efectos muy diferentes. Cuadro 2 demuestra, cómo algunos tipos de sistemas electorales que integran una u otra de las categorías básicas, cumplen de forma diferente con las funciones claves. Por otra parte, se observa que dos tipos de sistemas electorales colocados en categorías antagónicas, la representación proporcional personalizada y el sistema segmentado, cumplen en grado similar con las funciones observadas. Se percibe asimismo que lo hacen de forma simultánea y equilibrada. Así se impone la idea de diferenciar entre los tipos de sistemas electorales según su capacidad de llegar a un cierto equilibrio entre las funciones a cumplir.

CUADRO 2:
Comparación evaluativa entre tipos de sistemas electorales

Tipos básicos	Tipos	Representación	Concentración	Participación
Representación proporcional	Proporcional puro	+	-	-
	Proporcional personalizado	+	+	+
Representación mayoritaria	Mayoría relativa	-	+	+
	Sistema segmentado	+	+	+

Continuando con el desarrollo del esquema evaluativo, el cuadro 3 demuestra que los sistemas electorales que llamamos clásicos -entre ellos el sistema de mayoría relativa y la representación proporcional pura- no llegan ni aspiran a un equilibrio, pues han sido pensados en función de una o a lo mejor dos de las tres funciones -esto se confirma en todo el debate bicentenario sobre sistemas electorales- mientras que los sistemas combinados -comúnmente llamados mixtos- son capaces de lograrlo.

CUADRO 3:

La forma de cumplimiento de las tres funciones: Equilibrio o desequilibrio

Cumplimiento de las tres funciones	Grupo de sistemas Electorales	Tipos de sistemas Electorales
Desequilibrio	Clásicos	Mayoría absoluta
		Mayoría relativa
		Proporcional puro
		Proporcional en distritos plurinominales grandes
Equilibrio	Combinados	Proporcional personalizado
		Sistema segmentado
		Sistema compensatorio

Esta evaluación nos lleva a sostener que existen tipos de sistemas electorales superiores a otros siempre que la comparación se base en los argumentos de multifuncionalidad y equilibrio. Entonces, un primer ejercicio de evaluación de los sistemas electorales, de los vigentes y de las reformas propuestas, existiría en determinar a qué tipo de sistema electoral corresponden o conducirían. Definiendo bien el sistema electoral según la tipología a nuestra disposición, se determina en el mismo instante su calidad funcional.

En el siguiente cuadro, el cuadro 4, hemos desglosado a modo de ejemplo ocho sistemas electorales actualmente vigentes en América Latina para la elección de una representación nacional (en caso de unicameralismo) o bien de la cámara de diputados. Como puede observarse, los valores asociados al cumplimiento de las tres funciones por parte de los sistemas electorales varían del extremo superior hacia el inferior de los tipos de sistemas electorales: de un estado de desequilibrio en favor de la representación, pasando por el del equilibrio hasta llegar a un nuevo estado de desequilibrio que prioriza la participación. En este cuadro, los dos *más* (++) pretenden enfatizar el extremo en el cumplimiento de la función, mientras que los *más* acompañados por el signo *menos* (+ -) indican que el efecto del sistema respecto a la función en cuestión es ambivalente.

CUADRO 4:
Tipos de sistemas electorales empíricos y el cumplimiento
de las tres funciones básicas*

Tipo de sistema Electoral	Funciones			
	Casos	Representación	Concentración	Participación
Proporcional puro	2	++	-	-
Plurinominal grandes distritos	1	+	-	-
Plurinominal no bloqueado	2	+-	-	-
Proporcional personalizado	2	+	+	+
Personalizado segmentado	1	+	+	+
Binominal	1	-	+-	+
Plurinominal pequeños distritos	1	-	+	+-
Plurinominal voto múltiple	1	-	-	++

* Argentina, Colombia, Chile, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Venezuela, México

Una vez más, vale diferenciar debido a que los efectos establecidos en el cuadro 4 son efectos teóricos, de modo que en la empiria pueden ser alterados por la ingerencia de factores estructurales o coyunturales particulares. Por ejemplo, en el caso del binominalismo, en Chile se consigue una proporcionalidad bastante alta entre votos y escaños para los partidos que saben formar alianzas electorales. Entonces, con respecto a este país, en el rubro *representación*, tendría que aparecer en vez de un - un +. Así se podría objetar la evaluación propuesta. Sin embargo, abstraer el modelo de evaluación sólo a partir de una única experiencia no parece conveniente. Vale recordar que la clasificación de los sistemas electorales no se establece en base a sus resultados empíricos, pues ellos cambian según los contextos en que operan. El procedimiento analítico que proponemos es el de estudiar la diferencia entre el efecto hipotético del sistema electoral y su efecto real y averiguar las razones de esta diferencia.

Con relación a la ingeniería política, no nos interesa sólo la evaluación de los sistemas electorales, sino también la de los elementos técnicos que contribuyen a que los sistemas electorales tengan este u otro efecto e impacto en el cumplimiento de las funciones de representación, efectividad y participación.

En el cuadro 5 se indican los efectos que tienen algunos elementos técnicos y su variación. Empezamos con un dispositivo legal o constitucional, la simultaneidad o no de las elecciones parlamentarias con las presidenciales. En otra oportunidad (Nohlen, en Nohlen / Picado / Zovatto 1998, p. 179 y sig.) hemos establecido tres grados de simultaneidad de los dos tipos de elecciones: su celebración en el mismo día, con la misma boleta o con el mismo voto. Aquí nos referimos sólo a la conexión menos estrecha, la celebración de las elecciones el mismo día. Esta simultaneidad de las elecciones aumenta la concentración o efectividad del voto. Otra variable más allá de lo que por lo general se incluye en el ámbito de los sistemas electorales es el tamaño del parlamento (una excepción es Lijphart 1994). A mayor número de escaños, mejora la función de representación. El formato del distrito es la variable más importante dentro del orbito del sistema electoral propiamente tal. Cuando aumenta la dimensión de las circunscripcio-

nes, se favorece la función de representación. Obvio que un cambio de tamaño en dirección inversa produce mayor concentración y efectividad. El ejercicio práctico consiste en recordar nuestros conocimientos sobre los efectos de los elementos técnicos de los sistemas electorales (véase Nohlen, 1998, p. 52 y sig.) y relacionarlos con los tres criterios de evaluación.

CUADRO 5:
Evaluación de los elementos técnicos

Elementos individuales	Representación	Efectividad	Participación
Simultaneidad	-	+	0
Mayor número de escaños	+	0	0
Mayor tamaño de distritos	+	-	0
Personalización del voto	0	0	+
Listas semi-abiertas	0	0	+
Barreras legales	-	+	0
Formula d'Hondt en lugar de Hare	-	+	0

Esta evaluación es muy esquemática y por ende tiene sus limitaciones. Es importante tomar en cuenta también la intensidad o el alcance del efecto, fenómeno gradual que no se presta a una sencilla evaluación clasificatoria.

De todos modos, para los interesados en reformas electorales, es imperioso manejar el tema de manera de poder pronosticar los efectos grosso modo. A esto sigue el análisis empírico-operativo destinado a estudiar los efectos reales que tendrían los elementos técnicos, considerando las circunstancias concretas del campo.

Con este instrumento analítico a mano, es posible detectar tendencias generales en el desarrollo de los sistemas electorales en relación con los criterios de evaluación. A modo de ejemplo, observamos las reformas electorales en América Latina en la década de los noventa. Notificamos reformas del tipo de sistema electoral en cinco países que evaluamos en el cuadro 6.

CUADRO 6:
Reformas electorales en cinco países de América del Sur

Reformas electorales en América Latina	Representación	Efectividad	Participación
Bolivia	=	=	+
Venezuela	=	=	+
Ecuador	+	--	+
Perú	+	- +	--
Uruguay	=	=	+ -

En los demás países latinoamericanos se produjeron cambios en algunos elementos técnicos, en la cantidad de escaños, en la distritación, en el grado de simultaneidad de las elecciones, características que no caben ser desglosadas aquí.

Considerando la totalidad de las reformas que tuvieron lugar en la década de los noventa, se podría decir que la legislación electoral en América Latina estuvo orientada hacia la profundización de la función de representación. Se observa también una mayor atención al criterio de la participación. Sin embargo, no se mejoró de forma significativa la función de la efectividad del sistema electoral.

VII. SISTEMAS ELECTORALES Y GOVERNABILIDAD

Hasta ahora hemos expuesto:

1. Que las instituciones poseen un peso relativo,
2. Que la cultura política tiene mucha incidencia en el desempeño de las instituciones,
3. Que el factor sistema de partidos como variable independiente juega un rol importantísimo en los efectos de los sistemas electorales,
4. Que la política como campo operativo no permite el reduccionismo propio de la ciencia política,
5. Que estas observaciones tienen que ser tomadas en cuenta por los científicos políticos con vocación de ingeniería política,
6. Que el diseño institucional tiene que ser singular y contextual,
7. Que la evaluación de los sistemas electorales tampoco permite un enfoque reduccionista orientada a expresar por un dato único y cuantitativamente conmensurable una relación que en la realidad es muy compleja,
8. Que esta evaluación tiene que estar regida por más de un solo criterio,
9. Que algunos tipos de sistemas electorales cumplen con más de una o de dos funciones y que lo hacen de forma balanceada,
10. Que el equilibrio de las funciones no es una ambición hacia la uniformidad, sino una adecuación dinámica y cambiante de acuerdo a las necesidades de tiempo y lugar.

Esta serie de observaciones antecedió nuestro esquema de evaluación y junto a él constituye la obertura del tema de la relación entre sistemas electorales y gobernabilidad. No es una relación causal unilineal. Precisamente por su complejidad, su contingencia, esta relación no es determinable fácilmente, tampoco se la puede invertir a través de recetas universales, efectivas o no en otras circunstancias. Arend Lijphart propone la representación proporcional, Giovanni Sartori el sistema de mayoría absoluta. Aquí nos abstenemos de indicar un sistema electoral como receta específica para todo el universo de diversas contingencias. No enseñamos el sistema electoral que sería mejor para resolver los problemas de gobernabilidad sin mencionar lugar y tiempo. La respuesta tiene que ser individual, dirigida a casos concretos.

Lo que sí resulta evidente es que se sugiere aplicar una determinada metodología en el proceso de análisis de las alternativas en juego y de sus respectivas viabilidades, siempre teniendo en cuenta que las reformas propuestas consideren los efectos que probablemente tendrán sobre la gobernabilidad democrática. Esta consideración ya significaría un avance en el discurso político en América Latina, pues son los partidos políticos los que se manifiestan a menudo por una mayor representación, son las organizaciones de la sociedad civil las que demandan mayor participación, mientras que

la función de concentración o efectividad queda sin respaldo -con excepción tal vez del mundo empresarial y de las organizaciones internacionales que apoyan el desarrollo electoral- como CAPEL, IFES o International IDEA -o el desarrollo económico y social de las democracias en los países en vías de desarrollo- como el Banco Interamericano de Desarrollo.

La sugerencia de procedimiento en el proceso de elaboración o reforma de un sistema electoral de acuerdo a la demanda por mayor gobernabilidad democrática sería entonces el siguiente:

Primero: Se trata de diseñar y consensuar un sistema electoral que atienda los tres criterios básicos de evaluación. En este quehacer, corresponde tener en cuenta que hay *trade offs* entre las diferentes funciones, de modo que no es posible maximar una función sin que se generen repercusiones sobre las demás, error que se comete a menudo en el debate político e incluso científico sobre sistemas electorales. El objetivo consiste entonces en lograr un sistema electoral capaz de cumplir en un cierto grado con cada una de las funciones y de llegar a un cierto equilibrio entre ellas. A este propósito se suma el desafío relacionado con el cuarto criterio, el de la sencillez o transparencia. La manipulación potencialmente irrestricta de elementos técnicos tendiente a buscar determinados efectos y a atenuar o evitar otros se ve restringida sin embargo por el imperativo de mantener hasta cierto punto la sencillez, la simplicidad del sistema electoral. Hay que respetar el factor humano. El sistema electoral debe ser inteligible, humanamente viable. Este aspecto constituye una de las fuentes de legitimidad del sistema electoral, recurso que necesita para el ejercicio de su función global en un sistema político.

Segundo: Vale distinguir entre un diseño abstracto-general y otro concreto-específico, alternativa que distancia el enfoque normativo del enfoque histórico-empírico en sistemas electorales. Para este último, importa decididamente el contexto no solamente como un conjunto de factores que influye en la relación entre sistemas electorales y sus efectos, sino también para el diseño de los sistemas electorales. Más allá del realismo que profesa esta escuela de pensamiento institucional respecto a la capacidad del / la cientista social en ejercer un *constitucional engineering*, dado que percibe el *institution building* como un proceso político altamente dependiente de los actores políticos mismos, el diseño concreto-específico toma en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo. Esto conduce a la búsqueda, respecto a las tres funciones básicas, no del equilibrio perfecto sino del equilibrio específico vinculado a las peculiaridades del caso. Así, en sociedades homogéneas, el supuesto equilibrio podría inclinarse más hacia la concentración y la efectividad del voto, mientras que en sociedades marcadas por alta heterogeneidad tendría que enfatizarse la función de la representación. Se trata entonces de equilibrios con gravitaciones específicas variables. En resumen, se trata de un ejercicio de sabiduría técnica, de experiencia histórico-comparativa y de sentido común, mucho sentido común.

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

Manuel Feo La Cruz

Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y
Administrativos de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Carabobo
Venezuela

En la presente investigación partimos del análisis de lo establecido en la Constitución venezolana (1999) en lo que respecta a la participación de la sociedad en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública (art. 62) consagrado dentro de los derechos políticos. Sin embargo mis reflexiones no se limitan a una interpretación exegética del texto normativo, más bien lo tomo como punto de partida para proceder a desarrollar un conjunto de reflexiones que se refieren a las dificultades de materialización de lo contemplado en dicho dispositivo, si se toma en consideración el contexto social y político en el que debe inscribirse.

Para hablar con propiedad de una democracia participativa no podemos circunscribirnos a su consagración en textos normativos sea cual sea su rango. La participación no se decreta, especialmente en sociedades que han sido envueltas por la atmósfera de sistemas políticos de corte paternalista. En ellos lejos de fomentarse la inclusión de nuevos actores en la toma de decisiones dentro del ámbito estatal, se frustra cualquier intento por democratizar los procesos propios de la gestión pública. La cultura política que predomina en relaciones Estado-Sociedad signadas por el contexto de un sistema populista, es difícil de ser sustituida por los valores esenciales requeridos para constituir una sociedad verdaderamente participativa.

Por ello el postulado establecido en el art. 62 de la Constitución venezolana constituye un ambicioso desafío que sólo puede materializarse partiendo de un esfuerzo sostenido, consciente y conjunto de un amplio espectro de actores sociales comprometidos con ese cambio profundo de paradigma político. En el presente trabajo intentaré establecer algunos escenarios en los que tal propuesta podría dar frutos, pero igualmente señalaré aquellos en los que dicha ambiciosa pretensión pudiera quedarse en una frustración más, divorciándose el texto normativo de la realidad.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión actual sobre el papel social del Estado se ha planteado partiendo de la crisis del Estado de Bienestar (EB) y sus consecuencias sobre las relaciones Estado-Sociedad. En este sentido el análisis teórico se ha centrado en la crisis de eficacia y eficiencia que ha afectado a este modelo de Estado y al modelo elitista democrático que le acompaña. La ilusión generada por el funcionamiento del EB sustentaba igualmente la aceptación del modelo burocrático.

Frente a estos modelos ha surgido con mayor fuerza la necesidad de buscar alternativas y de la transferencia de responsabilidades a otros actores marginados de todo poder de decisión y ejecución.

En este contexto se plantea con fuerza la sustitución de los modelos antes mencionados por un esquema de democracia participativa que implica un giro esencial en la asignación de los roles atribuidos al Estado, al mercado y a la sociedad civil. En este marco de reflexiones se inscribe esta aproximación a un tema que se ha convertido, por fuerza de las circunstancias sociales, económicas y políticas, en el terreno prioritario para sustentar el futuro de nuestra experiencia democrática.

II. ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA

En el marco del EB la confianza en la burocracia estatal derivaba de su capacidad para dar respuestas. Así que se consideraba autosuficiente, estableciéndose una orientación vertical en la que la sociedad tenía un rol pasivo, recipiendaria de las medidas adoptadas desde la estructura estatal. El espacio de lo público se entendía como exclusivo del Estado, por lo que se justificaba el intervencionismo sin requerir de ningún tipo de justificaciones para la toma de las medidas de políticas públicas, ni la participación del mercado o de otros actores sociales. Este modelo burocrático fundado en el desarrollo teórico weberiano le daba a la estructura organizativa de la Administración Pública una rigidez y un distanciamiento con respecto a la sociedad. Esta organización administrativa del Estado, desarrollaba su actividad partiendo de conceptos jurídicos elaborados en el contexto del derecho administrativo, como el relativo a la finalidad de interés público que se atribuye a la función administrativa del Estado, que se convierte en un instrumento ideológico que pretende ocultar la función política y cambiante que se realiza en ese marco de actuación.

....la administración tradicionalmente se ha escondido detrás de este ficticio “interés general”, concepto elaborado doctrinalmente desde el derecho administrativo, convirtiéndose en una organización autista y encerrada en sí misma que no ha desarrollado mecanismos suficientes de comunicación con su entorno, y que ha sido incapaz de amoldarse a una realidad político-social cambiante.

Por un lado, la idea del “interés público o general” avalaba la autosuficiencia de la organización, que no necesitaba por tanto “rendir cuentas” de sus actuaciones a la sociedad. Por otro lado, esa idea aseguraba una aparente unidad y coherencia de la dirección pública, confiriendo así un sentido homogéneo a sus acciones¹.

Esta estructura se consideraba un mecanismo autosuficiente en cuanto era capaz de producir las respuestas requeridas por la sociedad sin necesidad de basar sus decisiones en consensos o negociaciones con otros actores sociales. Pero, como se expresó antes, esta eficacia y eficiencia del Estado, basado en su exclusiva capacidad de acción partía de una ilusión, que escondía el proceso complejo político-social que se suscitaba constantemente en las relaciones Estado-Sociedad, que obligaba a un continua generación de ofertas y contraofertas para lograr satisfacer las exigencias provenientes de diversos actores con fuerza para presionar sobre las instancias estatales. De manera que el verdadero escenario que vincula al Estado con la sociedad, dista mucho de esa relación ar-

1. SANZ, Ana, “La Administración Pública”. *Manual de Ciencia Política*. Tecnos. Madrid, España 1999, p. 451.

mónica y pacífica en que dada una demanda social percibida por la estructura administrativa se emitiría una respuesta que resolviera la situación. Lo que está subyacente es una situación conflictiva que sirve de fuerza impulsora a la acción de la estructura administrativa.

Esto ha hecho que desde perspectivas politológicas se reconozca que la administración, al igual que cualquier otra institución política, es un lugar de confluencia de múltiples intereses particulares, una instancia en donde la interiorización del conflicto político-social se resuelve de manera selectiva a partir de actuaciones y políticas públicas que, desde distintas instancias administrativas, intentan gestionar simultáneamente múltiples conflictos que generan actuaciones públicas con frecuencia contradictorias e incoherentes entre sí².

La evidencia de la crisis del EB ha generado el inicio de un tránsito de ese modelo burocrático hacia otros rumbos que impliquen la superación de las fallas que le afectan. Sin embargo, a las estructuras organizacionales del Estado les cuesta superar esa cultura en la cual se han desarrollado. Uno de esos rumbos se ha denominado el *modelo de la gerencia pública* que implica un cambio de paradigma que comienza a ser puesto en práctica en Latinoamérica.

La organización burocrática de la administración pública expresa un paradigma cuestionado desde enfoques que enfatizan la responsabilidad, la transparencia, la rendición de cuentas y los intereses de la sociedad, y aquel modelo que había encontrado legitimidad como la forma racional de organización, en función de su competencia técnica, objetividad y arreglo a normas, resalta como continente de desviaciones objetables. La burocracia representa el status quo, la resistencia al cambio, los intereses corporativos, el poder de los funcionarios y, si bien sus dimensiones más apreciadas pocas veces se han destacado en la práctica cotidiana de la experiencia en América Latina, una nueva generación de demandas hacia el Estado pone en camino la necesidad de construir un nuevo paradigma o, como mínimo, una revisión de los valores y sistemas predominantes para la prestación del servicio público³.

III. ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO

Otro elemento que conviene analizar es el referido al modelo elitista democrático⁴ que acompañaba al EB, y justificaba igualmente la separación o distanciamiento del Estado y la Sociedad, dándole razones filosóficas y prácticas. Según este modelo se requieren una serie de elementos indispensables para el sostenimiento de la democracia. Entre otros, la élite política dominante se mantiene, por definición, a distancia de la sociedad. Se considera riesgoso darle poder de decisión en el proceso de la gestión pública. De no proceder de esta forma las demandas sociales serían infinitas y el manejo del gobierno se imposibilitaría restándole eficacia. Por ello se le asigna a la sociedad un rol muy limitado y pasivo.

“Una evaluación realista de las sociedades democráticas debe aceptar que el impulsor del sistema político es el poder, así como la impulsora de la economía es la ganancia”⁵.

2. SANZ, Ana, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 451.

3. BONIFACIO, José Alberto y LÓPEZ SEGRERA, Francisco, *Presentación. El Tránsito de la Cultura Burocrática al Modelo de la Gerencia Pública. Perspectivas, posibilidades y limitaciones*. UNESCO. CLAD. Caracas, Venezuela 1998, pp. 5-6.

4. V., COHEN, Jean y ARATO, Andrew, *Sociedad Civil y Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica, México 2000.

5. COHEN y ARATO, *op. cit.*, México 2000, p. 24.

Esta afirmación inicial sustenta un conjunto de máximas que integran la formulación de la teoría elitista y que constituyen elementos necesarios para garantizar la estabilidad democrática.

Entre otras se puede hacer una breve enumeración de las mismas:

-Los ciudadanos no establecen la agenda pública, ni se le asigna un papel activo en la toma de decisiones políticas. Esto corresponde a los líderes.

-La función del ciudadano es ejercer el voto para elegir entre las diferentes élites políticas que aspiran al poder. Los votantes son consumidores. Los partidos son los empresarios.

-La competencia en la lucha por el poder político constituye el elemento clave del modelo. La competencia es la fuente propulsora del sistema político, que desarrolla la creatividad, la productividad, la responsabilidad ante la sociedad.

-Se preconiza una cultura política elitista que niega el rol activo del ciudadano y de la sociedad organizada. Por el contrario se considera un rasgo negativo para la eficacia del sistema político una excesiva e indiscriminada participación de los ciudadanos. Se debe aceptar una suerte de división de trabajo, por un lado, los votantes y, por otro lado, los políticos que son elegidos⁶.

IV. LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA

Evidentemente mientras el EB funcionara adecuadamente y se lograra un clima tolerable de gobernabilidad y legitimidad del Sistema Político, ambos modelos subyacentes para explicar las actividades estatales tanto la política, correspondientes a la élite, como la técnica correspondiente al burócrata, permanecerían intocables de acuerdo a los lineamientos de los modelos antes referidos.

La organización burocrática se mantendría de acuerdo a los cánones ya mencionados. Sería autosuficiente, autista, frente a un ciudadano con disminuida autoestima, incapaz de ejercer acciones importantes ante los órganos públicos⁷.

En este contexto a nadie se le ocurría poner en duda las bondades del sistema, por lo que resultaba implanteable una modificación que significara pasar del modelo organizacional burocrático y del modelo elitista democrático, hacia un esquema que admitiera la creación de amplios espacios participativos, tanto en el ámbito de la gestión desarrollada por la administración pública, como en el propio esquema de poder fundado en el modelo de élite, que suponen una reducción al mínimo del potencial societal.

Sin embargo, el aparentemente inquebrantable y perfecto EB, entró en crisis desde los años setenta, agravándose hasta generar una profunda revisión de todo el esquema antes mencionado y de toda la sustentación teórica y el andamiaje conceptual que le servía de apoyo argumental. En este sentido, el modelo burocrático se vió afectado fuertemente, obligando a una reconsideración que produce una modificación de sus aspectos esenciales. Igualmente el modelo elitista, antes descrito, entra en un proceso necesario de revi-

6. Cf., COHEN y ARATO, *op. cit.*, México 2000, pp. 23-27.

7. V., UVALLE, Ricardo, "El fortalecimiento de la vida democrática: la nueva relación de la sociedad y el Estado. *Revista del Clad*, nº 20, Caracas-Venezuela 2001, pp. 141 y ss.

sión. Entre ellas la formulación de un modelo pluralista que intenta superar sus deficiencias. Aunque éste ha seguido sometido a revisiones.

Con el modelo del EB en pleno desarrollo, se había generado la idea de que toda intervención del Estado era positiva, controlando los fallos del mercado y abriendo las perspectivas de producir satisfacción y prosperidad en la sociedad, superando de manera equitativa las crisis en la asignación de los beneficios y cargas sociales.

Sin embargo con la crisis del modelo a la que ya se hizo referencia, se mostró palmariamente algo que se había querido ignorar: El Estado no es una organización perfecta, tiene fallas que afectan su funcionamiento, su eficacia y eficiencia. Al producirse estas fallas su misión esencial vinculada al bienestar social se ve visiblemente debilitada.

Por supuesto, que el principal aspecto de esta revisión se enmarcó hacia la reorientación de las relaciones Estado-Sociedad, como tema general que implicaría la sustitución de los modelos. Esta reorientación implica el renacimiento del concepto *sociedad civil*, ahora escrito con mayúsculas⁸.

El modelo elitista con todas sus implicaciones se ve visiblemente sumergido por la crisis del estatismo. En principio, se pretendió que la sociedad podría ser representada por los actores económicos en el contexto del mercado. Con la crisis del modelo, surge la posición extrema de reducir al mínimo la intervención del Estado en la sociedad y se cree en la necesidad de transferir al mercado el rol de asignador de recursos. Ello implicaba la desestatización de áreas tradicionalmente en manos estatales, la desregulación y eliminación de controles, lo cual se cumplía con procesos de privatización, desmantelando empresas públicas para transferir sus funciones a empresas privadas.

Tales medidas drásticas se justificaban por las fallas del Estado, evidenciadas por la crisis de gobernabilidad al no producir las respuestas a las exigencias de la sociedad. Por la vía del mercado se prometía la superación del estancamiento económico y de la inflación, con lo cual, como una consecuencia lógica, se lograría las mejoras de los problemas de desempleo, pobreza, ineficiencia en los servicios públicos.

La visión del Estado como solucionador de todos los problemas, el “Estado omnipotente” demostró ser errada. El Estado solo no puede hacer el desarrollo, y en América Latina la acción estatal ha presentado agudos problemas de burocratización, ineficiencia y corrupción. Sin embargo, el proceso de eliminación de numerosas funciones del Estado, de reducción a niveles mínimos en muchos casos de sus capacidades de acción, como sucedió con frecuencia en las áreas sociales, el debilitamiento en general del rol de las políticas públicas, y la entrega de las funciones al mercado, no llevó al reino ideal supuesto⁹.

En efecto, el tiempo ha transcurrido desde que se inicia la aplicación del modelo neoliberal sin que se vean resultados positivos en la superación de tales problemas. Por el contrario lo que se ha producido es mayor concentración de la riqueza y aumento de la injusta distribución del ingreso. Ante esta realidad, se observa con preocupación el panorama, ya que ni el Estado ni el Mercado pueden dar respuestas adecuadas. Además era un craso error equiparar a la sociedad civil con el mercado.

La elección entre mercado y Estado y, dentro de éste, entre criterios alternativos de Gestión Pública, queda así convertida en *la elección entre formas organizativas imperfectas*¹⁰.

8. V., COHEN y ARATO, *op. cit.*, 2000, pp. 34 y ss.

9. KLIKSBURG, Bernardo 2001, p. 145.

10. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 55.

Lo que se plantea es la necesidad de superar el péndulo Estado-mercado, mediante la incorporación de otros actores sociales que no han sido tomados en consideración, con anterioridad. Superar el falso dilema lleva a plantearse el nudo del problema: la participación de la sociedad debe implicar la apertura múltiples y variados espacios que amplíen la presencia de la sociedad tanto en las decisiones políticas como en la gestión de la administración pública. Tales espacios no podrían quedarse en expresiones meramente electorales. La participación política no podría verse limitada a la sola escogencia de los líderes cada cierto tiempo. Debería incluir la consulta electoral en la toma de decisiones fundamentales en materia de reforma constitucional, reformas legislativas a través de referendos. Incluso debería admitir la participación social en el proceso judicial y, lo que más interesa en el tema abordado en este trabajo, la participación social en el proceso administrativo.

Dentro de estas perspectivas se ha planteado la reorientación de las relaciones Estado-Sociedad, considerando que el espacio de lo público no es exclusivo del Estado, sino que hay que abrir espacios públicos sociales. La sociedad comparte con el Estado las responsabilidades que eran consideradas terrenos propios de éste. La sociedad pasa de un papel pasivo, a un papel activo, y las relaciones Estado-sociedad dejan de ser verticales para tener una orientación horizontal¹¹.

Del complejo de superioridad de la Burocracia del Estado y la baja autoestima ciudadana, se pasa, en el contexto de la crisis del Estado Providencia, al resurgimiento del concepto de sociedad civil y a la recuperación de territorios y responsabilidades en la solución de sus propios problemas. Esto por supuesto, comporta una crítica fuerte al modelo elitista que justificaba la asignación de roles entre el Estado y la sociedad. Esta última no podía asumir un papel activo y su misión era la de aceptadora pasiva de las directrices tomadas desde la cúpula.

El tercer sector, como ha sido denominado, integrado por organizaciones no gubernamentales, asociaciones vecinales, va adquiriendo peso y conciencia de su papel protagonista en el nuevo esquema. Su surgimiento no ha sido una concesión graciosa del ente estatal, sino un posicionamiento necesario ante la realidad de su ineficacia e ineficiencia

Pero evidentemente, un cambio como el planteado no puede considerarse materializado homogéneamente en los distintos países y zonas del globo. La presión por aplicar medidas neoliberales puras o las que impliquen el mantenimiento de la sobreestatización, a pesar de sus evidentes fallas, se mantienen como constantes y, en algunos casos, han adquirido fuerza renovada en el contexto de procesos políticos recientes. En ese marco estrecho los cambios mencionados resultan difíciles de aplicar. Lo que ocurre es que la reorientación de las relaciones Estado-sociedad en el sentido indicado, supone un cambio cultural importante que no es de fácil asimilación. Las organizaciones públicas inmersas en una cultura organizacional que le asigna un rol autoritario y una enorme autosuficiencia para la toma de decisiones, les cuesta aceptar unas relaciones horizontales con sus clientes o administrados.

11. V., CUNNILL, Nuria, *Repensando lo público a través de la sociedad*. Clad. Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela 1997.

V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La gestión pública se ha intentado definir de muy diversas formas. Una de estos intentos recientes la concibe como “conjunto de decisiones de coordinación y motivación de las personas para alcanzar los fines de la organización estatal (eficiencia y equidad) dentro de las restricciones del marco jurídico-político”¹².

Siendo considerada gestión en tanto y en cuanto involucra “un conjunto de decisiones dirigidas a motivar y coordinar a las personas para alcanzar metas individuales y colectivas”¹³ y pública “por la naturaleza de sus fines y el marco jurídico político en el que se desenvuelve”¹⁴.

Ahora bien, la manifestación de la gestión pública que se relaciona directamente con la problemática social es la relativa a la producción de políticas públicas. En el modelo elitista y el burocrático tantas veces mencionados, el proceso de la toma de decisiones estatales en procura del bienestar social, transcurría en el marco cerrado de la estructura organizativa formal. La separación con respecto a la sociedad y a sus organizaciones representativas era dogma de fe. La autosuficiencia del Estado no permitía la menor brecha que le contaminara sus procesos.

En cuanto a la producción de las políticas públicas se refiere se podría observar esta situación a lo largo de todo el trayecto que va desde la formulación, ejecución y posterior evaluación de las medidas.

En este punto, cabe una interrogante que se debe considerar esencial...

¿Se puede reproducir todo este proceso de producción de políticas destinadas a generar bienestar social en áreas, como seguridad, educación, servicios públicos, etc. sin necesidad de consultar a los ciudadanos a quienes van dirigidas?

Lo que hoy se considera una respuesta negativa sin el menor resquicio de duda, en otra época más idílica con el Estado, ni siquiera se hubiera planteado. Pero sí desbrozamos todo el proceso de producción de las medidas y se analiza brevemente cada una de las fases del mismo, se puede observar lo indispensable de que existan formal y continuamente, múltiples puentes entre la estructura estatal y la sociedad civil.

En efecto, en el contexto del funcionamiento de un estado benefactor con una burocracia entrenada para desarrollar sus funciones, como se da en los países desarrollados, las fases de formulación, ejecución y control de las políticas públicas se encontraba limitada a los círculos cerrados de la propia estructura burocrática.

Con la crisis del estado benefactor se plantea algo que podría verse en los esquemas sistémicos. El sistema político funciona como un productor de respuestas según las exigencias de la sociedad. La gobernabilidad se asocia a esa capacidad de respuesta. Gracias a ella se obtienen los apoyos específicos, que conjuntamente con los apoyos difusos (Easton) constituyen el sustento de la viabilidad de los sistemas políticos. Por supuesto que el esquema sistémico deja encerrado en una caja negra el proceso de la toma de decisiones. Al abrir ese proceso lo que obtenemos en la manera como se formulan las políticas públicas.

12. ALBI, Emilio y otros, *Op. cit.*, Barcelona, España 2000, pp. 20-21.

13. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 20.

14. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 21.

En el marco del Estado de Bienestar estas medidas son exclusivas de la burocracia estatal. Con la crisis de gobernabilidad del sistema político, el punto central de la reorientación se basa en la forma de producir esas medidas. Si como se acaba de mencionar la gobernabilidad depende de la capacidad de respuesta a la sociedad, parece lógico que si se incorporan actores sociales en ese proceso de toma de decisiones, en su ejecución y en su control y evaluación, deben aumentar las posibilidades de que dichas medidas estén en consonancia y en sintonía con los requerimientos sociales. La participación del tercer sector se convierte en un elemento necesario para la recuperación de la eficacia y eficiencia del sistema político y del modelo de Estado, ahora orientado en un esquema participativo y, por ende, la superación de la crisis de gobernabilidad y de legitimidad consecuentemente.

Si desarrollamos una apretada síntesis de las distintas fases de las políticas públicas podemos visualizar e imaginar los alcances, los desafíos y los posibles obstáculos para aplicar el esquema de democracia participativa en el propio proceso de la gestión pública.

La primera fase es la denominada *entrada en agenda del problema*. Es decir cuando el problema pasa de pertenecer a la esfera privada para ocupar un lugar en el ámbito público. “Para que una situación trascienda sus límites iniciales de asunto privado, es necesario que se produzcan determinadas condiciones, que no siempre se alcanzan”¹⁵.

Para que se produzca este paso y el problema en cuestión ingrese en la agenda pública, se mencionan algunas cualidades que le hacen merecer esa atención. Entre otros:

- Se convierte en crisis
- Toca aspectos emotivos
- Tiene amplio impacto
- Se convierte en tema de moda
- Afecta el poder y la legitimidad¹⁶.

De esta breve enumeración se puede concluir que la objetividad del problema es sólo aparente en la mayoría de las situaciones. Su entrada en agenda y la necesidad de producir respuestas concretas que busquen una solución, depende de cuestiones emotivas que son tomadas en consideración por el gobernante en la medida en que puede afectar su legitimidad, o generar síntomas de ingobernabilidad. Una situación podría variar según la percepción de la élite gobernante de turno. Lo que es un problema a ser resuelto prioritariamente, puede no serlo para otro equipo de gobierno, por lo cual su consideración en agenda en un momento político determinado, no garantiza que seguirá siendo considerado como tal, al producirse un cambio de gobierno. Esto se menciona para plantear de manera realista el proceso.

Una vez que el problema es incorporado a la agenda pública se inicia la fase de la producción de soluciones al mismo, para lo cual se pasa a la formulación de planes o métodos para actuar sobre el asunto planteado. Se desarrollan alternativas, se analizan las posibles de la aplicación de cada una.

Durante esta fase adquiere una particular relevancia el papel de los expertos, asesores, funcionarios con altas cualificaciones técnicas y analistas de empresas e instituciones de investigación,

15. FERNÁNDEZ, Antoni, “Las Políticas Públicas”. *Manual de Ciencia Política*. Tecnos. Madrid, España 1999, p. 471.

16. V., FERNÁNDEZ, Antoni, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 471.

que se esfuerzan en la tarea, siempre difícil, de proyectar sobre el futuro las consecuencias de los actos presentes¹⁷.

Otro momento de especial interés es el de la *toma de decisión*, ya que el estudio de este momento no es de la exclusividad de autoridades legales formalmente reconocidas. Por supuesto que se puede considerar que desde el punto de vista jurídico formal, sólo actúan aquellos entes públicos a los que se le ha atribuido la competencia para hacerlo. Sin embargo, la experiencia real descrita por los científicos sociales, politólogos, apuntan hacia la desmitificación del proceso, mostrando la decisiva participación de otros actores no reconocidos formalmente, sin los cuales no se hubiera concretado una decisión determinada.

La fase de la *ejecución o implementación*, se refiere al momento en que la política pública es puesta en práctica. Este aspecto tiene relevancia, aunque quizás es sólo en la última década en la que se le ha asignado su verdadero valor. Los modelos tradicionales como el weberiano tienden a centrar este proceso en el ámbito administrativo. Es decir, mientras que la toma de decisión desacansa en actores políticos, la ejecución queda en manos de una burocracia técnico-administrativa.

Sin embargo, un estudio más realista da cuenta de la necesaria intervención de actores distintos a los formales, constituidos por grupos e instituciones que se vinculan en este proceso de ejecución. A tal punto se da en realidad esta intervención, que los resultados de la implementación son afectados positiva o negativamente por la acción de esos grupos sociales.

Igualmente hay que tomar en cuenta aquellos niveles gubernamentales que deben actuar en la fase de la ejecución de la política. Su identificación con la medida puede favorecer o, al contrario, desfavorecer la ejecución exitosa, haciendo mucho más compleja esta fase del proceso.

La fase de *evaluación*, se puede entender como el proceso en el cual se efectúan juicios valorativos acerca de una determinada política pública. Allí intervienen una multiplicidad de actores desde los burócratas, los políticos, periodistas, organizaciones de la sociedad civil, hasta llegar a estudios orientados por metodologías científicas provenientes de profesionales de las ciencias sociales que utilizan las herramientas de investigación propias de estas disciplinas. Estas últimas se desarrollan desde las diversas ópticas científicas, tales como la Economía, Sociología o la Ciencia Política.

Un tema importante de reflexión acerca de esta fase es el referido al perfil del evaluador, en cuanto a si debe ser imparcial o neutral frente al gobierno que desarrolla la política o sí debe ser un actor identificado con el mismo.

Evidentemente la calidad del estudio dependerá de esta neutralidad, aun cuando resulta difícil generar estudios *químicamente puros* de las influencias políticas. Tanto el juicio favorable como el desfavorable podrían ser atacados y desvirtuados en función de esa contaminación. Pero, al mismo tiempo, no hay que negar lo difícil de trabajar en terrenos que se encuentran inmersos en la polémica política cotidiana. Por ello la decisión final acerca del signo positivo o negativo del juicio evaluador de una determinada política pública queda en manos de la sociedad, que será quien determinará su aceptación o su rechazo.

De este breve repaso por las etapas del proceso de producción de las políticas públicas se puede extraer como conclusión la importancia de superar modelos rígidos como

17. FERNÁNDEZ, Antoni, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 473.

el que restringe a la élite política dominante y a la burocracia el papel protagónico sobre la producción de las medidas requeridas para resolver los problemas sociales. Mucho más restrictivo si, además, funciona en el contexto de un Estado centralizado, en el que los niveles gubernamentales se encuentran sometidos o subordinados a un poder central que concentra la mayor parte de la toma de decisiones, limitando excesivamente a los niveles de gobierno más cercanos al ciudadano.

Por ello, se debe fomentar la participación de actores sociales, así como la descentralización política y administrativa, como elementos claves para desarrollar un proceso mucho más flexible y dinámico que permita alcanzar niveles óptimos de eficiencia y eficacia de la gestión pública, rescatando al Estado de sus defectos, fallas y debilidades, para aproximarlos a la sociedad a la que representa y sirve.

En este contexto surgen ya importantes posiciones que redefinen a las políticas públicas en el contexto de la ampliación de los actores que deben intervenir en su proceso formativo.

Las políticas públicas no se restringen a lo gubernamental ni a lo estatal, sino que su ámbito de operación son las instituciones que conjugan lo privado y lo público. Situarlas únicamente en lo gubernamental, limita su esencia al considerarlas como instrumentos de la racionalidad formal, no de la racionalidad pública. En la definición de los espacios públicos, las políticas articulan las esferas del mercado y el Estado; de los ciudadanos y el gobierno; de lo público y lo privado; de las instituciones y la institucionalidad¹⁸.

VI. EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

En la experiencia política que está viviendo Venezuela, se podría pensar que se han creado las bases sustentadoras para desarrollar una democracia participativa. En diversas disposiciones constitucionales se deja plasmada la orientación que hemos desarrollado que implica una modificación del concepto de lo público, admitiendo espacios públicos transferidos a la sociedad.

En primer lugar cabe mencionar los Artículos 5 y 6 del texto fundamental. En el Artículo 5 se establece el principio de que la soberanía reside en el pueblo, permitiendo el ejercicio directo de la misma en los casos previstos en la Constitución y las leyes y de manera indirecta, mediante el sufragio. En el Artículo 6 se establece los rasgos del Gobierno: democrático, *participativo*, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Por otro lado, dentro de los derechos políticos se consagra en el Artículo 62 de la Constitución un amplio derecho de participación en los asuntos públicos a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil. Esta participación abarca todo el proceso de la gestión pública: Formulación, ejecución y control. Este artículo expresa lo siguiente al respecto:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

18. UVALLE, Ricardo, *op. cit.*, Caracas, Venezuela 2001, p. 156.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

El contenido de este dispositivo constitucional que constituye el centro de atención de este trabajo, implica una ampliación considerable si lo comparamos con los rasgos consagrados en la Constitución de 1961, en la que se establecía un Sistema Partidocrático Representativo que sólo permitía participar en la vida democrática organizándose en Partidos Políticos.

En el primer aparte del artículo citado, se plasma un esquema muy amplio de participación que abarca las distintas fases de la gestión pública. En el proceso de producción de las políticas públicas que se analice con anterioridad, este dispositivo le atribuye a la sociedad el derecho a participar desde el inicio de dicho proceso hasta su culminación. Es decir, desde que se formula la política, pasando por la aplicación práctica y concreta de la misma, hasta su evaluación. Se establece, además, la obligación general del Estado, que abarca los diversos niveles de gobierno, de facilitar el desarrollo práctico de este principio constitucional. Para la Sociedad no es meramente un derecho o una facultad, sino que se plantea como una obligación, en concordancia con el principio de corresponsabilidad Estado-Sociedad, consagrado en el Artículo 4 de la Constitución vigente.

La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y *corresponsabilidad*.

En el Artículo 66 del texto constitucional, se atribuye a los electores el derecho a exigir de sus representantes la rendición de cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre la gestión pública desarrollada, pudiendo contrastarla con las promesas electorales desarrolladas en los programas de gobierno. Tal disposición plantea un cambio de orientación de las relaciones Estado-Sociedad y puede servir de motor para la estructuración de organizaciones sociales que se dediquen a desarrollar a plenitud el derecho establecido en este dispositivo. Por otra parte, la rendición de cuentas como obligación del representante, encuadra en el esquema participativo en el proceso de la gestión pública, en la fase de la evaluación o control de que se mencionó antes.

Sin pretender haber agotado todo el análisis del nuevo modelo de relaciones Estado-Sociedad consagrados en la Constitución de 1999, no hay que olvidar que los mismos implican cambios que tocan la cultura política que se estableció en nuestro país, a lo largo de mucho tiempo, no circunscrito a la experiencia democrática. Las relaciones con el Estado, ayudados por la renta petrolera se basaron en una base utilitaria, que fundamentó la gobernabilidad y la legitimidad del sistema político en esa amplia posibilidad de satisfacción desordenada y carente de visión de futuro. De manera que para ver cambios materializados según el principio constitucional consagrado en el Artículo anteriormente mencionado, se deben concretar, en primer término, los dispositivos legales requeridos para el más pleno desarrollo de los mecanismos participativos y luego evaluar la medida en que se llevan a la práctica en la experiencia cotidiana de la democracia.

Los organismos creados constitucionalmente que deben ser desarrollados por vía legislativa como el Consejo Federal de Gobierno (art. 185 C.N.), Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 166 C.N.) y Consejos Locales de Planificación Pública (art. 182 C.N.), todos admiten representación de la sociedad organizada. Actualmente los proyectos legislativos contemplan la selección de estos

representantes del seno de las comunidades organizadas. Con la sanción y promulgación de estas leyes, así como de la Ley sobre Participación Ciudadana, se habrán sentado las bases para poner en ejecución el nuevo modelo destinado a aproximar íntimamente a la Sociedad con el Estado, y a establecer relaciones de corresponsabilidad entre ambos. Como se puede ver las cartas están echadas para que se ponga en marcha ese proceso de modernización del Estado.

En la regulación de la Administración Pública (art. 141 al 143 de la Constitución) se consagran principios que facilitan el desarrollo de una gerencia pública moderna, reiterando que la misma está al servicio de los ciudadanos y debe orientarse por los siguientes principios: honestidad, *participación*, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad (art. 141). En este punto se sientan bases sólidas para sustentar la modificación del modelo burocrático y su orientación hacia principios de la gerencia pública. En el art. 143 se establece el derecho del ciudadano a recibir información oportuna y veraz de parte de la administración pública.

Sin embargo, hay ciertos elementos de la realidad socio-política nacional que parecieran entorpecer ese camino.

VII. LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA

Cabe mencionar la persistencia, al menos en la práctica política más que en las normas constitucionales, de un Estado Populista, versión latinoamericana del Estado Benefactor, que más que producir resultados positivos en favor de la población sólo ha dejado un sentimiento de malestar y de frustración que aún no se ha revertido¹⁹.

Los rasgos fundamentales del Populismo, tropiezan con una verdadera democracia participativa, como lo he sostenido reiteradamente. Esto se debe a que el Estado en ese contexto establece relaciones verticales con la sociedad. La élite política dominante pretende someter a la sociedad, restándole su espontaneidad e independencia, en su búsqueda por el control político absoluto. Los proyectos o programas que se plantean no surgen de una consulta con la ciudadanía, sino que vienen pre-establecidos, desde la cúpula que dirige el o los movimientos políticos con mayor fuerza. De manera que no se trata de construir un modelo flexible de relaciones sociedad-Estado, de lo que se trata es de plantar en las raíces de la sociedad, el proyecto político que ha sido diseñado previamente por los dirigentes fundamentales de las organizaciones políticas que copan la escena.

El Populismo, que sigue vigente como cultura política en Venezuela, tanto en la élite gobernante como en los gobernados, asigna un rol pasivo a la sociedad y un rol activo y predominante al Estado. La sociedad para poder ser considerada debe probar su sumisión con el proyecto político, sin agregar ni quitar, ni corregirlo. La participación, en este sentido, está limitada por tal esquema, ya que pasa por ese filtro excluyente. Todo sector o grupo u organización de la sociedad civil que no comulgue con las líneas del proyecto político predominante no son consideradas a la hora de conformar los equipos

19. V., MARÍÑEZ NAVARRO, Freddy, *Estado, Bienestar y Sociedad. La Globalización y lo social*. Editorial Trillas, México 2000, pp. 44-51.

que deberán concretar y ejecutar las acciones dentro del marco de una democracia participativa.

De tal manera que lo que se plantea en el panorama que se observa es que si se trata de exigir la aplicación del esquema participativo amplio, que a mi entender está consagrado en nuestra norma fundamental, con una sociedad civil autodeterminada e independiente de las instituciones estatales, se va a entrar en una situación conflictiva con la élite política dominante que pretende implantar su proyecto político hegemónico sometiendo a toda fuerza política o social que se le oponga.

Por supuesto, que esta es una interpretación de la realidad que podría modificarse en la medida en que se desarrolle por vía legal los principios constitucionales. Desde el momento en que se le dote de sentido al esquema participativo y se creen los organismos que en los diferentes niveles del poder público van a estructurar, contando con una representación de la sociedad civil organizada, se verá con claridad cuál es la voluntad política y cuál es el sentido u orientación que seguirá. Si se respeta un concepto independiente de la sociedad civil no sometido al Estado, o si se desvirtúa esta noción sustituyéndola, en aras del proceso revolucionario, por una sociedad civil comprometida con el proyecto de cambio. De cualquier manera, por más restringido que sea el espacio para que se desarrollen las organizaciones societales, no hay duda que la presión por pasar de la representación a la participación va a estar latente. Esta presión cobra vida en la medida que queda demostrado que el Estado no es autosuficiente para producir soluciones y respuestas ante los problemas sociales y deberá acudir, inevitablemente a la sociedad para obtener apoyo y legitimación.

Lo que auguro es un esquema de conflictos que puede resolverse en negociaciones que contribuyan a llevar la balanza hacia la consolidación de un verdadero esquema participativo no supeditado a las directrices de las élites políticas ni a la burocracia estatal. Esta inclinación se produciría por cuanto el modelo elitista democrático y el modelo burocrático, se encuentran comprobadamente debilitados por fallas insuperables que no le permiten cumplir con las enormes y crecientes exigencias sociales.

Sobre estas bases se podría predecir, con cierta precisión, el fracaso de aquellos proyectos políticos que desconozcan lo que ha sido la causa esencial del mismo: El divorcio Estado-sociedad y el mantenimiento en el marco del poder de una élite y de una burocracia autista, incapaz de superar su enorme resistencia a cualquier cambio profundo. En el caso venezolano, existen cuestiones que pueden alargar este aprendizaje, ya que se tiende a atribuir el fracaso del sistema político basado en el pacto de Punto Fijo, a desviaciones clientelares, que no tienen porque afectar al nuevo modelo de Estado populista, interventor y centralizado. Mientras se den cuenta que el problema real está en la incapacidad innata de este modelo de Estado para generar progreso y crecimiento, será la propia sociedad civil la que deberá encargarse de luchar por exigir los espacios participativos que seguramente se le querrán limitar o condicionar.

Otros obstáculos a la instauración del modelo de democracia participativa, tienen que ver con la falta de voluntad política para proceder a desarrollar más la descentralización del aparato estatal. Persiste una tendencia a concentrar poder en el centro, sin dotar de mayor poder de decisión a los niveles estatal y municipal de gobierno. Ello no contribuye a acelerar la instauración de un esquema participativo.

En lo que respecta a la democratización interna de las organizaciones políticas, igualmente se puede observar una clara resistencia al cambio, que hace que tantas las nuevas organizaciones políticas como las viejas, conserven el modelo del centralismo

democrático. Es decir, los cogollos sigue moviendo los hilos de las organizaciones políticas. En este sentido, ¿cómo hablar del desarrollo de una cultura participativa, cuando en las organizaciones políticas no se lleva a la práctica?

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La breve revisión de algunos obstáculos que se pueden observar en la experiencia democrática venezolana, no se deben tomar como argumentos para fomentar la desidia y la apatía ciudadana, así como su pérdida de autoestima. La Venezuela hoy día, no es la misma que en períodos anteriores de su historia, y ya existe en número creciente de sectores de la sociedad civil que han desarrollado una cultura y unos valores que no pueden ser subyugados fácilmente. Poseen la autonomía y convicción de que su labor es necesaria para el progreso de la sociedad. Antes fueron los partidos políticos, a los que se les considerara como males necesarios, que había que soportar estoicamente. Pero hoy hay que añadir a estos grupos de presión que vienen a contribuir con la debida canalización de las demandas que provienen de la sociedad.

De manera que el intento por reimplantar modelos que han sido puesto en duda y criticados fuertemente, como el burocrático y el elitista, se van a ver enfrentados con estos nuevos actores sociales que, por definición, no persiguen el poder político, sino que deben su existencia y su supervivencia a su autenticidad como representantes del colectivo y, por ende, actuar como tales.

La puesta en práctica de un escenario participativo, que no sea interpretado según los intereses de la élite política dominante, dependerá, en buena medida, de la capacidad de esta diversidad de actores sociales de generar un ambiente propicio para oponerse a cualquier intento de sometimiento o de adormecimiento de las exigencias sociales.

Por ello, se debe reiterar que el éxito de una experiencia democrática participativa depende de superar los fantasmas de las culturas políticas que nos mantienen sumidos en la falsa idolatría del Estado autosuficiente, capaz de producir las grandes soluciones sin requerir de la participación de la sociedad. Igualmente se debe evitar caer en las manos de otros ídolos como el mercado.

Una reflexión esclarecedora en torno a la superación del péndulo Estado-mercado, plantea la necesidad de producir el reencuentro entre el mercado y el Estado con la sociedad, pero eso sí, redefiniendo los papeles asignados a cada uno²⁰. En su esquema a la mano invisible del mercado, hay que ayudarla con la mano promotora del Estado y la mano solidaria de la sociedad, todos interactuando en una Economía Participativa de Mercado.

20. V., VILLARREAL, René 1997.

BIBLIOGRAFÍA

ALBI, Emilio y otros, *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*, Ariel, Barcelona, España 2000.

BONIFACIO, José Alberto y LÓPEZ SEGRERA, Francisco, *Presentación. El Tránsito de la Cultura Burocrática al Modelo de la Gerencia Pública. Perspectivas, posibilidades y limitaciones*, UNESCO, CLAD, Caracas, Venezuela 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos y CUNNILL GRAU, Nuria, *Entre El Estado y el Mercado: Lo público no estatal*, Paidós, CLAD, Buenos Aires, Argentina 1998.

BREWER-CARIAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, Venezuela 2000.

COHEN, Jean L., y ARATO, Andrew, *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.

CUNNILL GRAU, Nuria, *Repensando lo público a través de la sociedad*, CLAD, Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela 1997.

FEO LA CRUZ, Manuel, “La reformulación del Rol del Estado y la apertura de nuevos espacios para la participación ciudadana”, *Memoria Política* n° 6, CEPA, UC., Valencia, Venezuela 1999.

FERNÁNDEZ, Antoni, “Las Políticas Públicas”, *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, España 1999.

KLIKSBERG, Bernardo, “Repensando el Estado para el desarrollo social; más allá de convencionalismos y dogmas”, *Revista del CLAD* n° 8, Caracas, Venezuela 1997.

KLIKSBERG, Bernardo, “Diez falacias sobre los problemas sociales de América Latina”, *Revista del CLAD* n° 19, Caracas, Venezuela 2001.

MARIÑEZ N., Freddy, *Estado, Bienestar y Sociedad. La Globalización y lo social*, Editorial Trillas, México 2000.

SANZ, Ana, “La Administración Pública”, *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, España 1999.

UVALLE, Ricardo, “El fortalecimiento de la vida democrática: la nueva relación de la sociedad y el Estado”, *Revista del CLAD* n° 20, Caracas, Venezuela 2001.

VILLARREAL, René, “El reencuentro del mercado y el Estado con la Sociedad: Hacia una economía participativa de mercado”, *Revista del CLAD* n° 8, Caracas, Venezuela 1997.

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

Yusby S. Méndez-Apolinar
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Venezuela

I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS

Mayoritariamente, la participación política de los ciudadanos ha sido estudiada profusamente desde la óptica unilateral de un *derecho*: esa facultad que nos asiste a todos aquéllos que compartimos un lugar común de la geografía universal, signado por esos genuinos caracteres que nos identifican y nos unen a un mismo suelo, haciéndonos acreedores de la cualidad de *ciudadanos*, de intervenir, de tomar parte en los asuntos públicos que nos atañen como integrantes de un colectivo y, por tanto, partícipes de una misma realidad, donde se comparten las mismas vivencias y se padecen las mismas penas.

Ese reconocimiento de *la participación política como derecho* de los ciudadanos es una conquista de la lucha democrática y de la evolución del pensamiento político. En el mundo contemporáneo se encuentra así consagrado en múltiples instrumentos normativos tanto nacionales como internacionales.

En el ámbito internacional valga mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) y la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001 (artículo 6).

En los ordenamientos jurídicos internos, específicamente en el contexto latinoamericano, las Constituciones de los países como Colombia (artículo 40), Guatemala (artículo 136 literal e), Nicaragua (artículo 50), Paraguay (artículo 117), Perú (artículo 31) y nuestro país Venezuela (artículo 62), expresa y formalmente consagran el derecho de los ciudadanos a la participación política, mientras que el resto de países latinos establecen, en mayor o menor grado, la articulación de este derecho mediante distintas formas de participación.

Esa consagración expresa y clara de la participación política como derecho en la Constitución de Venezuela de 1999, con ocasión de la Asamblea Nacional Constituyente, obedeció en gran medida a la insistente e infatigable propuesta de una de sus Comisiones: la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía, presidida por el doctor Allan R. Brewer-Carías¹. En aquel entonces, ni el Informe Final presentado por la Comisión de

1. V., BREWER-CARIAS, Allan R., *Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 119-137.

Régimen Político de la misma Asamblea Nacional Constituyente², ni con anterioridad a éste, el Proyecto de Constitución del Presidente Chávez³, erigía a la categoría de derecho, diáfana y formalmente consagrado, la participación política de los ciudadanos; no obstante, poder presumirse su declaratoria, sobre todo por la prolijidad de *medios de participación y protagonismo del pueblo* que enunciaba el primero de los documentos aludidos. Y es que la mención, en el Informe de la Comisión prenombrada, de la *democracia participativa y protagónica* resultaba indiscriminada y el uso del término *participación* referida a los ciudadanos, abusivo; al extremo de percibirse infausto tanto protagonismo y tanta participación -quizás por la inevitable sensación de desgaste que produce el uso desmesurado de palabras tan llenas de contenido-, además de resultar paradójico, luego de la aseveración anterior, la consagración ambigua de ese derecho, un poco entremezclado entre lo mucho que se quería decir.

En todo caso, es innegable que una de las innovaciones importantes de la vigente Constitución, sea precisamente la declaratoria directa, expresa y formal de *la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como uno de los derechos políticos*; lo cual representa un avance considerable dentro del constitucionalismo moderno, más aún, cuando la derogada *Constitución de 1961*, texto de alto calibre político-jurídico en su generalidad pero de insuficiente literatura en este punto, sólo concebía en su artículo 114 la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos únicamente a través de los partidos políticos, por lo que la forma de participar políticamente estaba condicionada exclusivamente al derecho de asociarse en partidos políticos, lo cual se mantuvo incólume en el Proyecto de Constitución propuesto por el Presidente Chávez; sin embargo, a tenor de lo que establecía su *artículo 50: La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*, el derecho a la participación política era fácilmente deducible y plenamente tutelado bajo la égida de la referida Constitución de 1961. En cuanto a los medios de participación directa, estos estaban limitados al referéndum para el caso exclusivo de la reforma constitucional (artículo 246 ordinal 4º) y a la iniciativa legislativa popular (artículo 165 ordinal 5º); mientras que la *Constitución vigente de 1999* en su *artículo 70* abunda en el enunciado de vías de participación del pueblo en lo político, y en este sentido establece: “...*la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros...*”; de igual manera, hay aproximadamente más de 30 artículos del texto permeados por la participación ciudadana, además del preámbulo y la exposición de motivos, por supuesto.

De todo esto no puedo sino enfatizar en palabras de Ronald Dworkin: “...Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de los ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa...”⁴.

2. Este documento debe reposar en el archivo histórico de la Asamblea Nacional, en su defecto consúltese en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

3. V., CHÁVEZ FRÍAS, Hugo, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, contiene Partes I y II, Producido por La Piedra, Caracas, 5 de agosto de 1999, p. 24.

4. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión, Barcelona, marzo 1999, p. 278.

II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA

Las palabras adquieren verdadero sentido cuando se llenan de contenidos fácticos, de realizaciones tangibles en el quehacer cotidiano del hombre.

El término *ciudadano* refleja indefectiblemente el sentido de pertenencia a un Estado, concebido como organización política de la sociedad, de sus habitantes, en un marco territorial y dentro de un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, la cualidad de serlo implica la adquisición de la ciudadanía: ese vínculo político entre el hombre y el Estado, que como toda relación engendra derechos y obligaciones, pero que adquiere una dimensión especial por su alcance y significado. En efecto, siguiendo a Brewer-Carías, "...la ciudadanía venezolana no es más que la condición jurídica en cuya virtud un individuo interviene en el ejercicio de la potestad política del Estado venezolano..."⁵.

De manera que esa especial relación entre el hombre y el Estado (ciudadanía) da lugar a una singular forma de participar (participación política) y a una determinada manera de entender sus consecuencias (derechos y obligaciones ciudadanas). En lo adelante, la participación política de los ciudadanos no seguirá el enfoque tradicional de un *derecho*, no obstante haberse tratado como punto previo, sino que su concepción atenderá a una óptica distinta: cuál es el sentido de participar en los asuntos públicos y ejercer la ciudadanía, en momentos -como los actuales-, en donde hacerlo es necesario y de una imperiosidad galopante.

No nos referimos precisamente a la consagración o no de esta inexcusable conducta en normas jurídicas, pues la realidad se impone y con esa misma fuerza hay que interpretarla, y desafortunadamente para nosotros, hoy vivimos inmersos en algo que hemos denominado: *El surrealismo normativo*⁶; se trata más bien de ahondar en eso que nos pertenece a cada uno y que habita simplemente en los espacios de nuestro ser (deber ser) con mayor fuerza que la de las normas escritas (la conciencia). En este sentido, hacemos enteramente nuestras las palabras de González Vicen: "...la conciencia nos revela nuestra última realidad en forma de exigencia. No hay *conciencia errónea*, como ha querido sostenerse, porque el mismo concepto de *conciencia errónea* presupone la existencia de un orden supraindividual que la conciencia refleja y que constituye la medida de esta"⁷.

5. V., BREWER-CARIAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, "La Distribución Horizontal del Poder Público y el Sistema de Gobierno". 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal 1996, p. 410.

6. MÉNDEZ-APOLINAR, Yusby S. *El Surrealismo Normativo*, (hasta ahora inédito): RIMBAUD, APOLLINAIRE y KAFKA entre otros, no imaginaron nunca la trascendencia de su doctrina y el ejercicio cotidiano de sus postulados en el mundo jurídico. En nuestra orbe, el derecho es más una elaboración imaginaria, que una regla de conducta útil, eficaz y funcional. La norma se desdibuja cuando al aplicarla, su dimensión sobrepasa los límites de la realidad nuestra, esos genuinos caracteres que nos identifican. Pues bien, el derecho es algo que convive con nosotros pero que paradójicamente, nunca lo sentimos cerca. A veces parece tan surrealista, imaginario e inasible, que dudamos de su existencia en el plano de los hechos, más allá de los textos donde vive muriendo cada día. El Estado de Derecho nos impone así una forma de ser y de actuar, nuestras vidas se regulan a través de normas cuya máxima expresión confluye en el Principio de Legalidad, esa sumisión al derecho como único medio en el que la libertad de todos tiene armonioso lugar y fecundidad plena. Pero ese derecho solo es vívido si sus intérpretes así lo quieren, de lo contrario sólo será letra muerta...

7. GONZÁLEZ VICEN, Felipe, "La obediencia al Derecho", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje del Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1983, p. 449. *Cit.* por DE ASIS ROIG, Rafael, *Deberes*

Pues bien, intervenir hoy en los asuntos públicos de nuestro país es la contraprestación que tenemos al formar parte de un Estado Social y Democrático de Derecho, es una exigencia del comportamiento cívico, coherente con nuestra manera de ser y sentir. De allí que la mayoría de los autores estén contestes con la aseveración: la Democracia se revitaliza en su esencia mientras ésta sea más participativa y más representativa.

Por ello es necesario hacer uso constante de los distintos mecanismos de participación articulados en las normas, convencidos de que los derechos se ganan realmente cuando cumplimos con nuestras obligaciones, y en este particular, con nuestras obligaciones ciudadanas, más aun cuando se trata de defender lo más digno y noble del ser humano, lo que atinadamente denominó José Guillermo Andueza en un artículo publicado hace algún tiempo en el Diario El Nacional, *El Derecho a la Esperanza*; derecho que sólo puede concebirse en los espacios de libertad. Libertad que en la actualidad está siendo fuertemente amenazada ante un gobernante de mentalidad y actitud autoritaria, caracterizado por un penoso desprecio por el ser humano, quien hace de la violación sistemática de los derechos de los ciudadanos venezolanos a quienes se debe, una *apología* constante en su verbo y en su comportamiento -sin ser generosa en el uso del término-, razón por la cual no existe en su haber el más mínimo respeto a los espacios democráticos, esos que le permitieron llegar a la presidencia; cargo desde el cual, haciendo un uso indebido del poder que detenta y pretende omnímodo, desconoce los derechos de los ciudadanos en tanto implica reducción de posibilidades para su ejercicio arbitrario.

Especialmente, en lo que tiene que ver con la participación ciudadana en los asuntos públicos, múltiples son las manifestaciones de desprecio por su parte. Valga señalar sólo como ejemplo, la manera inconsulta como fueron dictados 48 Decretos-Leyes en materias de primer orden para el país, violando inconcusamente los artículos 62, 70, 206 y 211 de la Constitución⁸; además del nombramiento discrecional de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos Nacionales (Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República) en ausencia de los Comités de Postulaciones que debían estar exclusivamente integrados *por representantes de los diversos sectores de la sociedad* tal como lo prevé la norma constitucional, pero que fueron sustituidos por una Comisión Parlamentaria creada por una Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitu-

y *Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, Colección El Derecho y La Justicia (22), p. 108

8. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O. n° 36.860 de 30-12-99). Reimpresión por errores materiales (G.O. Extra. n° 5.453 de 24-03-2000).

Artículo 62: "Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el *derecho de participar libremente en los asuntos públicos*, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica" (cursivas nuestras).

Artículo 70: "Son *medios de participación y protagonismo del pueblo* en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, *la consulta popular*, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros..." (Cursivas nuestras).

Artículo 206: "...Los Estados *serán consultados* por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos..." (Cursivas nuestras).

Artículo 211: "...La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, *consultarán* a los otros órganos del Estado, *a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos...*" (Cursivas nuestras).

cional de noviembre de 2000. De igual forma, la *apresurada discusión* para la aprobación del nuevo texto Constitucional en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, de casi un mes solamente, lo cual imposibilitó cualquier intento real de participación efectiva de los ciudadanos, mediante propuestas u observaciones críticas, así como la aprobación del mismo, a través de un referéndum, luego de la divulgación del proyecto con sólo tres semanas de anticipación⁹.

Dentro de los acontecimientos más recientes tenemos, entre otros muchos, el intento frustrado de los ciudadanos de someter a referéndum consultivo la actuación presidencial, cuestión que fue vilmente torpedeada desde el gobierno. Con esto no estamos evaluando la pertinencia o no de ese mecanismo de participación desde el punto de vista jurídico, pues ese sería un punto para ser tratado a profundidad y por lo tanto en un estudio aparte; simplemente, cuestionamos la lectura errada y maniquea que hace el gobierno de todo acto de expresión popular que se oponga legítimamente a sus caprichosas querencias dictatoriales. El mencionado referéndum estaba pautado para el 02 de febrero del corriente; sin embargo, tuvo que ser sustituido por *El Firmazo*, organizado logísticamente por la Asociación Civil Súmate y donde de manera contundente y con una participación masiva, se recogieron un total de cuatro millones cuatrocientas veintiseis mil trescientas veintiuna firmas (4.426.321 firmas) en contra de la actuación presidencial y de su equipo¹⁰. Cifra que supera la cantidad de votos que llevaron al presidente Hugo R. Chávez Frías, a ocupar la primera magistratura, en 1998: tres millones seiscientos setenta y tres mil seiscientos ochenta y cinco votos (3.673.685 votos)¹¹.

Todo esto nos lleva a afirmar con vigorosa convicción que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos clama hoy por su vigencia efectiva y real; pero para ello es necesario hacerlo valer, ejercerlo; asumiendo con sentido de responsabilidad la *obligación* que como ciudadanos tenemos de defenderlo a toda costa, condición esta indispensable para la pervivencia del Estado Social y Democrático de Derecho. Así lo concibe, además, la Carta Democrática Interamericana, adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el Vigésimo Octavo período extraordinario de sesiones celebradas el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, cuando en su artículo 6º declara como un *derecho* y una *responsabilidad* la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, considerándola también como una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, el cual se robustece con la promoción y fomento de las diversas formas de participación.

En este sentido, la Encíclica *Laetitia sanctae*, de León XIII, nos enseña: "...el cumplimiento de los deberes sencillos de la vida cotidiana y todos los demás, tan pronto como arraigan en los espíritus, harán surgir poco a poco, con toda seguridad, el anhelado cambio en la manera de pensar y en las costumbres. Entonces las obligaciones propias de cada cual, lejos de resultar aborrecibles y molestas, se harán gratas y atrayentes..."¹².

9. V., BREWER-CARIAS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*. Editorial CEC, S.A., Los Libros de El Nacional, Caracas, Colección Ares 44, pp. 149-155 y 238-242.

10. V., Firmas recogidas (El Firmazo) [en línea]. <<http://www.carelia.org/home/default.asp>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

11. V., Resultado de la elecciones presidenciales (Venezuela 1998) [en línea]. <<http://www.fortunecity.de/olympia/beckenbauer/30/venez98.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

12. León XIII, "Laetitia sanctae", en *Doctrina Pontificia*, t. III, BAC, Madrid 1959, p. 377. cit. por DE ASIS ROIG, Rafael, *Deberes y Obligaciones en la Constitución, ob. cit.*, p. 83

III. LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN

A partir de octubre del año 1958, después de 10 años de dictadura, cuando se firma el Pacto de Punto Fijo por los partidos políticos AD, Copei y URD, con la venia de grupos importantes pertenecientes al poder militar, sindical, empresarial y eclesiástico del país, nace en Venezuela un modelo democrático producto de la alianza y el consenso de las élites. Pacto en el cual se acuerda que las divergencias entre esos partidos políticos, así como los intereses políticos, económicos y sociales comunes, se encauzarían dentro de pautas de conciliación y consenso, a los fines de asegurar la supervivencia, aceptación y legitimación del régimen democrático.

Salidos de un régimen autoritario, la libertad se convirtió entonces en el valor fundamental, especialmente en la esfera de los derechos individuales, sociales y políticos. Al lado de la igualdad y la justicia, fue el valor mejor desarrollado en los años sucesivos y en distintos predios, v.gr. libertad de expresión, libertad política, libertad de movilización dentro de la geografía nacional e internacional, entre otras. Hubo un desarrollo importante del pluralismo, no sólo entendido en su sentido político primario (existencia de una sociedad conformada por diversos grupos políticos y centros de poder), sino como actitud cívica de respeto a la diversidad de ideas y posiciones, de tolerancia, moderación y diálogo; indispensables todos estos para el buen manejo de las diferencias, divergencias y antagonismos entre los actores. No obstante, los espacios de participación de la sociedad civil en lo público habían sido copados, casi en su totalidad, por los partidos políticos como únicas organizaciones de intermediación entre el Estado y la Sociedad Civil, de manera que la participación política se había limitado realmente a la participación partidista y electoral.

Los partidos políticos jugaron entonces un papel predominante y protagónico en la instauración del sistema democrático, tanto así que la gente no se percataba de la necesidad de participar en política, porque sencillamente no tenían necesidad de hacerlo, se sentían en su mayoría representados en un contexto donde no estaba en riesgo la libertad, la igualdad, la justicia; muy por el contrario, se estaban llenando de contenido todas esas expresiones, como valores del nuevo sistema político ganado: la democracia. Por ello, era común escuchar -como cuentan nuestros padres- expresiones como: *La política es para los políticos*.

Con el transcurrir del tiempo, esa gran obra creada fue incomprendida por sus mismos autores, es lo que denomina Brewer-Carías: *Incomprensión del liderazgo*. Los representantes de los partidos políticos no entendieron cuál era su papel posterior y fueron perdiendo el sentido de realidad ante el cambio de necesidades y expectativas del pueblo venezolano, anquilosados en un pasado. Y es que el modelo de democracia partidista, populista y pactada fue agotándose en la medida que entraba en crisis el modelo de desarrollo económico rentista y estatista, y en la medida que colapsaba el esquema clientelar adoptado por esos partidos políticos. Esto trajo como consecuencia la crisis de la década de los años 80, reflejo de un sentimiento generalizado de frustración de los ciudadanos al no sentir que sus problemas eran efectivamente resueltos y que por tanto, esas demandas sociales no obtenían las respuestas deseadas. La gente fue imbuyéndose entonces en un clima de anomia y apatía social, que se hacía más fuerte a medida que pasaba el tiempo y la crisis se agudizaba.

Producto de la crisis, se requería de nuevos actores políticos que interpretaran el verdadero sentir del pueblo, es entonces cuando Hugo R. Chávez Frías, con su gran caris-

ma y poder de seducción, aprovechando el sentimiento de frustración reinante en la población venezolana, logra la identificación de la mayoría con su discurso y con ello la silla presidencial.

Antes, sin embargo, un proceso silente de 40 años, se había arraigado en nuestras vidas casi sin darnos cuenta. Es que nos acostumbramos a tener libertad, a sentirnos iguales, a luchar por la justicia porque teníamos a dónde acudir para hacerla valer. Con todas sus imperfecciones, los valores de libertad, igualdad, justicia, solidaridad, compañerismo, cordialidad, entre otros, se habían clavado en nosotros y así lo sentíamos. Todo ello, gracias a la democracia.

Por ello, Brewer-Carías señala: "...El patrimonio histórico-político-cultural más importante que tiene Venezuela en estos comienzos del Siglo XXI, sin duda, es el de la democracia como régimen político y como forma de vida... La verdad es que los venezolanos nos habituamos a la democracia...a vivir en libertad; y en esa situación, el pueblo no acepta ni tolera el autoritarismo, y rechaza la violencia..."¹³.

Hoy, esa *cultura democrática* adquirida, ese conjunto de valores, creencias y actitudes concebibles sólo en un sistema democrático heredado de las tradiciones políticas, es la fina línea que demarca nuestros *derechos y obligaciones* como ciudadanos en el contexto político reinante, cuando lo que está en juego no es otra cosa sino nuestra *democracia*.

Finalmente, no puedo sino expresar mi más profundo agradecimiento al Maestro que me abrió las puertas cuando, llena de incertidumbre pero con imperiosas ganas, tan sólo terminaba mi carrera de derecho.

Ese Maestro, a quien tengo el privilegio de dedicar estas palabras en tan merecido homenaje, no es otro sino el doctor Allan R. Brewer-Carías; para quien, desde la exigüidad de mis méritos, obsequio esta breve reflexión.

Como dijera Richard Bach en su bello libro *Ningún lugar está lejos* "...los mejores regalos que puede el hombre recibir en la vida, no son los que están envueltos en oro, en cristal o en plata, sino aquéllos que están llenos de verdad, de alegría y de amistad..."

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUTISTA URBANEJA, Diego, NJAIM Humberto y STAMBOULI, Andrés, "Las Reformas Políticas" en *Reformas para el cambio político: Las transformaciones que la democracia reclama*. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), vol. 3, Caracas 1994.

BREWER-CARIÁS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana: La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*. Editorial CEC, SA. Los Libros de El Nacional, Colección Ares 44, Caracas.

"Reflexiones sobre El Constitucionalismo en América" en *Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó: Historia del Derecho de Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, n° 2, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 2001.

13. V., BREWER-CARIÁS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, op. cit., p.139.

La Constitución de 1999 (con el texto oficial de la Constitución). Editorial Arte, Caracas 2000.

Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I: “El régimen histórico-constitucional del Estado”, 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo III: “La Distribución horizontal del poder público y el sistema de gobierno”, 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV: “Los derechos y garantías constitucionales”, 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Problemas del Estado de Partidos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

El Estado: Crisis y Reforma, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Series Estudios, N° 4, Caracas 1982.

“La participación política en la nueva Ley Orgánica del Régimen Municipal” (*separata del Libro-Homenaje al Doctor Rafael Pizani*). Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1979.

CHÁVEZ FRÍAS, Hugo, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, contiene Partes I y II, Producido por La Piedra, Caracas 1999.

COMBELLAS, Ricardo, “La Reforma general de la Constitución y sus aspectos más saltantes” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992.

CONTRERAS, José Gregorio, “La Descentralización y la Democracia Participativa” en *Memoria Política*, n° 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección El Derecho y La Justicia (22), Madrid 1991.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión, Barcelona, marzo 1999.

FEO LA CRUZ P., Manuel, “La reformulación del rol del Estado y la apertura de nuevos espacios para la participación ciudadana” en *Memoria Política*, n° 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

FERNÁNDEZ TORO, Julio César, “Representación y Participación la Reforma Constitucional: Una propuesta para mejorar la democracia” en *Politeia*, n° 19, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1996.

“De la Democracia Insuficiente a la Democracia Plena” en *Una Constitución para el ciudadano*. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas 1994.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado y Sociedad*. Obras completas III. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe. “La obediencia al Derecho” en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje del Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*. Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1983.

HALUANI, Makram, “De la Aflicción Individual a la Participación Pública Colectiva: Modelo Analítico-Cualitativo de la Movilización Política” en *Memoria Política*, N° 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A. y LEJARZA A. Jacqueline, *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

MEIER ECHEVERRÍA, Henrique, *¿Qué es el Derecho?*, Editorial Panapo, Caracas 2001.

MOLINA, José Enrique, “Democracia Representativa y Participación Política en Venezuela” en *Cuadernos de CAPEL*, n° 10, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1996.

RIVAS QUINTERO, Alfonso, “Democracia Representativa y Participación popular” en *Una Constitución para el ciudadano*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas 1994.

URDANETA, Argenis, “Opciones participativas y Gobernabilidad Democrática” en *Memoria Política*, n° 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

Constitución Política de Colombia [en línea]. <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col/91.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución Política de la República de Guatemala [en línea]. <<http://www.info-guat.guatemala.org/Constitution.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Nicaragua [en línea]. <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Nica/nicarefs.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Paraguay [en línea]. <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay/paraguay.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Perú [en línea]. <<http://www.angelfire.com/va/derecho/cnperu.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Firmas recogidas (El Firmazo) [en línea]. <<http://www.carelia.org/home/default.asp>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Resultados de las elecciones presidenciales (Venezuela 1998) [en línea]. <<http://www.fortunecity.de/olympia/beckenbauer/30/venez98.html>> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

§ 19 UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Cosimina G. Pellegrino Pacera
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Esta presentación comprende un breve estudio sobre la institución del referendo como mecanismo de participación ciudadana, que consagra expresamente nuestra actual Constitución, como un derecho político inherente a toda persona.

La consagración de este mecanismo en nuestro sistema constitucional implica que el ciudadano pueda participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

El referendo como mecanismo de participación democrática comporta una revaloración y un redimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. Es por ello, que ha sido uno de los temas centrales del que hacer político y jurídico del Estado y de la sociedad civil venezolana en los últimos tiempos, y probablemente lo siga siendo próximamente.

Sobre esta institución, como veremos, se cierran muchas sombras y existen múltiples vacíos normativos lo cual podría dificultar su adecuada comprensión por la gente, que es, precisamente, la llamada a darle vida a ese instrumento de participación ciudadana.

No hay duda sobre la perplejidad que envuelve esta figura de participación plena popular en el destino del país. Si bien resulta plausible que el texto constitucional venezolano permita al ciudadano tomar decisiones en la gestión pública, y por ende, le reconozca *un poder constitucional significativo*, no es menos cierto, que esto a su vez, podría acarrear efectos paralizantes sobre la gobernabilidad del país.

En todo caso, uno de los avances más importantes introducidos en la Constitución de 1999 es, la consagración de una serie de instrumentos participativos que permiten una mayor y más directa vinculación entre los órganos del Poder Público y el ciudadano.

Por último, queremos advertir que no aspiramos, en el presente ensayo, desarrollar un análisis en forma exhaustiva de la institución del referendo ni agotar su estudio, sólo pretendemos esbozar algunas ideas, enfatizando algunos aspectos fundamentales que en la actualidad resultan de gran interés.

II. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La participación política es un derecho que ha alcanzado incluso el rango de derecho humano, aún antes de ser consagrado expresamente en muchas Constituciones escritas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, consagró como un derecho esencial del hombre, el derecho de toda persona, a *"tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes"*.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), el 10 de diciembre de 1948, consagró el derecho de toda persona a *"participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos"*. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, consagró como un derecho humano, el derecho de todo ciudadano a *"participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos"*.

En idénticos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, consagró entre los derechos humanos políticos, el derecho de todo ciudadano a *"participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos"*.

El derecho a la participación política consagrado en el ámbito internacional, es a su vez recogido por varios textos constitucionales. Tal es el caso de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referendo el día 15 de diciembre de 1999.

En efecto, uno de los avances más importantes introducidos en la Constitución venezolana ha sido la consagración de una serie de instrumentos participativos que permiten una mayor y más directa vinculación entre los órganos del Poder Público y el ciudadano.

Y, es desde esta perspectiva, que podemos afirmar que la participación política o ciudadana, intrínsecamente ligada a la forma de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, deviene como derecho fundamental de los ciudadanos.

III. EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA

La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución derogada de 1961 que apenas estableció dos instituciones de democracia participativa: la iniciativa popular y el referendo en caso de reforma constitucional, estipula un sistema directo y atento de control de la gestión pública, en otras palabras, un *sistema de democracia participativa*, que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la actual Constitución se concibe, en los términos siguientes:

En materia de Derechos Políticos se incluyen modificaciones sustanciales en relación con la Democracia Representativa y de Partidos establecida en la Constitución anterior.

Se inicia el Capítulo con la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercido de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al derecho al sufragio, ya que es entendido en un sentido

amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública. Como contrapartida el Estado y la sociedad deben facilitar la apertura de estos espacios para que la participación ciudadana así concebida se pueda materializar.

Esta regulación responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos. De esta manera, la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad.

Concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, para devolver a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta este Capítulo referido a los derechos políticos

El principio general del sistema participativo está estipulado en los artículos 5 y 6 de la Constitución de 1999, los cuales establecen, respectivamente, que:

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce "directamente" en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público (destacado nuestro).

El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, *participativo*, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y *de mandatos revocables (destacado nuestro)*.

Asimismo, el artículo 62, *eiusdem*, consagra expresamente el derecho a la participación política, en los términos siguientes:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

Por otro lado, el Capítulo IV, del Título III de la Constitución de 1999 consagra cuatro (4) tipos o modalidades de referendos: consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio, como formas de acercamiento en la toma de decisiones y como forma de intervención ciudadana, capaz de sancionar la indebida gestión de los intereses generales.

Lo cierto es que a lo largo del texto constitucional venezolano, son varios los dispositivos que se dedican a regular la participación del ciudadano en el gobierno y en la gestión de los asuntos públicos.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que la participación ciudadana es una de las características fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se ha abierto al soberano la posibilidad de intervenir en forma mucho más directa y constante en los asuntos de gestión y gobierno¹.

De hecho, la Constitución de 1999 introduce una nueva teoría acerca de las relaciones entre el Estado y la sociedad, creando unas posibilidades de participación inexistentes en la Constitución de 1961².

1. CHAVERO GAZDIK, Rafael, "La Forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un Canto de Sirena?)", *Revista de Derecho Público* n° 81/2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 29-39.

2. SALAMANCA, Luis, "La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana", *Revista de Derecho Público* n° 82/2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 85-105.

La participación ciudadana se convierte en un reto que debe encarar la sociedad organizada, ya que ante el incipiente proceso de transformación que vive la sociedad venezolana y que se promueve constitucionalmente, se abren oportunidades nunca vistas para los ciudadanos, de incidir en los cambios sociales, proponiendo leyes, estableciendo mecanismos de seguimiento, control y evaluación de la gestión pública que están por definirse. De esta manera, la democracia se hace directa y más cercana al individuo y a sus diferentes formas de organizarse socialmente³.

Para el profesor Ricardo Combellas, la democracia participativa, a la luz del texto constitucional venezolano, se caracteriza, por los siguientes aspectos:

1. Concibe al pueblo como un sujeto activo de la política, es decir los ciudadanos se hacen presentes, son protagonistas de la formación y ejecución de las políticas públicas;
2. La democracia participativa implica un espíritu cívico, una base valorativa en la educación ciudadana, proclive a la participación;
3. La democracia participativa permite a los seres humanos desplegarse libremente en las dimensiones política, social, económica y cultural de su entorno vital; y,
4. La democracia participativa no es un concepto restrictivo y unidimensional, sino comprensivo y pluridimensional, totalizante, no-atomista ni reduccionista, pues abarca en una relación de permanente interdependencia, las diversas dimensiones del espacio público⁴.

Por otra parte, la profesora Hildegard Rondón de Sansó, enseña que hay materias con respecto a las cuales el pueblo no necesita representantes para actuar en el ejercicio del Poder Público, sino que puede hacerlo por sí mismo, como sucede con las que son objeto del referendo, como mecanismo de actuación popular⁵.

Igualmente, el constitucionalista Néstor Pedro Sagüés sostiene que la actuación del Poder Electoral es hoy refrendada por una seria presunción de legitimidad, al afianzarse el concepto de participación popular como recaudo del sistema democrático.

En tal sentido, el referido autor afirma, que:

La tesis a mayor participación, mayor legitimidad democrática acentúa, pues, la presencia del poder electoral como algo justo y valioso⁶.

Así pues, de todo lo antes expuesto, se puede colegir, que la *democracia participativa* permite al ciudadano formar parte en la toma de decisiones del gobierno, sin que en las deliberaciones haya intermediarios. Es lo que también se ha denominado democracia de identidad o democracia roussoniana, esto es, por la influencia que en su formulación moderna ejerció el filósofo de Ginebra⁷.

La participación ciudadana es un fenómeno nuevo en la vida de la democracia venezolana, por lo tanto, debe estar acompañada del desarrollo de una conciencia cívica, de una educación para el desarrollo de la cultura política, además de una renovación de los

3. BARRIOS ORTIZ, Fermín, "La Constitución y la participación ciudadana en la gestión municipal", *Elecciones y Poder Local en la Nueva Gestión Municipal*. Consejo Nacional Electoral, Caracas 2001, p. 21.

4. COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela, S.A., Caracas 2000, pp. 33-34.

5. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Ad imis fundamentis*. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte Orgánica y sistemas). Caracas 2000, pp. 53-54.

6. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I, 3ª Edición, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 1999, p. 411.

7. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Cedecs Editorial, Estudios Constitucionales y Políticas, Barcelona, España 2001, p. 62.

tradicionales, pero necesarios partidos políticos, hoy día, denominados asociaciones u organizaciones con fines políticos (artículos 67 y 293.6 de la Constitución de 1999).

Por otra parte, es indispensable para el efectivo ejercicio del derecho a la participación ciudadana, que la sociedad esté preparada y debidamente formada para poder intervenir directamente en la toma de decisiones gubernamentales.

De hecho, esta democracia sólo podrá ser efectiva si se organizan múltiples estructuras de participación, donde se permita la presencia activa del ciudadano. Por supuesto, que todo esto significa una reestructuración, recomposición y reorganización de las instituciones del Estado, adaptándolas a esta nueva forma de convivencia política⁸.

Además, para que sea posible la participación ciudadana, es necesario delimitarla, es decir en qué, cómo y cuándo se debe participar, ya que lo que se busca no es intervenir en todos y cada uno de los asuntos públicos. No creemos en una participación en todas las instancias y en cada momento. Tampoco creemos que existan las condiciones técnicas, ni la disposición humana para lograr una satisfacción entera o total de la exigencia popular.

A través de la participación ciudadana se pretende perseguir la eficacia y no el entorpecimiento de sus funciones, pues como señala el politólogo José Gregorio Contreras, lo que termina destruyendo a la participación es la *sobreplicación*, aunado al hecho que los ciudadanos no siempre están dispuestos a intervenir en todos los asuntos de la vida pública, sino sólo en aquellos que realmente les interesa.

Igualmente, creemos conveniente subrayar que la participación ciudadana será posible si el legislador patrio delimita en forma precisa sus contenidos, alcances y radio de acción de sus resultados, esto es, a los fines de garantizar el efectivo ejercicio de dicho derecho político.

También resulta importante destacar que para lograr una democracia participativa es necesario que existan las asociaciones u organizaciones con fines políticos, tal como lo hemos indicado *ut supra*, pero las mismas deberán estar adaptadas a las nuevas exigencias y al nuevo sistema democrático previsto en el texto constitucional venezolano.

La principal función de dichas asociaciones u organizaciones deberá consistir en “*aglutinar la voluntad popular para transformarla en voluntad del Estado*”, es decir convertir una voluntad heterogénea y dispersa, como es la de la masa desorganizada de los ciudadanos, en voluntad única, identificada y dirigida hacia el Estado.

Además, deberá garantizarse que esos entes no se limiten a reproducir sólo los planteamientos de un grupo dirigente más o menos numeroso, sino del conjunto de la militancia y de su electorado.

Estas asociaciones u organizaciones, como instrumento fundamental para la participación política, deberán ejercer funciones de trascendental importancia en el Estado actual, principalmente deberán concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular⁹. En otras palabras, deberán convertirse en garantes de los derechos de los electores, es decir “*tratar de llevar los clamores de la sociedad a las instituciones del Esta-*

8. CONTRERAS, José Gregorio, “La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano” en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*. Volumen I, Caracas 1996, pp. 252-253.

9. NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, “Partidos Políticos y “democracia interna”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Cuadernos y Debates* n° 85, Madrid 1999, pp. 233-238.

do y que éstas a su vez den respuestas satisfactorias en donde se refleje el clamor del ciudadano”¹⁰.

1. El Referendo en el sistema jurídico venezolano

A. Reseña histórica: algunas consideraciones

Una de las formas de expresión de la democracia participativa, es el *referendo*, cuyo origen se remonta antes del siglo XVI en el antiguo derecho helvético.

En efecto, para la mayoría de la doctrina constitucionalista el referendo es un instrumento de participación ciudadana que encuentra sus raíces en las dietas medievales, donde los representantes de los estados confederados, una vez tomadas las decisiones, debían refrendarlas (ad referéndum) ante ellos, para que tuvieran validez¹¹.

Sin embargo, para otros este instrumento de carácter participativo encuentra su génesis en el Derecho Romano, específicamente en la época republicana, a través de la institución política que era conocida con el nombre de *asambleas populares (comitia)*, en donde los ciudadanos romanos eran llamados a expresar su opinión. Se trataba pues, de la participación del *populus* en la gestión política romana.

En todo caso, la figura del referendo era concebida como una consulta dirigida al pueblo para que decidiera la conveniencia de adoptar o no una determinada decisión. De manera que, a través de este medio podía darse la oportunidad a los ciudadanos de expresarse directamente y de manifestar su voluntad.

Ahora bien, hoy día, este medio de participación es concebido como un elemento de la democracia participativa, que se ha venido introduciendo en varias Constituciones del mundo, tratando así de superar la crisis que vive la democracia representativa, y Venezuela no ha escapado de esta corriente de cambio, particularmente con el texto constitucional de 1999.

En efecto, podríamos afirmar que el referendo vendría a fortalecer el principio democrático, pues, la democracia participativa viene a ser el correctivo de la democracia representativa, concebida esta última como aquella forma de ejercicio de la soberanía a través de representantes escogidos por el cuerpo electoral en elecciones periódicas.

Por ende, no creemos en la sustitución de la democracia representativa por la participativa, sino en la complementación de ambas. Las dos pueden coexistir logrando así tener un ciudadano con mayor sentido de responsabilidad y de compromiso político, de manera de alcanzar el control del poder político, para evitar las desviaciones negativas que muchas veces se dan en él.

Por otro lado, la democracia participativa obliga a una mayor preocupación de los gobernantes por las demandas de la sociedad. Sobre este aspecto, el politólogo venezolano Luis Salamanca sostiene lo siguiente:

La tentativa de crear una democracia participativa en los términos de la Constitución del 99 es, quizás, única en el mundo y, exige, estar conscientes de sus implicaciones institucionales. Hasta ahora ningún sistema democrático ha tenido que prescindir de su carácter representativo pa-

10. CONTRERAS, José Gregorio, *ob. cit.*, p. 255.

11. V. QUESADA RADA, Francisco Miró, *Democracia Directa y Derecho Constitucional*. Artes y Ciencias, Editores, Lima 1990, p. 98.

ra hacerse más participativo. Y, por otra parte, ninguno ha llegado a constituir una democracia participativa total.

La nueva Carta Magna busca dar el salto desde la representación, es decir, desde la democracia indirecta hasta la democracia directa con diversas modalidades, pero sin erradicar la representación. No se conoce en la historia política de la humanidad, ni siquiera en Atenas, un régimen político total y exclusivamente participativo y en los que no haya sido necesario recurrir a diversas formas de representación (...)¹².

Al respecto, resulta ineludible mencionar lo estipulado en el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando se refiere a que el “*gobierno de Venezuela es y será siempre ... de mandatos revocables*”, que alude a la posibilidad cierta de que la voluntad popular, manifestada mediante un referendo, produzca la cesación del desempeño de un cargo de elección popular, tanto por motivos de legitimidad, como por resultar inconveniente o inoportuna la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular.

De ahí que, la implementación de mecanismos de democracia participativa como mecanismo correctivo de los males que confronta la democracia representativa, es la tendencia que se impone mundialmente en los actuales momentos.

B. Antecedentes legislativos

El sistema constitucional venezolano hasta 1999 era formalmente representativo, únicamente se contemplaba el referendo previsto para el supuesto de la reforma general de la Constitución (artículo 246.4° de la Constitución de la República de Venezuela de 1961).

En efecto, la Constitución promulgada en 1961 era formalmente representativa, *exclusivamente representativa*. Así, en el artículo 3 de la Constitución, el gobierno se definía como representativo, mas no como participativo. Igualmente, el artículo 4, *eiusdem*, se estipulaba que, si bien la soberanía reside en el pueblo, ésta la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.

Frente a estas disposiciones, señalaba el profesor Ricardo Combellas, que:

La Constitución fue promulgada en 1961, es decir, habían pasado trece años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. No obstante éste singular documento de la historia del género humano es más avanzado que nuestra Constitución, al consagrar en su artículo 21.1 el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente (...) o por medio de representante libremente escogidos. Ello revela, una vez más, que el derecho interno, en materia de derechos humanos, va a la zaga del derecho internacional¹³.

No en vano el preámbulo de la Constitución de 1999, cuyo texto se encuentran plasmados, junto con la invocación del poder que el Constituyente ejerció, los valores y principios del ordenamiento constitucional puesto en vigencia, y las finalidades que la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 pretendió obtener con la promulgación de la nueva Carta Fundamental, declara expresamente “...*refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica...*”. Por esto, podemos

12. SALAMANCA, Luis, *ob. cit.*, pp. 85-105.

13. COMBELLAS, Ricardo, “Crisis de la representación política. Poder popular y poder moral. La ilustración del caso venezolano” en *Costituzionalismo Latino*, Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f, p. 137.

sostener que el principio democrático participativo constituye uno de los fines que la Constitución de 1999 aspira a realizar.

Por otra parte, no podemos olvidar las deliberaciones que surgieron en el país durante el año de 1989, cuando se designó una Comisión Bicameral de Revisión de la Constitución de 1961, que presidió el doctor Rafael Caldera.

Esa Comisión presentó al Congreso de la República, en 1992, su Informe, contentivo de una propuesta de Reforma Constitucional, el cual destacaba entre otros aspectos, la inclusión del referendo y otras instituciones de participación popular en el ordenamiento jurídico constitucional, el cual marcaba su evidente propósito de instituir un sistema democrático participativo, que superaba las carencias del sistema representativo de la Carta venezolana de 1961.

En efecto, el proyecto de Reforma Constitucional proponía la institución del referendo en cuatro aspectos:

1. El *referendo aprobatorio*, para pronunciarse sobre proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando así lo decida la mayoría de los miembros de una de las Cámaras, o sobre decisiones de especial trascendencia del Ejecutivo Nacional, por iniciativa del propio Presidente de la República en Consejo de Ministros o por acuerdo del Congreso por los votos de la mayoría absoluta de una de las Cámaras.

Igualmente, según el Proyecto, podrán someterse a referendo aprobatorio, los tratados, convenios o acuerdos internacionales antes de su ratificación, por iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros, por acuerdo del Congreso por voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara, o por iniciativa del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral.

2. El *referendo abrogatorio*, al cual se someterían las leyes cuya derogación total o parcial fuese solicitado por el cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral, o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Asimismo, los decretos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de poderes extraordinarios autorizados por el Congreso de la República.

3. El *referendo consultivo*, para pronunciarse el país acerca de aquellas materias de trascendencia, ya sea en el ámbito nacional, ya sea en el ámbito regional o municipal.

Al respecto, el redactor del proyecto de Reforma Constitucional, el doctor Rafael Caldera,¹⁴ en Conferencia dictada en Roma, el 18 de diciembre de 1992, señaló que este mecanismo de participación se inspiró en la disposición contenida en el artículo 92 de la Constitución española de 1978, que prevé:

- a) Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.
- b) El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de Diputados.
- c) Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

4. El *referendo revocatorio*. Se proponía que transcurrido más de la tercera parte del período del Presidente de la República, de los Senadores y Diputados al Congreso, de

14. CALDERA, Rafael, "Poder popular y poder moral" en *Costituzionalismo Latino*, Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche, Rendiconti IX, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f, pp. XXXIV-XXXV.

los Gobernadores de Estado y otros funcionarios de elección popular, podría solicitarse la convocatoria de un referendo para evaluar la gestión de estos funcionarios, cuando un número no menor del quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro electoral respectivo los pidiera. Establecía, además, que para la validez del referendo revocatorio era necesario el voto de más del cincuenta por ciento (50%) de los electores.

5. El *referendo constituyente*, es decir aquel que aprueba la convocatoria de una Asamblea Constituyente y ratifica la nueva Constitución aprobada por ese órgano representativo.

Lo cierto es, que el Proyecto de Reforma de la Constitución de 1961 ofrecía diversas modalidades de referendo, destacándose, además, el valor decisorio que éste mecanismo asume.

(a) *Ley Orgánica de Régimen Municipal*

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la Ley Orgánica de Régimen Municipal¹⁵ (1989) prevé un referendo para la revocatoria del mandato de los alcaldes, cuando éstos hubieren sido suspendidos en el ejercicio de su cargo al improbarse la Memoria y Cuenta de su gestión (artículo 69).

En efecto, la citada disposición, reza:

El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada y con el voto de las tres (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días, para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el Artículo 54 de esta Ley sobre falta absoluta; caso contrario, el Alcalde reanudará sus funciones.

Igualmente, la Ley Orgánica de Régimen Municipal regula, en forma general, el referendo municipal “*a los fines de la consulta de las ordenanzas u otros asuntos de interés colectivo*” (artículo 175).

Al respecto, cabría preguntarse si ambas disposiciones quedaron derogadas con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, de conformidad con lo previsto en la Disposición Derogatoria Unica, *eiusdem*, o por el contrario resultan cónsonas con lo dispuesto en los artículos 71 (referendo consultivo) y 72 (referendo revocatorio) del texto constitucional, respectivamente.

Ante estos planteamientos, especialmente con relación a la vigencia o no del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante sentencia del 22 de marzo de 2002, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando (Expediente N° 02-0278), con ocasión de la solicitud de revisión del fallo n° 73 dictada el 23 de enero de 2002, por la Sala Político-Administrativa de nuestro Máximo Tribunal (caso: Alcalde del Municipio Antolín del Campo, Estado Nueva Esparta).

El fallo cuya revisión fuera solicitada había considerado que lo dispuesto en el artículo 69 de la prenombrada Ley, estaba sólo referido a una suspensión del ejercicio del

15. V., G.O. n° 4.409 Extraordinario de fecha 15 de junio de 1989.

cargo de Alcalde hasta tanto se realizara el referendo revocatorio, mientras que el artículo 72 del texto constitucional, se refiere sólo a la revocatoria de los cargos de elección popular.

De manera que, según la decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, lo dispuesto en la norma legal no contravenía lo establecido en el artículo 72 constitucional, habida consideración que la mencionada norma legal alude a un supuesto distinto al contemplado en el referido precepto constitucional.

Ante este conflicto normativo, la Sala Constitucional, asentó, que:

En cuanto al alegado conflicto entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala observa que la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en 'materias de especial trascendencia municipal y parroquial', a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 eiusdem. Tratándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) *colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.*

Por los fundamentos expuestos, la Sala Constitucional, a los fines de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que ha lugar a la revisión solicitada y, en consecuencia, anula la sentencia n° 73 dictada el 23 de enero de 2001 (sic) por la Sala Político-Administrativa, por ser incompatible con lo dispuesto por el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por haber sido dictada en contravención de la competencia prevista por el artículo 336.9 eiusdem. La Sala, por tanto, desaplica el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio por ser opuesto a lo previsto en el artículo 72 ya mencionado.

Sin embargo, la Sala considera, por lo demás, que el control político previsto por el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal debe cumplirse, cuando se considere la aprobación o no de la Memoria y Cuenta del Alcalde, en los términos exigidos por la ley, a fin de hacer efectiva su responsabilidad civil, administrativa o penal si a ello hubiere lugar.

La Sala considera, también, que la desaplicación del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, respecto de la convocatoria al referendo revocatorio, implica la nulidad de la suspensión del Alcalde accionante, en vista de que no es posible tal convocatoria conforme al referido artículo, y de que dicha suspensión está prevista, en el artículo desaplicado, como consecuencia de la convocatoria en cuestión (destacado nuestro).

Como puede verse, lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dictada bajo el imperio de la Constitución de 1961, no atiende a los nuevos preceptos constitucionales, especialmente, no resulta cónsono con lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, y por consiguiente, de conformidad con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, la prenombrada norma legal, según nuestro parecer, ha quedado derogada tácitamente.

En efecto, consideramos que se ha producido la denominada *inconstitucionalidad sobrevenida*, que consiste en que el contenido normativo de una disposición, legal en este caso, deviene incompatible con el de otra disposición posterior de rango constitucional.

(b) *Ley Orgánica de la Justicia de Paz*

Bajo la vigencia de la Constitución derogada de 1961, encontramos, también la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz del 20 de septiembre de 1993, reformada parcialmente el 23 de junio de 1994,¹⁶ la cual disponía en su artículo 32 que el Juez de Paz “*podrá ser controlado a través de los vecinos de la respectiva Parroquia o Circunscripción Intraparroquial, utilizando el referendo revocatorio con iniciativa popular del veinte por ciento (20%) de su población*”.

Con posterioridad, el Congreso de la República de Venezuela deroga el cuerpo legal anteriormente señalado al dictar la Ley Orgánica de la Justicia de Paz¹⁷. En el Capítulo IV del Título II de esta última Ley Orgánica se establece un procedimiento para la revocatoria del mandato del Juez de Paz, a través de un referendo revocatorio, cuya iniciativa popular le corresponde a un veinticinco por ciento (25%) de la población electoral de la respectiva circunscripción intramunicipal.

En efecto, dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz:

El mandato del Juez de Paz podrá ser controlado y revocado por los vecinos de la respectiva circunscripción intramunicipal, utilizando el Referendo Revocatorio con iniciativa popular del veinticinco por ciento (25%) de su población electoral. Convocado el referendo, el Juez de Paz quedará suspendido en el ejercicio del cargo, debiendo asumir el suplente o Conjuez a quien corresponda cubrir las faltas temporales del mismo.

Asimismo, en su artículo 27 dispone las causales en que debe estar incurso el Juez de Paz para la procedencia del referendo revocatorio, a saber:

- a. Observar una conducta censurable que comprometa la dignidad de su cargo.
- b. Irrespetar los derechos de los miembros de la comunidad o los derechos humanos.
- c. Observar conductas contrarias a la Ley.

Sobre los dispositivos legales antes mencionados, cabría igualmente plantearse si se ha producido o no la inconstitucionalidad sobrevenida, más aún, cuando el artículo 72 de la Constitución venezolana no exige, como veremos en su oportunidad, que medie alguna causal para solicitar dicho referendo revocatorio del mandato de aquellas autoridades que hayan sido electas popularmente.

La referida norma establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un referendo para revocar el mandato de una autoridad electa popularmente, sólo puede tener su origen en una iniciativa popular, cuya solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas. Asimismo, la solicitud de revocación del mandato debe expresar con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo, tal como lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 05 de junio de 2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García, a propósito del recurso de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fuera interpuesto por los ciudadanos Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios.

Al contrario de lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, la legislación colombiana dirigida a regular los mecanismos de participación ciudadana (Ley 134, del 31 de mayo

16. V., G.O. n° 4.741 Extraordinario de fecha 30 de junio de 1994.

17. V., G.O. n° 4.817 de fecha 21 de diciembre de 1994.

de 1994, publicada en el Diario Oficial 41.373 del 31 de mayo de 1994), sí exige que la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio esté debidamente motivado.

Así, el artículo 64 de la citada ley, expresamente, prevé:

El formulario de solicitud de convocatoria a la votación para la revocatoria, deberá contener las razones que la fundamentan, por la *insatisfacción general de la ciudadanía o por el incumplimiento del programa de gobierno* (destacado nuestro).

(c) *Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política¹⁸ (1998), consagra varias normas destinadas a regular los referendos “*con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional*” (artículo 181). Igualmente, establece los requisitos que deben cumplirse a los fines de solicitar la convocatoria de esta modalidad de referendo.

En este sentido, el artículo 182, *eiusdem*, dispone que la convocatoria deberá contener las siguientes exigencias:

1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un “sí” o un “no”; y,
2. Exposición breve de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta.

En este caso, si el Consejo Nacional Electoral encontrare que la justificación y propósitos de la convocatoria no son suficientemente claros, o si determinare que la formulación de la o las preguntas no se ajustan a las exigencias constitucionales o legales, o contienen contradicciones, hará las observaciones correspondientes a los solicitantes del referendo, para que efectúen las correcciones pertinentes (Parágrafo Segundo, del artículo 10, del Reglamento de Referendos, publicado en la Gaceta Electoral de la República de Venezuela N° 22 del 14 de abril de 1999).

Además, en concordancia con lo previsto en el artículo 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral “... *verificará el cumplimiento de los requisitos de Ley, y se pronunciará fijando el día, en el cual deberá celebrarse el Referendo, señalando claramente la pregunta o preguntas propuestas que ha de responder el Cuerpo electoral convocado ...*” (destacado nuestro).

Igualmente, aquellas solicitudes de referendo consultivo que sean contrarias al ordenamiento jurídico, y pretendan de esta manera desnaturalizar la esencia misma de este medio de participación ciudadana, consideramos que el Órgano Comicial, en cumplimiento de sus atribuciones, y en virtud del carácter supremo e imperativo de las normas constitucionales (artículo 7 de la Constitución), deberá pronunciarse acerca de la improcedencia de las mismas.

Por otra parte, cabe decir, que fue con base en el artículo 4 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 181 de la prenombrada ley electoral, las disposiciones que sirvieron de fundamento para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente en el año 1999.

Al respecto, resulta oportuno advertir que para ese momento la tesis predominante consideraba que no existía la posibilidad de convocar al pueblo a un referendo consulti-

18. V., G.O. n° 5.233 Extraordinario de fecha 28 de mayo de 1998.

vo para la adopción de un nuevo texto constitucional que fuera elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente, porque tal llamamiento popular sólo era posible para la situación expresamente prevista en el ordinal 4° del artículo 246 de la Constitución de 1961 (referendo constitucional para la aprobación de la reforma constitucional)¹⁹.

No obstante, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de dos fallos dictados el día 19 de enero de 1999, estableció la posibilidad de celebrar un proceso de referendo consultivo sobre una materia no prevista expresamente por la Constitución derogada de 1961.

En efecto, la sentencia con ponencia del Magistrado Humberto José La Roche, asentó, lo siguiente:

El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. *Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce.*

De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. *La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.*

Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, *la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo.*

(Omissis) ...

El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución” (*destacado nuestro*).

De tal manera que la Sala Político-Administrativa declaró que sí era procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, además de seguir el procedimiento contemplado en di-

19. *La tesis restrictiva positivista, exaltaba como eje central, la necesidad imperativa del respeto del hilo constitucional, ya que el régimen constitucional vigente para ese entonces, sólo podría modificarse a través de las unívocas fórmulas previstas en la redacción de su propio texto, es decir, mediante el uso de las llamadas Enmiendas o de la Reforma Total o General de la Constitución; mecanismos establecidos en sus preceptos 245 y 246, concebidos como imperativos insoslayables para que los legisladores adapten dicho instrumento jurídico a las nuevas realidades o necesidades de la población, lo cual era un camino de necesario tránsito, ya que esa Carta Fundamental de 1961 presentaba cierta rigidez, al detentar una disposición sin precedentes en nuestra historia normativa constitucional venezolana, como lo es su precepto 250, referido a la ‘Inviolabilidad de la Constitución’, especie de blindaje en contra cualquier acto o actuación contraria al contenido de la ley fundamental. V., CARRILLO ARTELES, Carlos Luis, “Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela (Análisis histórico jurídico)”, *Revista de Derecho Constitucional* n° 2, enero-junio 2000. Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 183-214.*

cha Ley, para consultar la opinión del pueblo, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de elaborar un nuevo texto constitucional.

Al respecto, no podemos olvidar en este punto las palabras pronunciadas por el doctor Rafael Caldera, en la ciudad de Roma, el 18 de diciembre de 1992:

Pienso que el poder popular está cada vez más inconforme con los límites que se le imponen en los textos constitucionales. Y de allí la peligrosa situación de ruptura del orden establecido, hecho que ha venido ocurriendo recientemente en América Latina, y que es fruto de una tendencia que se hace sentir cada vez más en Europa y en el mundo entero. En Colombia se ha dictado una nueva Constitución en 1991, por una Asamblea Constituyente que no fue convocada de acuerdo con las previsiones de la Constitución anterior. En el Perú, el Presidente Fujimori ha convocado un Congreso Constituyente, saltando las prohibiciones y condiciones contenidas en la Constitución de 1979. Todas las previsiones y amenazas de graves sanciones contenidas en las respectivas Cartas, fueron burladas. Se ignora todavía cuáles serán las consecuencias. Pero los especialistas en derecho constitucional son proclives a aceptar una serie de figuras nuevas, no previstas por las normas constitucionales y legales vigentes, en obsequio al reconocimiento del poder popular. Por esto, la concurrencia del pueblo a una consulta convocada en forma irregular se acepta como legitimación de lo que sus electos determinen. Ésa ha sido, al menos, la posición de la Organización de Estados Americanos para regularizar sus vinculaciones con el Gobierno del Perú.

Personalmente creo, que la mejor solución para la situación planteada es la de prever en la Carta Fundamental y en sus derivaciones, la necesaria flexibilidad para que pueda ser modificada en cualquier situación de necesidad. He hablado de que la Constitución debe tener una estabilidad dinámica, y no una estabilidad [e]stática. Ésa fue la orientación de la Constitución de 1961, y hemos sostenido esta tesis y queremos que sea a través de las previsiones de la propia Carta Fundamental, cómo se puedan enfrentar todas las modificaciones y reformas que el país requiera, y que no manifiestan una insatisfacción de su texto constitucional, que es realmente muy bueno, sino que expresan la necesidad de complementarlo y aún de corregirlo de acuerdo con las circunstancias que ocurren en un tiempo tan cambiante como el tiempo que vivimos.

El poder popular debe seguir siendo la base fundamental de la institucionalidad democrática (...).²⁰

(d) *Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*

La Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles²¹ (1997) y su Reglamento²² (1998), establecen la celebración de un referendo consultivo en la parroquia respectiva, mediante el cual sus habitantes se pronuncien acerca de si están o no de acuerdo con la ubicación de tales instalaciones en su ámbito territorial, cuyo resultado será vinculante cuando sea negativo.

En efecto, el artículo 25, *eiusdem*, dispone, que:

Las instalaciones donde funcionen Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles deberán estar ubicadas en zonas geográficas previamente declaradas turísticas y aptas para el funcionamiento de estos establecimientos, aprobadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a solicitud del organismo rector del Turismo.

Para la autorización correspondiente el Ejecutivo Nacional solicitará al Consejo Supremo Electoral -hoy día el Consejo Nacional Electoral- la realización de un referéndum consultivo en la parroquia respectiva, mediante el cual sus habitantes se pronuncien acerca de si están o no de

20. CALDERA, Rafael, *ob. cit.*, p. XXXVI.

21. V., G.O. n° 36.254 de fecha 23 de julio de 1997.

22. V., G.O. n° 36.523 de fecha 24 de agosto de 1998.

acuerdo con la ubicación de tales instalaciones en su ámbito territorial. El resultado de este referéndum será vinculante cuando sea negativo.

Al respecto, es preciso acotar, que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el referendo, tal como lo hemos descrito *ut supra*, se ha convertido en un instrumento o mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se pueden someter a la consulta del soberano, las materias de especial trascendencia nacional, estatal, municipal o parroquial, que según sea el caso, corresponderá la iniciativa para su convocatoria, a los representantes del Poder Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal, al Poder Legislativo Nacional, Estatal o Municipal, a la Junta Parroquial, o bien a un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores de la circunscripción correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 constitucional, con lo cual se amplía la atribución de la competencia para la iniciativa referendaria a que alude el artículo 25 antes transcrito, de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, convirtiéndose así en una competencia concurrente, a ser ejercida tanto por el Ejecutivo Nacional, como por el Alcalde, por el Concejo Municipal, o por la Junta Parroquial, por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, o un número no menor del diez por ciento (10%) de inscritos en la circunscripción correspondiente, tal como lo dejó sentado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión del 22 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Octavio Sisco Ricciardi, (caso: *Club Social Layalina vs. Consejo Nacional Electoral*):

(*Omissis*) ... observa esta Sala que si bien el artículo 25 eiusdem establece en el régimen de referendo para la obtención de la autorización correspondiente que sea el Ejecutivo Nacional quien solicite ‘...al Consejo Supremo Electoral la realización de un referéndum consultivo en la parroquia respectiva ...’, en una interpretación armónica del contenido del mismo con la Constitución que considere la supremacía de esta última, no resulta contradictorio a lo dispuesto en el artículo 71 constitucional, puesto que éste apenas si amplía la atribución de la referida competencia a otros niveles geopolíticos o locales, sin modificar en nada la naturaleza de la competencia misma y por tanto es este artículo de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, en armonía con la Constitución de 1999, la base legal correspondiente a la Resolución impugnada, y en consecuencia de ello esta Sala desecha el alegato planteado ...

(*Omissis*) ...

Bajo el soporte antes planteado, observa la Sala que, ciertamente de la literalidad del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, se evidencia una limitada iniciativa para la convocatoria de referendos al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde plantear la respectiva solicitud al Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo en la Parroquia respectiva. Sin embargo, este órgano judicial, para ser consecuente con el marco orientador antes esbozado, *sobre la base de los principios constitucionales antes expuestos y en una interpretación progresiva del texto constitucional, estima que esa iniciativa para la convocatoria de referendos consultivos reguladas en el mencionado artículo 25, corresponde en el ámbito parroquial (o municipal en el presente caso, dado que el ámbito territorial de la Parroquia Chacao coincide con el del Municipio homónimo), al Alcalde, al Concejo Municipal, a la Junta Parroquial o a un número no menor del diez por ciento (10%) del total de electores inscritos en dicha circunscripción electoral, cuando las materias objeto del Referendo revistan especial importancia en la esfera local y municipal.*

Finalmente, conviene mencionar que la República se constituye en estado federal y descentralizado atribuido por la Carta Fundamental, así como el delineamiento de competencias exclusivas y concurrentes para poder perfeccionar ese tipo de Estado, siendo –como se indicó– la convocatoria a referendos consultivos, una competencia concurrente” (destacado de la Sala).

De esta manera, la Sala Electoral de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, reconoció la vigencia del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y

Máquinas Traganíqueles, y por ende, su consonancia y armonía con lo estipulado en el artículo 71 de la Constitución de 1999.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 13 de noviembre de 2001, a propósito de la acción de nulidad interpuesta por los abogados Pedro Alid Zoppi, José Gregorio Suárez y Marina Pineda Duque, contra las disposiciones contenidas en los artículos 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 25, 26, 29, 44, 53, 54 y 56 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

En cuanto al requisito del referendo, en la referida sentencia, la Sala Constitucional, afirmó, que:

Seguidamente, los accionantes adujeron la nulidad del aparte único del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles en contravención al Principio de Soberanía, establecido en el artículo 4 de la Constitución de 1961, cuyo artículo ulterior es el 5° de la Constitución de la República Bolivariana de 1999.

Fundamentan los accionantes sus alegatos, indicando que el aparte único del artículo 25 de esta Ley (...) ordena un referéndum consultivo, para que los habitantes de las Parroquias 'decidan' si están de acuerdo o no con las instalaciones de casinos y salas de bingo en el territorio parroquial, lo que viola el artículo 4° porque se pone en manos directas de los ciudadanos la decisión al respecto, atando las facultades del Poder Público y coartando sus funciones (...) un referéndum para que el Ejecutivo Nacional pueda ejercer sus atribuciones es violar el artículo 4° de la Constitución, pues el pueblo directamente no ejerce la soberanía, sino que lo hace a través de los órganos del Poder Público'.

En razón de ello, consideran los denunciantes, que dicha figura del referéndum viola por vía de consecuencia, los artículos 117 y 218 de la Constitución anteriores artículos 136 y 156 de la Constitución de 1999, atinentes a las atribuciones del Poder Público.

Respecto al alegato arriba transcrito, esta Sala considera necesario reiterar la decisión proferida el 13 de agosto de 2001 (Caso *Promociones 21212*), en el cual se indicó que el artículo 25 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles no se contraponen de forma alguna con nuestro texto constitucional, señalándose de esa manera la validez del mismo:

(...) Además, es completamente inconexo en cuanto a su relevancia en el cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma legal sub examine, el alegato según el cual habría contradicción entre el artículo 25 de la mencionada ley especial y el artículo 71 constitucional, con el argumento de que en esa ley el juego es una actividad regulada por órganos con competencia nacional y sería contradictorio un referéndum de carácter parroquial. Tal aseveración no toca, ni siquiera tangencialmente, el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del referido artículo 25, ni la recurrente explica en qué consiste esa inconstitucionalidad que denuncia con ese argumento. Tal señalamiento de la recurrente no constituye, desde ningún punto de vista, trasgresión o principios de rango constitucional. Ninguna inconstitucionalidad puede apreciarse por el hecho que un asunto de la competencia de órganos nacionales, sea sometido a un referéndum consultivo parroquial, pues el texto del artículo in comento no establece prohibición de someter a esa consulta popular parroquial, las materias que sean competencia de órganos del Poder Público Nacional. De acuerdo con la norma constitucional comentada, basta que el asunto sea de especial trascendencia parroquial, para que quede habilitada la posibilidad de someterlo al referendo consultivo de la parroquia correspondiente, independientemente de que dicho asunto sea competencia de la Administración Pública nacional, estatal o municipal.

Por tanto, la norma contenida en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, no puede considerarse como atentatoria del Principio de Soberanía, dado que la misma más bien constituye la plena representación del ejercicio del

poder popular. El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, que la Soberanía se ejerce de forma indirecta a través del sufragio por los órganos del Poder Público, siendo una de las manifestaciones del ejercicio de la voluntad popular, la celebración de referendos en los cuales la ciudadanía ejerza, de manera concreta, su poder de opinión en relación a asuntos que tengan incidencia directa con su acontecer diario, por lo que mal podría decirse que la consulta prevista para que las parroquias manifiesten su conformidad o inconformidad sobre la instalación de las salas de juegos que prevé la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Tragapapeles atente contra el principio de soberanía, tal como lo han querido hacer ver los denunciantes, sino que más bien constituye una de las modalidades propias de su ejercicio por parte de la colectividad, razón por la cual, se desestima lo alegado por los accionantes y, así se declara (destacado nuestro).

De todo lo antes expuesto se puede colegir, que durante la vigencia de la Constitución de 1961 ya existían algunos medios de participación ciudadana, tales como, el referendo constitucional para la aprobación de la reforma constitucional, el referendo revocatorio del mandato del alcalde y el referendo consultivo.

Sin embargo, no es sino a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que podemos afirmar que se consagra en nuestro sistema constitucional una democracia fundamentalmente participativa, que se ejerce, entre otros medios, a través del referendo, instrumento moderno que es concebido como un medio de control de las instancias representativas del sistema democrático.

En este sentido, dispone el artículo 70 de la Constitución de 1999, que:

Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, *el referendo*, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucionales y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas *cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo (destacado nuestro).

La lectura del dispositivo constitucional transcrito permite afirmar que son varios los medios de participación ciudadana que reconoce la Carta Fundamental venezolana, distinguiéndose en lo político, *el referendo, cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, habida consideración que se trata de un mecanismo democrático fundado en el principio de participación, por lo que su decisión es de carácter *soberano*, y por consiguiente constituirá un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, esto es, a tenor de lo previsto en el artículo 5 constitucional, tal como lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, a propósito de la acción de amparo interpuesta contra la Resolución n° 001115-1979 del Consejo Nacional Electoral, de fecha 15 de noviembre de 2000, mediante la cual convocó al cuerpo electoral para que participara en el proceso referendario sindical que fuera celebrado el día 03 de diciembre de 2000.

En efecto, la Sala Constitucional, aseveró:

(...) que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que “sus representantes acaparen

todo el poder político” (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; *todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional* (destacado nuestro).

No obstante lo antes expuesto, resulta oportuno señalar, que mediante sentencia del 22 de enero de 2003, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, con ocasión de un recurso de interpretación constitucional respecto al contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, asentó que los efectos de los referendos, especialmente, los referendos de carácter consultivo, no son de carácter vinculantes, *“ya que consiste, únicamente, en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia”*.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional, consideró, que:

(...) el mandato del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un *mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias* (destacado nuestro).

Al respecto, creemos que mediante esta última sentencia, la Sala Constitucional desconoce el principio democrático y participativo, ambos valores constitucionales. En todo caso, excede de nuestro objetivo abordar esta problemática, que surge con ocasión de dicho fallo, de forma exhaustiva, sólo pretendemos resaltar este tópico, que a nuestro entender, resulta cuestionable.

Frente a tal cuestionamiento, consideramos conveniente recordar lo expuesto por nosotros, a propósito de la creación del recurso de interpretación constitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León Briceño*), sobre la base del precepto contenido en nuestra Carta Magna que atribuye a esa Sala el carácter de primer intérprete de la Constitución:

(...) la tesis de la “Constitución viviente” puede crear -y está creando en el caso de nuestro sistema- un estado de incertidumbre o de inseguridad jurídica, dado que las interpretaciones constitucionales estarían fundadas en los deseos del gobierno y de la sociedad, lo que traería consigo un proceso de cambio constante e interminable. Es decir, que de acuerdo con las variaciones en los humores del gobierno o de la sociedad, cambiaría entonces el contenido de la Constitución.²³ Es lo cierto, que el referendo es una institución política mediante la cual el pueblo o el cuerpo electoral opina, aprueba o rechaza una decisión del Estado. Es un medio a través del cual el pueblo participa en la actividad constitucional, legislativa o administrativa

23. PELLEGRINO PACERA, Cosimina G., “La Interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿Existe un Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional? (A raíz de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000)”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*. Temas sobre la Constitución de 1999. Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001, p. 304.

del Estado, colaborando directamente por medio del sufragio, en la formulación o reforma de la norma constitucional o legislativa, o en la formación de un acto administrativo o de cualquier otra decisión pública²⁴.

Desde el punto de vista constitucional, el referendo forma parte del principio de la participación o de la democracia participativa, que es erigido como un derecho fundamental, no sólo por el rango constitucional anunciado, sino por el sistema internacional de los derechos humanos, cuyo entorno normativo hace parte del denominado *bloque de constitucionalidad*²⁵.

Para el autor italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia, el referendo se concreta en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo²⁶. Por su parte, Jorge Domínguez Nassar, expresa que el referendo viene a ser una consulta de tipo popular por la cual el pueblo opina sobre un proyecto de ley, o una ley ya aprobada por el órgano legislativo del Estado, con el objeto de cumplir un requisito sin el cual no puede someterse a consideración o no puede entrar en vigencia²⁷.

El reconocido constitucionalista Manuel García Pelayo dice, que por referendo se entiende el derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias²⁸.

Para el jurista argentino Juan Carlos Casas, el referendo tiene por objetivo que sea el pueblo quien decida en definitiva sobre la adopción de la legislación que se le somete²⁹.

De las opiniones y definiciones antes expuestas se pueden desprender las siguientes características del referendo, como medio en virtud del cual se ejerce el derecho a la participación ciudadana:

1. Es un derecho del cuerpo electoral, es decir de aquellos ciudadanos con capacidad de manifestar su voluntad por medio del voto.
2. Los ciudadanos pueden ser consultados por los órganos del Poder Público -Poder Ejecutivo o Legislativo- para que se pronuncien, aprobando o rechazando, sobre sus decisiones.
3. Igualmente, los ciudadanos pueden pronunciarse sobre proyectos de ley elaborados por el órgano legislativo -nacional, estatal o municipal-³⁰.

24. BIBLIOGRÁFICA OMEBA, "Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomo XXIV. Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires 1987, p. 190.

25. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, "El principio de la Participación en la Carta Política de 1991: Análisis y Contexto" en *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002, pp. 11-65.

26. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Traducción de la 3ª Edición por Pablo Lucas Verdú. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1987, p. 423.

27. DOMÍNGUEZ NASSAR, Jorge, *El Estado y sus instituciones*, Repromul, S.R.L., Valencia 1979, p. 275.

28. GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", 5ª Edición. Ed. *Revista de Occidente*, Madrid 1959, p. 553. Referencia bibliográfica citada por: QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 104.

29. CASAS, Juan Carlos, "El Referéndum y la Iniciativa", Ed. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1957, p. 111. Referencia bibliográfica citada por: QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 104.

30. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 105.

IV. MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961, le dedica varias disposiciones relativas al referendo:

1. El artículo 16, primer aparte, que exige la realización de un *referendo aprobatorio* para la creación de territorios federales en áreas de los Estados.

En efecto, estipula la citada norma, que:

Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división políticoterritorial será regulada por ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización políticoadministrativa. *Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva.* Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo (destacado nuestro).

Al respecto, resulta pertinente advertir, que la citada norma debe ser interpretada sistemáticamente con las demás disposiciones establecidas en el texto constitucional que regulan el referendo. En tal sentido, resalta lo estipulado en el encabezado del artículo 73, *eiusdem*, según el cual, si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral, el proyecto de ley, correspondiente en este caso para la creación de territorios federales, será sancionado como ley.

2. El artículo 71, del texto constitucional venezolano, que consagra el *referendo consultivo nacional*, cuando se trata de materias de trascendencia nacional, el cual puede ser solicitado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Cabe señalar que las decisiones que se adopten en estos procesos de referendo serán, a nuestro juicio, de *carácter vinculante*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 constitucional.

Ahora bien, respecto a esta forma de referendo emergen algunas dudas, particularmente ¿quién califica que una materia sea de trascendencia nacional? ¿el soberano? ¿la Asamblea Nacional? ¿el Ejecutivo Nacional? ¿el Tribunal Supremo de Justicia? ¿cuáles serían los parámetros para calificar a una materia como de trascendencia nacional?

Consideramos que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. Los conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho Público resultan difíciles delimitar con precisión en sus enunciados, cuya aplicación no admiten sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma³¹.

31. V., Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 27 de abril de 1989, con ponencia del Magistrado José Luis Albornoz, caso: *Cervecería de Oriente* en BREWER-CARIÁS, Allan R., y ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Colección Jurisprudencia n° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 603.

Al respecto, el profesor Allan Brewer-Carías, ha señalado, que:

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto una perturbación del Orden Público, o no se da (...) No hay una tercera posibilidad³².

Es por ello, que consideramos corresponderá a la Asamblea Nacional, a través de la ley que regulará los aspectos fundamentales de este mecanismo de participación, determinar o precisar la referida noción, como área de actividad pública no discrecional del Consejo Nacional Electoral, órgano comicial encargado de verificar el cumplimiento de los extremos constitucionales o legales de la solicitud de convocatoria.

Debe señalarse aquí que, en el mes de noviembre de 2002, la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, y en cuanto a las "*materias de especial trascendencia nacional*", establece, que serán "*aquellas que por su índole o naturaleza afecten a toda la nación o una parte significativa de ella; aquellas que por su repercusión puedan afectar el futuro del país; y todas aquellas que por su contenido correspondan a las materias de la competencia del poder público nacional*" (artículo 42).

A nuestro juicio, la norma antes mencionada resulta ambigua e imprecisa. De ahí que consideremos que el legislador deberá clarificar aún más qué se entiende por "*materias de especial trascendencia nacional*", esto es, a los fines de brindar certeza y garantizar la seguridad jurídica.

Recordemos que el legislador debe procurar ofrecer una mayor precisión terminológica, de forma que resulten "menos variables las interpretaciones de un mismo enunciado y más seguras las expectativas por lo que a futuras aplicaciones se refiere"³³.

En otro orden de ideas, resulta menester reseñar brevemente lo acontecido en nuestro país a finales del año 2000. Nos referimos al referendo consultivo sindical convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional, celebrado el día 03 de diciembre de 2000.

De conformidad con el artículo 71 de nuestro Texto Fundamental, la Asamblea Nacional mediante Acuerdo³⁴ del 10 de octubre de 2000, aprobado por la mayoría de sus integrantes, acordó convocar a un referendo sindical, por ser tema de especial trascendencia nacional.

El Consejo Nacional Electoral, vista la solicitud de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de sus atribuciones previstas en el artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava, *eiusdem*, fijó la fecha de celebración del referendo acordado por la Asamblea Nacional para el día 03 de diciembre de 2000. Asimismo, recomendó reformular la pregunta a ser sometida a referendo consultivo.

32. BREWER-CARIAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*. Colección Estudios Jurídicos n° 16. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 462.

33. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico. Cuestiones Relativas a la Aplicación de la Ley*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1989, p. 50.

34. V., G.O. n° 37.057 de fecha 16 de octubre de 2000.

Seguidamente, el día 13 de noviembre de 2000, la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo³⁵ modificó parcialmente la redacción de la pregunta que se formularía a los electores en el referendo consultivo sindical, en los términos siguientes:

¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspendan durante ese lapso en sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país?.

El 15 de noviembre de 2000, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución N° 001115-1979³⁶ convocó a los electores del país para que participaran en el proceso referendario sindical, celebrado el día 03 de diciembre de 2000, *cuyos resultados dieron como ganadora la opción del SÍ.*

Contra esa Resolución varios representantes de algunas organizaciones sindicales del país interpusieron oralmente una acción de amparo que conoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual fue declarada improcedente mediante fallo de fecha 28 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, tal como fuera expuesto en párrafos anteriores.

En esta oportunidad, resalta la conveniencia de traer a colación otros aspectos asentados por la Sala Constitucional, en la referida decisión, particularmente en cuanto a la expresión *materia de especial trascendencia nacional*:

El Referendo versa sobre una materia de especial trascendencia nacional, dado que el trabajo es un hecho social que goza de la protección del Estado conforme lo dispone el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las normas imperativas que regulan dicha relación. Siendo el hecho social trabajo la base de la vida económica de la nación, y del cual dependen el desarrollo integral, el bienestar y la dignidad misma de la persona, así como la estabilidad del núcleo familiar y el progreso de la nación; siendo, además, las bases democráticas de su organización y ejercicio, el fundamento del Estado Social de Derecho y de Justicia, lo atinente a esta materia no puede estar reservado exclusivamente a los trabajadores, y ‘todos los venezolanos tienen derecho a expresar su opinión sobre un punto fundamental para la vida del país’. Los argumentos de los accionantes, al ponderar en su justo valor, los intereses de las organizaciones sindicales, para los cuales invocan la tutela internacional, muestra que el destino del Referendo no puede estar limitado al universo de personas directamente ligado al hecho social trabajo.

(Omissis) ...

La Sala observa además, que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que ‘sus representantes acaparen todo el poder político’ (Duverger, Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bo-

35. V., G.O. n° 37.078 de fecha 15 de noviembre de 2000.

36. V., G.O. n° 37.081 de fecha 20 de noviembre de 2000.

*livariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional ...” (destacado nuestro)*³⁷.

3. El único aparte del artículo 71 de la Constitución de 1999 que consagra el *referendo consultivo parroquial, municipal, y estatal*, cuando se trata de materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal, cuya iniciativa, según sea el caso, le corresponde a la Junta Parroquial; al Concejo Municipal, por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; al Alcalde; al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes; al Gobernador de Estado; o a un número no menor del diez por ciento (10%) del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.

Al respecto, cabe advertir que las decisiones que se adopten en estos procesos de referendo serán de *carácter vinculante*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 constitucional.

37. Al respecto, resulta insoslayable mencionar, que el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, en virtud del mandato soberano expresado en el pasado proceso de referendo consultivo sindical celebrado el día 03 de diciembre de 2000, en sentido afirmativo, se avocó a la elaboración del Estatuto Especial, que tiene por objeto establecer los principios y las bases que regirán los procesos electorales para la elección de las autoridades de los sindicatos.

Ahora bien, durante la elaboración del mencionado Estatuto, se planteó la duda jurídica respecto al alcance del mandato constitucional de la voluntad del pueblo, particularmente si el lapso de los ciento ochenta (180) días a los que aludía la pregunta que fue sometida a referendo se computaba en días hábiles o días continuos.

Asimismo, resultó confuso para el Consejo Nacional Electoral, a los efectos de la elaboración del Estatuto Especial, si el lapso de los ciento ochenta (180) días se contaban a partir del mismo día de la celebración del referendo consultivo sindical (03 de diciembre de 2000); o a partir del día siguiente a la celebración del referendo consultivo sindical (04 de diciembre de 2000); o a partir del día en que tuvo lugar la publicación de los votos escrutados del proceso referendario y, por ende, el Consejo Nacional Electoral dio por aprobada la pregunta objeto del Referendo Sindical Nacional, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.102 del 19 de diciembre de 2000; o a partir del día siguiente de aquel en tuvo lugar esa publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (20 de diciembre de 2000).

En tal sentido, ante la falta de precisión del mandato constitucional del pueblo, el Consejo Nacional Electoral interpuso en fecha 19 de febrero de 2001 un recurso de interpretación constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de determinar el alcance e inteligencia de la voluntad del soberano, designándose como Magistrado Ponente al doctor DELGADO OCANDO, José M.

Ahora bien, mediante fallo del 23 de marzo de 2001, la Sala Constitucional declaró INADMISIBLE el recurso de interpretación constitucional interpuesto por el Consejo Nacional Electoral, por las razones siguientes:

“Es notorio, pues, el equívoco en que incurre el recurrente cuando, tras aceptar su propia competencia para elaborar el instrumento necesario a la realización del mandato constitucional contenido en el referéndum consultivo del 3 de diciembre de 2000, y ante la necesidad de darle un contenido en un sentido u otro al enunciado según el cual, en un lapso de ciento ochenta (180) días deberá procederse a la renovación de la dirigencia sindical bajo estatuto especial, estima que se trata de una “duda” que amerite la consulta a este Supremo Intérprete de la Constitución. La “duda” referida no es tal; al contrario, ha ocurrido lo que a todo aplicador de derecho le ocurre, esto es, la posibilidad de escoger entre varias opciones. Ello es lo normal cuando el instrumento cultural con que se trabaja es el lenguaje. Sin duda que la problemática de esta circunstancia se acrecienta cuando el instrumento lingüístico es la Constitución o un instrumento de rango constitucional, como es el caso; pero ello no obsta para que el que deba realizarla, ya sea legislador, administrador o juez, en cumplimiento de su específica función, tome partido racional y jurídico por alguno de los sentidos o significados que pueda justamente atribuírsele al término en cuestión. La interpretación que cumple hacer a esta Sala a raíz del recurso homónimo, se da en otros supuestos, en particular, cuando de la circunstancia en que surja no se ha atribuido su procesamiento a otra autoridad. En el caso que nos ocupa, tal circunstancia, esto es, la elaboración del instrumento normativo de rango infraconstitucional (Estatuto Especial), le está atribuida a un órgano distinto a esta Sala.

Así pues, debe dejarse claro que la Sala no tiene competencia mediante este recurso para suplir las potestades de los órganos del Poder Público, incluido el Consejo Nacional Electoral, u ordenar la manera en que se desempeñarán en el ejercicio de sus actividades propias, pues a todos ellos cabe actuar según sus competencias y de acuerdo con el derecho” (énfasis de la Sala).

En cuanto a las "*materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal*", el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, dispone en la parte *in fine* del artículo 42, que las leyes estatales, así como las ordenanzas municipales y metropolitanas serán las que establezcan los "*parámetros para la identificación de las materias de especial trascendencia en su jurisdicción*".

4. El artículo 73 de la Constitución estipula el *referendo aprobatorio* que se aplica en el supuesto de proyectos de leyes en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de ese órgano legislativo. Sin embargo, para la validez de este referendo se requiere la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Dentro de esta modalidad, destaca igualmente, lo previsto en el artículo 205, *eiusdem*, que reza, así:

La discusión de los proyectos de ley presentados por los electores y electoras conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se iniciará a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. *Si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se someterá a referendo aprobatorio de conformidad con la ley (destacado nuestro).*

En este caso, para la validez del referendo al que alude el dispositivo constitucional antes transcrito deben cumplirse los extremos exigidos en el encabezado del artículo 73 constitucional, indicado en este título.

Por otra parte, el artículo 73 de la Constitución regula el *referendo aprobatorio de tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieran comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales*.

La iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional; o, al quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Para el profesor Ricardo Combellas este tipo de referendo tiene su razón de ser en la existencia de temas altamente polémicos que dividen la opinión pública nacional, por lo que el órgano del Poder Público consulta al pueblo, antes del perfeccionamiento del acto, gracias a su sanción o ratificación³⁸.

5. El artículo 74 constitucional consagra el *referendo abrogatorio de las leyes*, derogatoria que puede ser total o parcial. En este caso, la iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros o a un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

A través de esta disposición se establece otra modalidad de derogatoria de las leyes, es decir que el pueblo es quien decide sobre la vigencia o no de una ley. En tal sentido, dispone el artículo 218 de la Constitución de 1999, que:

Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Por otra parte, nuestro texto constitucional establece que para la validez del mismo se requiere la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento (40%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

38. COMBELLAS, Ricardo, *Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela*. Fundación Konrad Adenauer, Caracas 1994, p. 24.

Asimismo, el artículo 75 del Texto Fundamental venezolano establece que podrán ser sometidos a *referendo abrogatorio los decretos-leyes* que dicte el Presidente de la República en virtud de una Ley Habilitante dictada por la Asamblea Nacional. En este caso, la iniciativa corresponde a un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Al respecto, podemos observar que en este caso se exige un porcentaje bastante menor, el cinco por ciento (5%) de electores para solicitar ante el Consejo Nacional Electoral -*órgano que tiene la competencia de convocar los procesos de referendo previstos en nuestro ordenamiento constitucional* (artículo 293.5, en concordancia con la *Disposición Transitoria Octava*- la convocatoria de un referendo de esta naturaleza, a diferencia de los otros referendos anteriormente indicados, los cuales exigen porcentajes que resultan ser mayores (10%, 15% ó 20%). Desconocemos los motivos que impulsaron al Constituyente venezolano establecer ese quórum muy por debajo de lo que realmente se exige para solicitar un referendo. Lo cierto es, que así previsto no hace otra cosa que facilitar el ejercicio de este medio de participación.

Para la validez de esta modalidad de referendo, el dispositivo constitucional exige la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento (40%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Ahora bien, el artículo 74 de la Constitución venezolana, al igual que la Constitución Política colombiana (artículo 170), dispone que no procede el referendo abrogatorio para las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

Al respecto, es oportuno señalar que la prohibición de someter a referendo las leyes antes mencionadas no es nueva su consagración en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto que el artículo 185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al regular el referendo consultivo, estipula expresamente la prohibición de someter a referendo, las siguientes materias:

- a. Presupuestarias, fiscales o tributarias;
- b. Concesión de amnistía o indultos;
- c. Suspensión o restricción de garantías constitucionales, supresión o disminución de los derechos humanos;
- d. Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales;
- e. Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes;³⁹ y,
- f. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios.

Igualmente tal prohibición la encontramos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal cuando indica que las ordenanzas municipales en materia de presupuesto y de tributos no podrán ser sometidas a referendo consultivo (artículo 175).

En opinión del constitucionalista colombiano Luis Carlos SÁCHICA, las excepciones respecto al referendo abrogatorio son fundadas, pero envuelven una contradicción. *Acaso, ¿el pueblo no es el soberano?*⁴⁰.

39. Ha quedado derogado, a nuestro juicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, en concordancia con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

40. SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Política de Colombia comentada*. 2ª Edición. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1998, p. 77.

Finalmente, el citado artículo estipula que no podrá realizarse sobre la misma materia más de un referendo abrogatorio en un período constitucional. Al respecto, cabe preguntarse ¿a cuál período constitucional se refiere el dispositivo? ¿Al legislativo? ¿Al presidencial o ejecutivo?

Estas interrogantes surgen habida cuenta que nuestro Texto Fundamental no consagra un período constitucional uniforme para los poderes públicos del Estado.

Como podemos apreciar, nuestro texto constitucional establece una serie de requisitos para la solicitud de la convocatoria de un proceso de referendo, así como el cumplimiento de determinadas condiciones para la validez de ese proceso que se haya convocado, según sea su modalidad.

No obstante ello, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, establece otros requisitos que igualmente deberán ser cumplidos para el momento de la presentación de la respectiva solicitud de la convocatoria de un proceso de referendo.

En tal sentido, disponen los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respectivamente, que:

La convocatoria de los referendos, deberá contener los siguientes requisitos:

1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un 'sí' o un 'no'.
2. Exposición de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta.

Las convocatorias de los referendos formulados por iniciativa popular deberán contener, además de los requisitos establecidos en el artículo anterior, la identificación de los electores que la suscriben, con indicación de su nombre y apellido, número de cédula de identidad, Entidad Federal en la que están inscritos para votar y la firma autógrafa o huellas digitales correspondientes.

Parágrafo Único.- Recibida la convocatoria de un referendo, la autoridad electoral verificará la autenticidad de las firmas y expedirá la constancia a que haya lugar.

Ahora bien, existe el dispositivo contenido en el artículo 186, *eiusdem*, que estipula que no podrá celebrarse ningún proceso de referendo durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción, en todo o en parte del territorio nacional, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, cabe decir que la citada disposición legal resulta contraria a los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.

En efecto, los derechos políticos, dentro los cuales destaca, el derecho a la participación ciudadana, son derechos inherentes a las personas humanas, y por ende, no pueden ser restringidos ni suspendidos por ningún acto estatal, ni aún en caso de guerra, de peligro público u otra situación de emergencia similar que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Al respecto, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la

Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derecho del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (*Derechos Políticos*), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión" (destacado nuestro).

La norma antes citada, ha sido igualmente recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción,⁴¹ que reza:

No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículo 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

1. La vida.
2. El reconocimiento a la personalidad jurídica.
3. La protección de la familia.
4. La igualdad ante la ley.
5. La nacionalidad.
6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas.
7. La integridad personal física, psíquica y moral.
8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre.
9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales.
11. El debido proceso.
12. El amparo constitucional.
13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública.
14. La información.

Resulta evidente, que la disposición antes mencionada de la ley electoral es contraria al principio del reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales, base fundamental de todo Estado de Derecho, así como a la esencia misma de la democracia participativa y representativa, prevista en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

6. El artículo 341.3 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela estipula el *referendo constitucional para las enmiendas de la Constitución*, y el artículo 344, *eiusdem* consagra el *referendo constitucional para la reforma de la Constitución*.

Uno de los procedimientos democráticos para la reforma de la Constitución es el mecanismo del referendo constitucional. Este mecanismo tiene por finalidad la participación del pueblo en la formación de las Constituciones.

Al respecto, señala el autor Karl Loewenstein⁴² que en el referendo constitucional existe una auténtica participación plebiscitaria del electorado en el procedimiento de

41. V., G.O. n° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

42. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*. 2ª Edición. Traducción y estudio sobre la obra por GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Ediciones Ariel, Barcelona, España 1970, p. 180.

reforma constitucional. Puede existir bien en forma de votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el parlamento -es el caso más frecuente-, o también en forma de participación del electorado a través de la iniciativa popular y, consiguiente votación final, tras haber expresado el parlamento su actitud positiva o negativa al respecto.

Afirma el citado autor, que el referendo constitucional se ha puesto hoy más de moda que nunca y, comprensiblemente, goza de especial preferencia en las dictaduras, ya que su resultado puede ser *dirigido* con más facilidad que las decisiones parlamentarias, en las cuales no puede ser excluida completamente una cierta honradez pública con el fin de mantener las apariencias.

En efecto, sostiene que a pesar de su intrínseco carácter democrático, el referendo goza de crédito en gobiernos conservadores y dictatoriales, porque el procedimiento es fácilmente distorsionable a través de propaganda y manipulación electoral.

En este tal sentido, Loewenstein expresa, textualmente, lo siguiente:

Tras las experiencias acumuladas a lo largo del tiempo hay razón para dudar, sin embargo, sobre si el referéndum constitucional es una institución útil o peligrosa, por muy inatacable que sea teóricamente su valor de auténtica proclamación de la voluntad popular. La cuestión es: ¿puede el elector medio emitir realmente un juicio razonable sobre un documento tan complicado como es una moderna constitución o su criterio en el referéndum estará tan determinado emocionalmente que sea imposible una decisión auténtica de la voluntad? Las más recientes experiencias francesas ofrecen a este respecto un interesante e instructivo material. Desde la última guerra, los franceses se vieron obligados nada menos que cuatro veces (1945, dos veces en 1946 y 1958) a votar sobre una nueva constitución. ¿Cómo ha superado esta prueba de inteligencia el elector francés que pertenece a uno de los más agudos de nuestro tiempo? La votación de 21 de octubre de 1945, extraordinariamente complicada por una doble pregunta, produjo una abrumadora mayoría que expresó su deseo de separarse de la III República. La capacidad del elector francés quedó también patente al rechazar el primer proyecto constitucional el 5 de mayo de 1946. Por primera vez en la historia constitucional francesa, y también universal, el pueblo rechazó un proyecto adoptado por una Asamblea Nacional elegida poco antes. En cambio, en la votación sobre el segundo proyecto constitucional, el 13 de octubre de 1946, la confusión de los partidos y de los electores fue de tal orden que la Constitución fue sólo adoptada por una minoría, dado que la proporción entre los votos negativos y las abstenciones fue de 2 a 1 en relación con los votos favorables. La votación de 28 de septiembre de 1958 sobre la Constitución de De Gaulle, en cuya elaboración quedó completamente excluido el Parlamento, trajo consigo una mayoría de 2 a 1 (comprendidas aquí las abstenciones) a favor de la Constitución. Pero lo mismo que los franceses habían votado el año 1799 por el carismático Bonaparte, volvieron a votar por el De Gaulle, ya que no les quedaba ninguna otra elección. La Constitución era el mal menor en comparación con la amenazante dictadura militar; la Constitución misma le fue al pueblo completamente indiferente. Y si esto ocurre en ese tapiz especial que es el mundo político de los franceses, habrá razón para preguntarse cuál es el valor real del referéndum constitucional celebrado en otros lugares (destacado nuestro)⁴³.

Por su parte, afirma el autor Pedro de Vega “que lo que importa es poner de manifiesto que cuando se piensa que el referéndum es un instrumento a través del cual se perfecciona un acto que sin la intervención popular no existiría como acto jurídico, lo que en realidad se está haciendo es integrar la voluntad del pueblo, junto con la de otros órganos constituidos, como voluntad del Estado”⁴⁴.

43. *Ibid.*, pp. 181-182.

44. DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 1988, p. 114.

Además, señala, parafraseando al profesor italiano Galeotti, que el acto del referendo constitucional es ante todo, un instrumento político de control.

De esta manera, al ser las Constituciones producto de las fuerzas económicas, políticas e ideológicas existentes en la sociedad, deben modificarse al cambiar aquellas, dado que una Constitución es un organismo vivo, sujeto a permanentes cambios.

Nuestra Carta Fundamental no escapa a esta tendencia. En efecto, establece tres (3) mecanismos institucionales para la modificación constitucional que se distinguen según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son, las enmiendas constitucionales, las reformas constitucionales y la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

El artículo 341 de nuestro Texto Fundamental, establece el procedimiento para la enmienda constitucional:

Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos o ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.
2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.
3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley respecto al referendo aprobatorio.
5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

Al respecto, puede apreciarse que la iniciativa de enmienda constitucional, que se traduce en la presentación de un proyecto de enmienda, podrá iniciarse por:

1. Iniciativa popular que corresponde al quince por ciento (15%) de los inscritos en el registro civil y electoral.
2. Iniciativa de la Asamblea Nacional que deberá efectuarse por un treinta por ciento (30%) de sus integrantes.
3. Iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en la Constitución de 1999 para la formación de las leyes (artículo 341.2).

Ahora bien, es lo cierto que la norma antes transcrita, no prevé expresamente la forma de tramitación de las enmiendas constitucionales cuando parta su iniciativa del quince por ciento (15%) de los electores y del Presidente de la República en Consejo de Ministros, así como tampoco determina quiénes estarían legitimados para presentar ante el Poder Electoral, a través de su órgano rector, vale decir, el Consejo Nacional Electoral, el texto de la modificación o inserción de los artículos constitucionales.

Al respecto, sostiene el profesor Allan Brewer-Carías,⁴⁵ que:

... la discusión legislativa de las enmiendas sólo se produce cuando la iniciativa parte de la Asamblea Nacional. *Por tanto, si la enmienda parte de una iniciativa popular o del Presidente de la República, no se somete a discusión ni a aprobación por la Asamblea Nacional, sino que directamente se debe someter a referéndum aprobatorio* (destacado nuestro).

Es decir, que de acuerdo con el citado autor, en el supuesto que la propuesta de enmienda constitucional parte de la iniciativa popular, la misma deberá ser sometida directamente a referendo aprobatorio, por cuanto que la discusión y aprobación del órgano legislativo sólo será exigible cuando la propuesta de enmienda constitucional parte de la Asamblea Nacional⁴⁶.

Al respecto, ¿sería posible sostener este mismo criterio para el caso que la iniciativa parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros?

Por su parte, la profesora Hildegard Rondón de Sansó, sostiene:

Por lo que atañe al proceso subsiguiente a la iniciativa, el mismo es el de su presentación ante la Asamblea Nacional. El procedimiento se realizará según el establecido para la formación de las leyes, por lo cual se efectuarán dos discusiones en días diferentes (...).

El referendo, deberá ser organizado por el Poder Electoral a los treinta días siguientes de la recepción formal del texto aprobado por la Asamblea Nacional⁴⁷.

De la lectura del extracto antes transcrito, nos induce a pensar, que si la enmienda parte una iniciativa popular o del Presidente de la República, la misma deberá ser sometida a la Asamblea Nacional para su discusión y aprobación, y una vez que sea aprobada la enmienda constitucional por la Asamblea Nacional, sería éste el órgano legitimado para solicitar ante el Consejo Nacional Electoral la organización del proceso de referendo aprobatorio, dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la recepción formal de ese texto, para que el pueblo soberano se pronuncie a favor o en contra de la modificación o inserción de determinados artículos en el Texto Fundamental.

De lo antes expuesto, se puede apreciar, que el Texto Fundamental venezolano de 1999 no establece con claridad el procedimiento para la tramitación de la enmienda constitucional, particularmente cuando la iniciativa parte de los electores inscritos en el registro civil y electoral, y del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

De este modo, en vista de no existir una previsión expresa que regule esta laguna constitucional, consideramos que corresponderá a la instancia judicial, vale decir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano judicial encargado de llenar este vacío dejado por el Constituyente.

Por otra parte, visto que las normas deben ser interpretadas como un todo, es decir, como un conjunto armónico y sistemático, consideramos que en esta modalidad de referendo, necesario para la aprobación de una enmienda constitucional, resultaría aplicable lo previsto en el encabezado del artículo 73, *eiusdem*, relativo a los referendos aprobatorios de las leyes, *es decir, que para la validez de ese proceso referendario constitucional debería concurrir al menos el veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral*.

45. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 238.

46. En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor LINARES BENZO, Gustavo, Artículo de opinión "Contarnos o Matarnos", publicado en el diario *El Universal*, el 16 de diciembre de 2002.

47. RONDON DE SANZO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 372.

Asimismo, la decisión que se tome en ese proceso de referendo para la enmienda constitucional será de carácter vinculante. En tal sentido, si el pueblo se pronuncia a favor o en contra de la enmienda constitucional ésta quedará o no aprobada.

Sobre esto último, cabe decir, que la enmienda se considerará aprobada cuando el número de votos afirmativos sea superior al número de los votos negativos (mayoría relativa), por interpretación analógica del artículo 345 constitucional.

En efecto, establece la citada norma, que:

Se declarará aprobada la reforma constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada *no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional* (destacado nuestro).

Asimismo, en virtud de esa interpretación analógica, nos conduce a afirmar que, si la iniciativa de la enmienda constitucional fuera rechazada, ésta no podrá presentarse de nuevo en el mismo período constitucional ¿de la Asamblea Nacional? ¿del Presidente de la República?

Ahora bien, como indicáramos en páginas anteriores, nuestra Carta también consagra el *referendo constitucional para la reforma de la Constitución* (artículo 344 de la Constitución de 1999). En este caso, una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional se someterá a referendo aprobatorio dentro de los treinta (30) días siguientes a su sanción, el cual será organizado por el Poder Electoral, a través del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, dispone la citada norma que el referendo se pronunciará en conjunto sobre la reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte (1/3) de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera (1/3) de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de la reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Para la validez de este referendo se requerirá, igualmente, la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 constitucional.

La decisión que se tome en el proceso de referendo para la reforma constitucional será de carácter vinculante. Si el pueblo se pronuncia a favor o en contra de la reforma constitucional, ésta quedará o no aprobada.

En el supuesto que la iniciativa de reforma constitucional fuera rechazada, ésta no podrá presentarse de nuevo en el mismo *período constitucional*. En este punto, cabe igualmente plantear las mismas interrogantes que nos formuláramos a propósito del estudio de la enmienda constitucional.

Es significativo resaltar otro aspecto, que a nuestro entender, tampoco fue regulado por el Constituyente. Es el caso de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que si bien el texto constitucional no exige la celebración de un referendo para su aprobación, creemos, vista su magnitud e importancia, y esgrimiendo el argumento *a fortiori* o de mayor razón, que para la convocatoria de esa Asamblea Constituyente sí sería necesario la celebración de un referendo para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra.

Sería absurdo pensar que si para la enmienda y la reforma es necesario la celebración de un referendo, no lo sea en el caso de una Asamblea Nacional Constituyente, que será

el órgano encargado de *transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución* (artículo 347)⁴⁸.

Y, es precisamente, este el sentido que ha reconocido el legislador patrio, por lo menos, en el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, aprobado en primera discusión en el mes de noviembre de 2002, en los artículos 77 al 79, los cuales, expresamente, disponen, que:

Artículo 77. Contenido de la iniciativa. La iniciativa para la convocatoria del *referendo constituyente* deberá presentarse ante el Consejo Nacional Electoral, conjuntamente con las bases comiciales que serán sometidas a la aprobación de los electores y electoras.

Artículo 78. Aprobación del *referendo constituyente*. La *Asamblea Nacional Constituyente* quedará convocada si el número de votos afirmativos emitidos en el referendo es superior al número de votos negativos, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento (255) de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

Artículo 79. Convocatoria a las elecciones de constituyentes. *Una vez aprobada la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*, el Consejo Nacional Electoral procederá dentro de los treinta (30) días siguientes a convocar las elecciones de los constituyentes, *conforme a las bases comiciales aprobadas en el referendo* (destacado nuestro).

Es de destacar, que además de las modalidades de referendo antes mencionadas, existe otra, que por su naturaleza hemos querido dejar su estudio en la última parte de este ensayo. Nos referimos al referendo revocatorio de mandato, que es aquel mecanismo mediante el cual el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario.

V. EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO

Esta modalidad de referendo es el mecanismo de participación popular más directo de la democracia.

Para el autor Francisco Miró Quesada Rada, se trata de la institución más temida por aquellas elites políticas que se aferran al poder creyendo que son propietarios del mismo⁴⁹. Constituye una sanción para quien se aparta de la voluntad de quien lo invistió⁵⁰.

Este referendo consiste en la facultad que tiene el pueblo o el cuerpo electoral para destituir a los representantes o para revocar el mandato de aquellos funcionarios de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria.

Esta modalidad de referendo, al igual que las anteriores, deriva del principio de la soberanía popular. En efecto, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder de remover a una autoridad pública elegida por el propio pueblo. Corresponde a un atributo esencial del poder soberano del pueblo y a uno de los derechos políticos de mayor relevancia en atención al ejercicio de la participación ciudadana, por medio del cual los electores conservan el poder de control sobre la conducta de sus representantes.

Este control que ejercen los ciudadanos, a su vez se fundamenta en el principio por el cual todo mandato supone la responsabilidad del mandatario frente al elector (mandan-

48. LINARES BENZO, Gustavo, *No más constituyentes*. Publicado en la página web: <http://www.eud.com>

49. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 159.

50. DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona, España 1980, p. 76.

te). Por consiguiente, quien manda es quien puede llamar a cuentas a su representante para que responda de sus actuaciones, las cuales deben estar conformes a sus demandas y solicitudes⁵¹.

Ahora bien, la Constitución venezolana de 1999, en su artículo 72, reconoce que los electores, en cuanto mandantes con poder, pueden decidir remover de sus cargos a los mandatarios que son elegidos para gobernar y legislar -incluso para administrar justicia, como es el caso de los jueces de paz-, antes de que expire el término para el que fueron elegidos.

Al respecto, es resulta conveniente recordar que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las bases del sistema político y del ordenamiento jurídico venezolano se han modificado sustancialmente, transformando las instituciones que integran el Poder Público en sus diversas ramas.

Es así como siguiendo esa línea transformadora, a la clásica trilogía de las ramas del Poder Público Nacional, esto es, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, *se adicionó* el Poder Ciudadano y *el Poder Electoral* (artículo 136). Esta modificación ha obedecido a la nueva concepción del Estado venezolano, y ello explica que se hayan consagrado sendos Capítulos del Título referido a la organización del Poder Público Nacional con el propósito de regular los dos (2) nuevos Poderes, regulación constitucional que en el caso del Poder Electoral, expresa coherente y sistemáticamente la nueva concepción, pues supera la tesis de la Constitución de 1961, que aludía genéricamente a unos órganos electorales, que debían ser contemplados en la Ley, con la finalidad exclusiva de permitir el ejercicio periódico del derecho al sufragio activo y pasivo.

En efecto, el Texto Fundamental de 1999 consagra una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, cuyo órgano rector es el Consejo Nacional Electoral, con la asignación de nuevas funciones dirigidas fundamentalmente a hacer realidad la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, tal como lo estipula el artículo 70 constitucional, que contempla como medios para lograr el referido propósito, el referendo, entre otros mecanismos.

En este orden de ideas, como una de las principales reformas está la referida a la regulación de los derechos políticos, tanto en lo que se refiere a la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante diversas modalidades como las recogidas en el artículo 70 constitucional, como respecto a la conformación orgánica de las instituciones encargadas de instrumentar dicha participación (el Poder Electoral),

Representa una innovación la creación del Poder Electoral, cuya concepción "*está asociada a la idea del poder de los electores, ejercido a través del voto para escoger a sus representantes y gobernantes en los poderes públicos (...) El Poder Electoral (...) es garante de la soberanía que reside en el pueblo, quien lo ejerce a través del voto, lo acredita a través de los órganos electorales y cuya esencia es el ciudadano*" (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Electoral).

Y, es precisamente, dentro de esta nueva concepción democrática, que el Constituyente consagra expresamente en el artículo 72 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6, *eiusdem*, la modalidad de referendo revocatorio de mandato, a tenor de los cuales, *todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables*.

51. ALVAREZ B. DE BOZO, Miriam, "El control popular del poder político: el referéndum revocatorio del mandato del Alcalde", *Revista Cuestiones Políticas* n° 25, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia, Maracaibo 2000, pp. 134-135.

Ambas disposiciones aluden la posibilidad cierta de que la voluntad popular, manifestada mediante un referendo, produzca la cesación del desempeño de un cargo de elección popular, tanto por motivos de legitimidad, como por resultar inconveniente o inoportuna la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular. En otras palabras, el referendo revocatorio de mandato no se hace porque la autoridad haya cometido actos delictivos, sino por su ineficacia política que genera un desencanto popular, es decir que tiene por finalidad cuestionar la conducta política de la autoridad⁵².

Es así como por primera vez se consagra constitucionalmente este medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía, estableciendo para ello, los extremos bajo los cuales opera tal modalidad de participación.

De esta manera, al prever la Constitución de 1999 el referendo revocatorio le está dando poder al pueblo soberano para que pueda revocarle el mandato a cualquier funcionario electo por elección popular que no cumpla con su programa de gestión o que no rinda cuentas públicas transparentes y periódicas de su gestión.

Sin embargo, cabe decir, que en nuestro sistema no es necesario explicar las razones por las cuales se solicita la convocatoria de esta modalidad de referendo. Sólo se requiere cumplir con los extremos previstos en el artículo 72 constitucional. A diferencia del sistema colombiano, que como indicáramos *ut supra*, sí exige que la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio de mandato esté debidamente motivado.

Sobre este particular, resulta menester resaltar lo expresado por el Constituyente Rinaldo Rojas durante la primera discusión del Anteproyecto de Constitución de 1999:

... la revocatoria del mandato viene a ser uno de los aspectos fundamentales de esta nueva Constitución. Se trata de la posibilidad que le vamos a dar en esta Constitución al Pueblo de Venezuela, de evaluar la acción pública de sus funcionarios y de tener la posibilidad real de revocar el mandato en determinados momentos⁵³.

En este mismo sentido se expresó el Constituyente William Lara:

... Vemos que allí el espíritu del constituyente es brindar el sistema político garantizando con ello la estabilidad, sin negar el derecho democrático de los ciudadanos y de las ciudadanas de ejercer su voluntad soberana respecto de la evaluación que hagan del desempeño de la gestión de un funcionario público en la estructura del Estado venezolano⁵⁴.

De todo lo antes expuesto se colige que la inclusión del referendo revocatorio en nuestro Texto Fundamental, constituye un avance significativo en el proceso de participación y de control que tiene el pueblo soberano sobre la gestión de sus gobernantes.

Por otra parte, consideramos que el referendo revocatorio de mandato consagrado en nuestro texto constitucional, es de carácter *directo y particular o individual*. En efecto, es directo en virtud que es el cuerpo electoral o el pueblo quien tiene el derecho de solicitar y participar en el proceso de referendo para revocar el mandato a las autoridades públicas electas por voluntad popular, excluyéndose la posibilidad de su ejercicio a instancia gubernamental. Y, es particular o individual dado que tiene por objeto la revocación de un funcionario público o representante⁵⁵.

52. *Id.*, p. 160.

53. *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente*. Material suministrado por el Servicio Autónomo de Información Legislativa (S.A.I.L.) de la Asamblea Nacional.

54. *Id.*

55. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 162.

Por otra parte, cabe decir, que el referendo revocatorio de mandato se aplica a las autoridades elegidas por el pueblo. En efecto, esta modalidad de referendo debe ser entendida única y exclusivamente para los cargos de elección popular de los distintos órganos del Poder Público.

Los supuestos que consagra la Constitución venezolana para la realización del referendo venezolano, son:

1. Que haya transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario.
2. Que sea solicitado por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente.
3. Para que sea considerado válido el referendo revocatorio se requiere que igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos.

Cumplidos los requisitos antes expuestos la decisión que se obtenga en el proceso de referendo tendrá valor decisorio, la cual si fuera en sentido afirmativo, se considerará revocado el mandato del funcionario público y se deberá proceder de manera inmediata a cubrir la falta absoluta conforme al ordenamiento jurídico. Si es en sentido negativo, el funcionario público continuará en el ejercicio de sus funciones, y el cuerpo electoral no podrá solicitar un nuevo referendo revocatorio del mandato de ese funcionario público durante el resto del período para el cual fue elegido.

Al respecto, puede apreciarse que la Constitución venezolana es particularmente exigente con el quórum de participación o asistencia, habida cuenta que el número concurrente a la consulta popular debe ser por lo menos de veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sin embargo, para que sea considerado revocado el mandato del funcionario público, se requiere igualmente, que igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubiere votado a favor de la revocación.

Sobre este punto, es oportuno recordar las palabras pronunciadas por el Constituyente Isaías Rodríguez, durante su intervención en la discusión de este artículo en la Asamblea Nacional Constituyente:

... Este artículo marca entre otros, la diferencia substancial entre la Constitución de 1961 y la que nosotros en este momento estamos debatiendo. Si hay algún punto nodal, importante en donde hay realmente participación de los ciudadanos, para tomar decisiones fundamentales de la democracia, es a partir de estos referendos revocatorios, consultivos, constituyentes, constitucionales, con los cuales va a haber definitivamente una manifestación de las decisiones populares en torno a la gestión del funcionario correspondiente. Este artículo plantea cuatro supuestos.

El primer supuesto es que todos los cargos y magistraturas son revocables, el segundo supuesto es que debe haber un porcentaje para solicitar esa revocatoria, que el artículo lo sitúa en el 15 por ciento. El tercer supuesto es que quienes asistan, convocados a ese referendo, deben reunir por lo menos el mismo número de electores con el cual fue electo el funcionario y el cuarto supuesto es el que señala que no podrá hacerse más de una revocación del mandato.

Cuando se discutió este asunto en el seno de la Comisión Constitucional, fui uno de los que participó para que se estableciera efectivamente que haya un número de electores igual o superior al del acto de votación en el cual fue elegido el funcionario. ¿por qué?. Porque de no ser así sería muy fácil producir la inestabilidad política en el país. Si hay alguna manera de producir inestabilidad política es que cualquier número de ciudadanos congregados por este mandato revocatorio tomara la decisión de destituir al funcionario, y recuerden que estamos hablando no so-

*lamente de gobernadores, de presidentes de la República, de defensor del pueblo. Estamos hablando de todos los alcaldes del país ...*⁵⁶ (destacado nuestro).

Ahora bien, la norma contenida en el artículo 72 constitucional sólo refiere que, el cumplimiento concurrente de los requisitos antes mencionados significará la revocatoria de mandato, sin hacer mención alguna a aquellos electores que quieran manifestarse sobre la no-revocatoria de dicho mandato, situación ésta que podría conducir a pensar que si un número de electores manifestaren que no fuera revocado el mandato de determinado funcionario público electo popularmente, el cual resultare ser mayor al porcentaje de electores que hubieren votado a favor de la revocatoria, el mandato sería igualmente revocado, habida cuenta que se cumplieron los extremos previstos en la citada norma constitucional.

Ante esta problemática se abre la necesidad de recurrir al principio democrático como elemento de interpretación del ordenamiento jurídico constitucional venezolano, por cuanto constituye uno de los valores superiores del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En efecto, el artículo 72 constitucional debe ser interpretado sistemáticamente con las demás normas constitucionales y principios recogidos en el Texto Fundamental. De ahí que, la interpretación a realizarse deba llevarse a cabo de acuerdo con los preceptos constitucionales vigentes. De esta forma, su interpretación no debe colidir con los valores superiores a los que alude el artículo 2 de la Carta venezolana.

Precisamente, la citada disposición, proclama, que:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, *que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación*, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, *la democracia*, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político" (destacado nuestro).

Del contenido del artículo antes transcrito, se puede deducir que la legitimación política del Estado venezolano descansa en el sistema democrático, y por ende, del *principio democrático*, el cual igualmente aparece recogido en las disposiciones 5 y 6 de nuestro texto constitucional.

Lo antes dicho, nos lleva a pensar que siempre un proceso electoral o de naturaleza referendaria *supone el reflejo de la voluntad mayoritaria de la población electoral, por cuanto es la auténtica voluntad popular, manifestación del principio democrático, lo que implicaría el respeto a la decisión tomada por los electores.*

Es por ello, que consideramos, si cumplidos los requisitos expuestos en el artículo 72 de la Constitución venezolana, pero un número mayor de electores rechazaran la revocatoria de mandato del funcionario público, dicho funcionario público continuará en el ejercicio de sus funciones, y el cuerpo electoral no podrá solicitar un nuevo referendo revocatorio del mandato de ese funcionario público durante el resto del período constitucional para el cual fue elegido, esto es, en virtud del respeto al principio democrático que *obliga a hacer prevalecer la voluntad de las mayorías.*

Sostener lo contrario, creemos, podría implicar la violación del principio democrático contemplado en los artículos 2, 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por ende, la posible ruptura del Estado constitucional de Derecho (artículo 2).

56. *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Material suministrado por el Servicio Autónomo de Información Legislativa (S.A.I.L.) de la Asamblea Nacional.

En otro orden de ideas, el texto constitucional prevé expresamente en el artículo 198 que el diputado a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuera revocado, *no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período*. De manera que, el Constituyente prevé expresamente una inhabilitación política, para el caso de los diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuera revocado mediante referendo. Inhabilitación que sólo se extendería para un período constitucional, es decir, por un lapso de cinco (5) años, que es el período de la Asamblea Nacional, a tenor de lo previsto en el artículo 192 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, esgrimiendo el argumento a contrario, podría interpretarse, que los demás funcionarios públicos cuyos mandatos fueran revocados (Presidente de la República, gobernadores de Estado, alcaldes, integrantes de los consejos legislativos, integrantes de los concejos municipales, etc.) sí podrían optar a cargos de elección popular -incluso aquel cargo que ocuparon, pero cuyo mandato fue revocado-, en el siguiente período constitucional, habida consideración que el Constituyente sólo prevé expresamente la mencionada inhabilitación para el supuesto de los diputados a la Asamblea Nacional.

Es lo cierto que sobre este aspecto existe un vacío normativo, que en todo caso, deberá ser resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Es evidente que esta solución deberá considerar el principio según el cual, las normas constitucionales no deben ser interpretadas en el sentido que menoscaben o contradigan los propósitos y principios de la Carta Fundamental venezolana.

Por otra parte, surgen otras interrogantes con relación a esta modalidad de referendo ¿convocado el referendo revocatorio, el funcionario cuestionado quedará suspendido en el ejercicio del cargo? ¿deberá separarse? ¿podrá permanecer en el ejercicio del cargo durante el proceso de referendo?⁵⁷

Al respecto, es oportuno recordar el dispositivo contenido en el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente:⁵⁸

El Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes de los municipios que sean postulados al mismo cargo y los funcionarios públicos de menor rango *podrán permanecer en sus cargos durante el lapso de la campaña electoral*. El lapso de campaña electoral será un máximo de veinticinco días (destacado nuestro).

Desde esta perspectiva, ¿podría sostenerse el principio de continuidad en el ejercicio del Poder Público recogido en la norma antes transcrita para el caso de la convocatoria de un referendo revocatorio de mandato de un funcionario electo popularmente?

Estas consideraciones fueran obviadas por el Constituyente, y no creemos, en principio, que deba ser regulada por el legislador. Ahora, si bien hemos manifestado, nuestra disensión con respecto a la creación del recurso de interpretación constitucional, no es menos cierto que a través de la interposición de este medio procesal ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, podría alcanzarse una salida más expedita, más aún cuando la finalidad de ese recurso "*sería una declaración de certeza sobre los alcances y contenidos de una norma Constitucional*" (sentencia n° 1077, del 22 de septiembre de 2000, Caso: *Servio Tulio León Briceño*).

Además, cabe decir que el artículo 72 sólo reserva al legislador la regulación del referendo revocatorio de mandato para los integrantes de cuerpos colegiados, entiéndase los

57. Al respecto, resulta oportuno recordar lo previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz.

58. V., G.O. n° 36.884 de fecha 3 de febrero de 2000.

diputados a la Asamblea Nacional, los integrantes a los Consejos Legislativos y Concejos Municipales, etc.

Ahora bien, como hemos sostenido *ut supra*, el referendo revocatorio de mandato consagrado en la Constitución de 1999 tiene como principal antecedente jurídico el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal,⁵⁹ dictada bajo el imperio de la Constitución de 1961, el cual establece:

El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días, para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el artículo 54 de esta Ley sobre faltas absolutas, caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones.

Dentro de este contexto, cabe advertir que en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el 30 de diciembre de 1999, la Ley Orgánica de Régimen Municipal mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a la Constitución de 1999, de conformidad con lo consagrado en la Disposición Derogatoria Unica del Texto Fundamental venezolano.

De esta manera, en nuestra opinión, lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuanto a la consagración del referendo revocatorio del mandato del Alcalde, convocado por el Concejo Municipal no atiende a los nuevos preceptos constitucionales y, por consiguiente, de conformidad con la Disposición Derogatoria Unica de la Constitución de 1999, la norma ha quedado derogada tácitamente, tal como lo expusimos en páginas anteriores.

En efecto, consideramos que, se ha producido la llamada inconstitucionalidad sobrevenida que consiste en que el contenido normativo de una disposición legal deviene incompatible con el de otra disposición posterior de rango constitucional.

Ello así en virtud de las consideraciones siguientes:

1. Con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ha trasladado directamente al pueblo soberano la competencia de solicitar la revocatoria del mandato de los cargos de elección popular. En efecto, la solicitud debe ser efectuada por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente (artículo 72, *eiusdem*).

Por ende, mal podría sostenerse que tal competencia, a la luz de la nueva Constitución, en el caso particular de los municipios, corresponda a los concejos municipales, cuando a su vez estos cuerpos colegiados se encuentran igualmente sometidos a la soberanía popular (artículo 5, *eiusdem*).

59. En el año 1991 se realizaron tres procesos referendarios, cuyos resultados favorecieron a los alcaldes -quienes habían sido electos en las elecciones municipales celebradas en el año 1989- en dos casos, Maneiro (Nueva Esparta) y Bolívar (Falcón). En el año 1992 se celebraron igual número de consultas revocatorias, con resultado semejante. Sólo fue revocado el mandato al Alcalde del Municipio Panamericano - Coloncito, en el Estado Táchira. Durante el segundo período de Gobierno Municipal, correspondiente a los años 1993-1995, se realizaron siete consultas referendarias, cuyo resultado en el cien por ciento (100%) de los casos fue desfavorable a los siete alcaldes, entre los cuales destaca el caso del Municipio Insular Padilla, en el Estado Zulia (*Caso: Alcira Pereira*). En el último período 1996-1998, sólo dos procesos de referendo revocatorio fueron convocados y en ambos casos los alcaldes fueron ratificados en sus cargos. *Cf.*, ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, *ob. cit.*, p. 142.

2. Para que se ejerza el referendo revocatorio del mandato debe haber transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario público y no cada vez que el Concejo Municipal impruebe la Memoria y Cuenta del Alcalde, ya que de ser así quedaría inoperante lo dispuesto en la parte in fine del artículo 72 constitucional, que estipula:

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

3. El artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal resulta incompatible con el texto constitucional de 1999, ya que existe un órgano del Poder Público, a saber, el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, que tiene asignada expresamente la competencia, entre otras, de *convocar* los procesos electorales, *entre los cuales se incluye los procesos referendarios*. En consecuencia, a los representantes de los órganos públicos, tanto los ejecutivos como deliberativos, y a los propios electores, sólo les corresponde la iniciativa, esto es, hacer la respectiva solicitud por ante el Consejo Nacional Electoral para que éste convoque cualquiera de los referendos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Electoral, del 22 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Octavio Sisco Ricciardi, Caso: *Club Social Loyalina, C.A. vs. Consejo Nacional Electoral*).

Ahora bien, la inclusión o no de esta modalidad de referendo ha sido objeto de controversias en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En tal sentido, la doctrina⁶⁰ ha sostenido como algunos argumentos principales en apoyo a la inclusión de esta institución, los siguientes:

1. Sirve a los votantes destituir a los funcionarios públicos corruptos o incompetentes, o que han dejado de reflejar los puntos de vista de su electorado sobre asuntos importantes.

2. Permite recordarle a las autoridades que la ineficacia puede ser sancionada por medio de la remoción.

3. Aumenta el interés ciudadano en los asuntos públicos, porque les permite participar lo más directamente posible en la toma de decisiones políticas, es decir que reduce la indiferencia del ciudadano puesto que éstos poseen un instrumento para destituir a los funcionarios en quienes han perdido ya la confianza.

4. Constituye un límite al abuso del poder que pueda hacer cualquier autoridad, en virtud del carácter sancionador de la institución.

Entre los argumentos en contra del referendo revocatorio de mandato,⁶¹ podemos destacar, entre otros:

1. Restringirá indebidamente los funcionarios públicos enérgicos y creativos. Esta institución propicia que los funcionarios electos sean timoratos.

2. Muchos hombres y mujeres altamente calificados no aspirarán a ocupar cargos públicos mientras exista el referendo revocatorio de mandato por temor a que sea empleado en su contra, en caso de que, con respecto a un problema específico, tomen una posición que resulte impopular para un grupo de votantes.

3. Se puede usar con propósitos partidistas. Se puede usar para amedrentar a los funcionarios públicos y desanimarlos de buscar la reelección.

60. ZIMMERMAN, Joseph F., *Democracia Participativa. El resurgimiento del populismo*, Editorial Limusa, S.A., México 1992, pp. 132-134.

61. *Id.*, pp. 134-136.

4. Organizaciones bien financiadas y bien organizadas pueden abusar del uso de esta modalidad de referendo a favor de sus propios intereses.

5. Las razones que de hecho promueven un referendo revocatorio de mandato pueden no ser tan importantes como para destituir a un funcionario público⁶².

Independientemente de las razones en pro o en contra del referendo revocatorio de mandato, es importante tener en cuenta, que a pesar de su consagración expresa en nuestro texto constitucional, la rigurosidad en el cumplimiento de sus requisitos, prácticamente harían imposible su ejercicio eficaz.

De hecho, como hemos visto, sólo puede convocarlo un *número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores* de la circunscripción respectiva (requisito de iniciativa). A este requisito se le *agrega el quórum de asistencia a las urnas que no puede ser menor al veinticinco por ciento (25%) de los electores* inscritos en la circunscripción respectiva. Sin embargo, *para que el mandato se considere revocado debe votar un número igual o mayor de los electores que eligieron al funcionario cuestionado (requisito de revocación)*.

Este último requisito, en combinación con los anteriores, en opinión del profesor Luis Salamanca,⁶³ termina creando unas barreras de entrada jurídica y políticas excesivamente altas, que pueden hacer nugatorio el derecho a la revocación.

Por ello, a pesar de la consagración de esta modalidad de referendo en el Texto Fundamental venezolano, el Constituyente estableció de manera rigurosa el cumplimiento de determinados requisitos que constituyen un freno para su ejercicio, en lugar de establecer límites flexibles que permitan su funcionamiento, y sobre todo, que permitan un equilibrio entre los representantes y los representados, más aún cuando se trata de un mecanismo de control sobre la legitimidad política de los representantes-mandatarios, cuyos cargos provienen de la voluntad popular.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Del estudio que hemos expuesto en el presente trabajo de investigación hemos destacado la importancia del referendo como manifestación de la democracia participativa, que tiene como razón última permitir al pueblo expresar su voluntad, a través de un *sí* o un *no*.

Una nota característica del principio de participación en la Constitución de 1999 es el referendo, el cual viene a ser uno de los correctivos de la democracia representativa. En tal sentido, creemos errada la afirmación según la cual el principio de la democracia representativa consagrada en la Constitución de 1961 ha sido sustituido por el principio

62. Sobre este punto, es oportuno destacar que la profesora ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, afirma:

"No prescribe la norma constitucional venezolana, la necesidad de fundamentar la solicitud de revocatoria; lo que pudiera justificarse si se atiende a la naturaleza de esta institución, prevista precisamente por el constituyente como un medio de participación ciudadana, cuya identidad está dada por ser un mecanismo para la construcción de una decisión política, basada en el conocimiento práctico aportado por el pueblo, más que en el conocimiento experto, propio de los recursos de carácter administrativo o jurisdiccional, los cuales deben fundarse en razones de derecho.

En este entendimiento, la solicitud se funda en razones de mérito, conveniencia social o insatisfacción general, expresada en el respaldo comunitario exigido de un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción". V., ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, *ob. cit.*, p. 148.

63. SALAMANCA, Luis, *ob. cit.*, p. 99.

de la democracia participativa. Por el contrario, consideramos que con la actual Constitución existe más bien una complementación de ambos principios.

Por otra parte, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 1999, se hace necesario revisar el marco legal venezolano para adecuarlo a las nuevas normas constitucionales. En efecto, se hace necesario crear los nuevos instrumentos que la Constitución trae consigo para garantizar efectivamente la participación ciudadana en la toma de decisiones. No obstante, creemos que no es recomendable el abuso del ejercicio de la institución del referendo en cualquiera de sus modalidades, porque como lo hemos señalado en este breve estudio, y parafraseando al constitucionalista Loewenstein, *hay razón para dudar ... sobre si el referéndum ... es una institución útil o peligrosa*, más aún si consideramos que lo que *termina destruyendo a la participación es la sobreparticipación*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, “El control popular del poder político: el referéndum revocatorio del mandato del Alcalde”, *Revista Cuestiones Políticas* n° 25, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia, Maracaibo 2000.

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, “El principio de la Participación en la Carta Política de 1991: Análisis y Contexto” en *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

BARRIOS ORTIZ, Fermín. “La Constitución y la participación ciudadana en la gestión municipal”, *Elecciones y Poder Local en la Nueva Gestión Municipal*, Consejo Nacional Electoral, Caracas 2001.

BIBLIOGRÁFICA OMEBA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XXIV, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires 1987.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Traducción de la 3ª Edición por Pablo Lucas Verdú. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1987.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph y ORTÍZ ÁLVAREZ, Luis, “Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)”, *Colección Jurisprudencia* n° 4. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

“Principios del Procedimiento Administrativo”, *Colección Estudios Jurídicos* n° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

CALDERA, Rafael. “Poder popular y poder moral” en *Costituzionalismo Latino*. Tomo II. Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. “Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela (Análisis histórico jurídico)”, *Revista de Derecho Constitucional* n° 2, enero-junio 2000. Editorial Sherwood, Caracas 2000.

CASAS, Juan Carlos, “El Referéndum y la Iniciativa”. Ed. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1957.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs Editorial, Estudios Constitucionales y Políticas, Barcelona, España 2001.

COMBELLAS, Ricardo, “Crisis de la representación política. Poder popular y poder moral. La ilustración del caso venezolano” en *Costituzionalismo Latino*, Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-América Latina. Sassari, s/f.

Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela, Fundación Konrad Adenauer, Caracas 1994.

Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela, S.A., Caracas 2000.

CONTRERAS, José Gregorio, “La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano” en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Volumen I, Caracas 1996.

CHAVERO GAZDIK, Rafael, “La Forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un Canto de Sirena?)”, *Revista de Derecho Público* n° 81/2000. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid 1988.

DOMÍNGUEZ NASSAR, Jorge, *El Estado y sus instituciones*, Repromul, S.R.L., Valencia 1979.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona, España 1980.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1981.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 5ª Edición, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1959.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico. Cuestiones Relativas a la Aplicación de la Ley*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1989.

LINARES BENZO, Gustavo, *No más constituyentes*, Publicado en la página web: <http://www.eud.com>

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª Edición, Traducción y estudio sobre la obra por GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, Ediciones Ariel, Barcelona, España 1970.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, “Partidos Políticos y “democracia interna”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Cuadernos y Debates* n° 85, Madrid 1999.

PELLEGRINO PACERA, Cosimina G., “La Interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿Existe un Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional? (A raíz de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000)”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*, Temas sobre la Constitución de 1999, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001.

QUESADA RADA, Francisco Miró, *Democracia Directa y Derecho Constitucional*, Artes y Ciencias, Editores, Lima 1990.

RONDON DE SANSÓ, Hildegard, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte Orgánica y sistemas)*, Caracas 2000.

SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Política de Colombia comentada*, 2ª Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 1999.

SALAMANCA, Luis, “La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana”, *Revista de Derecho Público* n° 82/2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

ZIMMERMAN, Joseph F., *Democracia Participativa. El resurgimiento del populismo*, Editorial Limusa, S.A., México 1992.

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA*

Manrique Jiménez Meza
Profesor de la Universidad de Costa Rica

I. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

1. Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos

La nueva dimensión constitucional de la democracia está ligada al eficaz derecho ciudadano de participación en asuntos de interés público, con técnicas instrumentales para su ejecución y defensa, al amparo de los ordenamientos jurídicos compuestos del derecho escrito y no escrito. Queda así el ciudadano adherido al ejercicio de los derechos, por lo que es un concepto dinámico que en modo alguno se reduce a un sólo ámbito del contexto social¹. Ciertamente, la *ciudadanía* es parte del nuevo eco que resuena en todo el espectro político y jurídico². Es un nuevo fantasma que ronda sobre el planeta.

Bien se ha insistido, en diferentes ángulos doctrinarios, que la democracia no es tanto un mecanismo como un organismo que se hace en el hacer diario desde la esfera individual hasta lo social, donde la libertad propia encuentra límites en la libertad ajena. Es así la democracia un organismo que se vive y convive en la organización y actividad del Estado o de alguna estructura política y social, en actividades públicas, privadas o mixtas. Por ello es de suma importancia que ese organismo se proteja y vigorice con la par-

* A un gran jurista, intelectual y ciudadano. A un heroico pueblo sumido en el dolor y en la esperanza de su renacer en la libertad y dignidad democráticas.

1. La clásica obra de MARSHALL, Thomas H. *Citizenship and the Social Class*, Cambridge, University Press, 1950, tiró líneas hacia el futuro en la historia de Occidente, para lo cual definió al ciudadano como el status que ostenta, por virtud de sus derechos y deberes, como sujeto integrante de una sociedad, con trascendencia de los vaivenes del mercado y de su eventual capacidad de contribución económica, siendo así que el concepto es incondicional. Por ello, a manera de ejemplo, un ciudadano en el ejercicio de sus deberes contributivos pagaría determinados impuestos, pero los derechos políticos -y otros- no dependen de ese pago. Sin embargo, la postura de Marshall ha sido criticada con suma agudeza por HELD David quien acusa al esquema de MARSHALL, anclado al concepto de clase, de restrictivo. Dice: "el esquema con que MARSHALL y GIDDENS examinan la relación entre clase y ciudadanía es parcial y limitado". Del autor, V., "Citizenship and Autonomy", en *Political Theory and the Modern State*, Stanford University Press, Stanford 1989, p. 189. En lo relativo a GIDDENS, quien encuentra en las luchas políticas de las clases subordinadas la esencia misma de los derechos de la ciudadanía, no deja de implicar un análisis restrictivo el cual, aunque distinto al dado por MARSHALL, tienen en esto un claro punto de coincidencia analítica. De GIDDENS, A., V., las siguientes obras: "Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights", en *Profiles and Critiques in Social Theory*, Macmillan, Londres 1982, pp. 171-173, 176; también, *A Contemporancy Critique of Historical Materialism*, Macmillan, Londres 1981, pp. 226-229.

2. Desde la perspectiva política como nueva modalidad histórica, V., HEATER, Dereck, *Citizenship: The Civic Ideal in World History, Politics, and Education*, Longman, Londres 1990; también VOGEL, Ursula y MORAN, Michael, *The Frontiers of Citizenship*, St. Martin's Press, 1991.

participación ciudadana, en tanto esencia y fin de la democracia activa para la confirmación de la soberanía popular, como soporte subjetivo e ideal de la soberanía que presupone la existencia de un Estado constituido. Esta participación ciudadana se incardina en la denominada democracia política, sin perjuicio de la democracia económica y social³. Incluso, en la actualidad, asistimos al arribo de las economías de mercado ecológicas y sociales, donde el beneficio de capital se entremezcla con el desarrollo social y el equilibrio ecológico.

El ciudadano ya no es paciente sino agente de la democracia, a tal grado que podemos visualizar en las jurisprudencias constitucionales al *homo democraticus*, a favor de quien se levantan, entre otros, los principios doctrinarios y jurisprudenciales del *indubio pro libertate* y el *indubio pro homine* en caso de duda para la certera aplicación e interpretación de los derechos humanos. Y es esa dimensión democrática la que posibilita el amplio tejido institucional y organizacional de los Estados, con prevalencia de la razón antes que la pasión y de la tolerancia sobre dogmas trasnochados. De lo contrario, estaríamos ante formas de Estados autoritarios o totalitarios, teniéndose para éstos, desde el mismo Estado la absorción total de la persona, sea a lo interno y externo de su comportamiento, posibilitado por el desarrollo de la tecnología en aras de la imposición oficial de su verdad o mentira (da lo mismo) para la sobrevivencia del sistema y de los privilegios de la casta gobernante y sus allegados. Destaquemos las características de la ideología totalitaria:⁴ 1) se comprende toda fase de pensamiento, acción y sentimiento humanos; 2) No se admite la tolerancia y diferencia de criterio; 3) Se simplifica en extremo los problemas y las soluciones al modo de la *raza* en el nacional socialismo o de la *clase social* en el marxismo; 4) Es fanático e impone la adhesión total, incondicional y sin reserva de los súbditos, para lo cual media el asesinato o moderna esclavización de individuos, grupos o colectividades mayores de la sociedad.

Por esto en el totalitarismo están los súbditos o los nuevos esclavos al servicio del Estado y sus detentadores, no así el ciudadano como núcleo duro y expansivo de los derechos fundamentales en la democracia⁵, la cual se ha visto robustecida por él y no ya por el simple administrado. Tampoco en el autoritarismo habría democracia ni ciudadanía como soporte y fin de la organización social y política. Si partimos de que un Estado puede no tener Constitución pero no puede dejar de tener Administración -diría Otto Mayer-, en los regímenes totalitarios o autoritarios existen administrados-súbditos, a diferencia de la democracia donde hay administrados-ciudadanos.

Dándose un sucinto repaso histórico, los antiguos griegos caracterizaron a la democracia por tres elementos constitutivos: la *isonomia*, la *isotimia* y la *isegoria*. La prime-

3. Dice el profesor BREWER-CARÍAS: "Bajo esta idea democrática, por tanto, el Estado, en primer lugar, debe conformar el sistema político, para hacerlo participativo, organizando al pueblo de manera que el hombre en sociedad supere la categoría de masa, es decir debe democratizar la *democracia política*. En segundo lugar, el Estado debe conformar la economía, para permitir la participación de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y para fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre, es decir, deberá hacer efectiva la *democracia económica*. Y, en tercer lugar, el Estado debe conformar la Sociedad, con el objeto de que, respetando y amparando la dignidad humana, no sólo satisfaga las necesidades vitales y existenciales de la población, aumentando su nivel de ingreso y asegurando a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad, sino que promueva la misma sociedad, a través de la organización del pueblo; es decir, instaurar un sistema de *democracia social*". Del autor, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, pp. 179.

4. EBENSTEIN, William, *El Totalitarismo*, Paidós, Buenos Aires 1965, p. 99.

5. Con acierto se dice: "la esclavitud pasa por ser irreconciliable con el derecho del hombre a la libertad personal y, sin embargo, la civilización moderna nos ha aportado también los campos de trabajo forzado para hombres libres". V., POHLENZ, M., *La liberté grecque*, Paris 1956, p. 7.

ra está relacionada con el derecho compartido de igualdad ante la ley; la segunda con la igualdad para el ejercicio de todas las funciones y, la última, con la igualdad para el derecho de expresión sea oral o escrito. De aquí, pues, parto para elevar otro principio de la actual democracia: el derecho de participación directa o indirectamente, el cual no es más que una derivación consecuente de la *isegoria*. Efectivamente, tal derecho de participación es prueba del exigido diálogo y de la actividad compartida entre gobernantes y gobernados, hacia el encuentro de administraciones públicas transparentes o de ventanas abiertas. Para esto, se impone la realidad: el Estado ejerce el poder a través de sus órganos y entes con apoderamiento legal y el ciudadano con sometimiento en libertad ante el Estado y por el Estado. El poder estatal y la libertad son dos dimensiones distintas, como lo son el Estado y el ciudadano, para lo que sobresale el principio de cooperación sin identidad entre ambos. Y en esta dimensión participativa intersectorial dentro de cada Estado y fuera de éste para realidades interestatales, en unidades superiores para fines comunes, o a partir de los Estados para la aceptación del derecho Comunitario (que en sentido estricto no es derecho nacional ni internacional, sino supranacional o de integración)⁶ se hace posible la nueva dinámica del *Estado interaccional* sin imposiciones arbitrarias o de hecho⁷.

También el derecho de participación se hace más evidente en organizaciones internacionales con sus estructuras jurídicas y organizacionales, en las que no faltan declaraciones de derechos humanos de una u otra generación que guardan un mismo status de importancia.

Sin adentrarnos al análisis riguroso y detallado del desarrollo histórico de la democracia, de lo que se ha escrito y meditado en exceso, al sumo grado de darse una conciencia universal hacia su adhesión, ha recalcado con fina ironía un autor francés: “La democracia es un régimen en el que los aristócratas han llegado a ser demasiado numerosos para ser notados y demasiado parecidos a los demás para sentirse orgullosos. Es aquél en que la élite se siente en su casa, en la calle”⁸.

Tal humildad civil, sin ser humillación, se ha convertido en el dorado sueño de los pueblos constructores o reconstrutores de libertades, para lo que podría pensarse en el renacimiento de las libertades individuales y sociales a partir de la Segunda Guerra Mundial. Por esa conciencia colectiva es que la UNESCO, en 1949, señaló en un detallado informe: “Probablemente por primera vez en la historia, la democracia ha sido señalada como la más ideal descripción de todas las organizaciones políticas y sociales por las que abogan los proponentes de más influencia”⁹.

6. V., STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987, pp. 898-899. Dice el autor: “Si las Comunidades son ciertamente algo creado por los Estados, pero con propia existencia a partir de su constitución, así también el *derecho* por ellas establecido es igualmente *autónomo* en el sentido original de la palabra. No es ni derecho nacional ni derecho internacional, sino *derecho supranacional*, derecho de integración (Integrationsrecht) que viene a situarse junto a otras categorías; pues entre el ordenamiento nacional ciertamente existen vínculos en el momento de la creación del primero; pero con la entrada en vigor de los Tratados éstos sufren una mutación que los eleva a rango de normas fundamentales (normas constitucionales) de un ordenamiento jurídico de existencia autónoma, el derecho comunitario secundario, que trae su origen exclusivamente de aquéllos. El derecho comunitario secundario tiene una nueva autoridad, otra fuente de derecho; ha tenido lugar una interpositio auctoritatis. Entre el derecho comunitario y el derecho nacional ha dejado de existir “vínculo alguno de derivación o dependencia”.

7. Ver en tal sentido mi artículo “Perfiles del Estado moderno y la nueva dinámica del Estado Interaccional”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad Autónoma de Centro América, 1996, pp. 35-51. Asimismo, en mi obra: *Derecho Público*, Editorial Continental, San José 2002, pp. 63-71.

8. DELAUNAY, *Les feuillets du temps vole*, París, p. 167.

9. LIPSET, M., “Some social requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy”, en: *American Political Science Review*, LIII; 1959, p. 71

Tres son, en esencia, los pilares básicos de la democracia, cuya formulación distintiva quedó consagrada por el iluminismo secular o el racionalismo individualista francés: libertad, igualdad y fraternidad, sin demérito del alcance de la Revolución norteamericana en la que se gestó el expreso reconocimiento de los derechos naturales y las bases para la soberanía popular. Si los ordenamientos jurídicos carecen de aquél espíritu compuesto y complementario, que aún en tres siempre es uno, la democracia sería simple declaración semántica, sin contenido práctico-existencial. Analicemos, pues, el contexto de la libertad que presupone su pluralidad.

En la democracia el hombre y la mujer se les reconoce como seres libres. Y la libertad compartida exige la tolerancia y, dentro de esta visión, el relativismo. Nada hay absoluto, a no ser el propio ciudadano como valor en sí mismo. Ya lo dijo mejor Kant cuando identificó al ser humano como un fin y nunca como un medio. Pero el valor absoluto de la persona impone el respeto por el valor absoluto ajeno, en el equilibrio de los derechos y deberes compartidos. Es comprensible, pues, la famosa frase de Kelsen al caracterizar a la democracia como un *Estado de partidos*¹⁰ con imperio del relativismo político y cultural, sin que exista la superposición ideológica sino la coexistencia pacífica de perspectivas distintas. La suma de todos los absolutos que son los seres humanos, da como resultado la relatividad de criterios. La libertad queda así unida a la pluralidad con sustento en el valor absoluto de la persona y sus derechos incluso antes de nacer y después de morir, a partir del texto constitucional, o desde la sustancia material de los Estados constitucionales basados en la dignidad humana. Como dice Häberle: “La teoría de la Constitución es la ciencia de las Constituciones de los Estados constitucionales. Éstas se apoyan sobre la dignidad humana como premisa antropológico-cultural y conducen a la democracia como *consecuencia orgánica*; constituyen una *república* con la Constitución como ordenamiento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente y que de ese modo se desarrolla”¹¹.

Por su parte ha sostenido nuestra jurisprudencia constitucional: “Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana... No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse...” (SVC 2000-02306).

Sin embargo la libertad no es absoluta, toda vez que se da en el contexto de la dialéctica social que, en sentido hegeliano y marxista, es tanto lucha como progreso. Sostiene Jaspers desde el enfoque filosófico con alcance para la disciplina jurídico-política, que “la libertad absoluta no es una verdadera libertad, en cuanto que en ella la *existencia* queda suprimida en favor de algo general y total, no sólo desaparecen sujeto y objeto, sino que al desvanecerse todas las contraposiciones, la *existencia* se evapora de la na-

10. Del autor: *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de Iniciación Cultural, Barcelona 1934, p. 37.

11. HÄBERLE, P. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Mínima Trotta, Madrid 1998, p. 45.

da... por último, la libertad absoluta es absurda: la libertad se queda vacía donde no encuentra oposición: la libertad existe en lo contradictorio como proceso”¹².

En la democracia se asume el valor absoluto de la persona, incluso antes de la formación estatal, la cual una vez constituida queda aceptado como principio irrenunciable y reforzado desde la Constitución escrita o no escrita, o desde los textos y contextos de los Derechos humanos constitucionalizados, con la necesaria incorporación del conjunto de técnicas ágiles y simples para su disfrute y protección. Por ello cualquier otro absoluto como valor o principio queda relativizado en el devenir de la democracia, por el ejercicio de la tolerancia y las libertades a través del ciudadano en confirmación de la diferencia y la oposición, en cuyo constante juego adquiere sentido el conjunto de libertades y derechos. Y todas estas libertades encuentran límites externos e internos en las personas físicas que las realizan. Condicionamientos que obedecen a leyes naturales y fisiológicas; a leyes sociales, religiosas y jurídicas, como a leyes que inciden o determinan la voluntad o motivación de cada conciencia, acción o pensamiento. También las personas jurídicas tienen sus límites, como sujetos de libertad y en libertad.

Cabe destacar aquí la pormenorizada -quizás excesiva- división conceptual de la *libertad* dada por un autor norteamericano: a) libre de (from); b) libre para (to); c) libre para (for); d) libre con (with)¹³. En efecto, se da la libertad *de* coerciones, lo que es la libertad negativa; está la libertad *para* actuar, expresar y concretizar los deseos; también puede suponerse la libertad *para* el cometido de fines determinados y la libertad en relación *con* los demás, para su cumplimiento. Sin embargo la doctrina en general ha asumido una simple división que comprende la esencia de la libertad en su conjunto: la libertad negativa y la libertad positiva, es decir, la libertad de coerciones y la libertad creadora¹⁴.

La democracia mantiene en su estructura el estado de transitoriedad en plena interacción cuantitativa y cualitativa con los procesos sociales de cambio. Por esto la democracia es un valor relativo en el tiempo y en el espacio, con perfiles diferentes a través de la historia política y económica. En el siglo XIX, por ejemplo, fue interpretada en función del uso y disfrute de las libertades políticas y civiles. En el siglo XX, sin hacer renuncia de lo otro, se complementa con la requerida intervención del Estado para la protección de los derechos y libertades sociales y económicas, con espíritu benefactor hacia la gran masa de escasos o medianos recursos. Fue la entrada del Estado distribuidor y redistribuidor de la riqueza en armonía con los fundamentos del Estado interventor claramente esbozados por Keynes, aun cuando ya su dimensionamiento de concreción quedó plasmada en la obra de Bertrand de Jouvenel: *Economía dirigida*, la cual fue publicada en 1928.

12. V., del autor “Filosofía”, *Revista de Occidente*, Madrid 1958, II, p. 45. Asimismo GUSDORF insiste en que la libertad como principio absoluto “representa hoy una de las formas del absurdo cuya exaltación representa desde hace más de un siglo, uno de los claros aspectos de la conciencia occidental” V., *La signification humaine de la liberté*. Payot, París 1962, p. 227.

13. WEISS, Paul: “Common Sense and Beyond”, en S. Hook, *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, Coliers, New York 1961, p. 233.

14. Bien señalan BIDART CAMPOS y HERRENDORF: “La Libertad *de* que necesita garantizarse a todos, suele denominarse libertad negativa y debe quedar exenta de impedimentos que coarten su ejercicio y desarrollo. La libertad *para* que necesita favorecerse en beneficio de algunos para que alcancen acceso disponible a ella, se llama libertad positiva y requiere no ya exención de impedimentos sino prestaciones concretas de dar o de hacer en favor de esos algunos que por sí solos y por sí mismos no consiguen dicho acceso por carencia de medios personales a su alcance (prestaciones de salud, de educación, de seguridad social, etc.)...” V., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, Buenos Aires 1991, p. 176.

Para este siglo XXI, se impone la libertad individual y social, en el contexto de la democracia participativa con protección de los bienes ecológicos en la dimensión de los intereses colectivos y difusos, lo cual aumenta el potencial impugnatorio y fiscalizador ciudadano, con reconocimiento de técnicas procesales que hacen posible el ejercicio de la acción popular o el de la acción vecinal en el orden municipal, en lo cual el ordenamiento jurídico español resulta ser verdaderamente paradigmático¹⁵. Es en la hora actual que se vislumbra la libertad con la justicia, la participación con salud, cultura y medio ambiente protegidos; mercados desregulados en los que el Estado interviene para asegurar su libre desenvolvimiento para alcanzar economías imbuidas de lo social y ecológico. Incluso, en esta época de la posmodernidad -aun con su equívoco conceptual- asistimos a la *lucha por los derechos*¹⁶, más allá de la lucha de clases o de cualquier interpretación determinista o reduccionista del fenómeno social, político o histórico. Los movimientos reivindicatorios y reconocedores de los distintos derechos son parte del nuevo fenómeno participativo con incidencia global por medio del uso de la telecomunicación y la informática (telemática).

La igualdad, en segundo término, como todo valor de pensamiento, tampoco ha de ser absoluta. Encuentra sentido aplicativo por la acción humana en la dialéctica social y política. La igualdad ante la ley no significa la igualación de todos los seres entre sí, sino la igualdad -como se adelantó- ante el ordenamiento jurídico y su aplicación, sin privilegios ni distinciones por su alcance *erga omnes*. Incluso, el famoso resabio constitucional de que nadie debe ignorar el contenido de las leyes vigentes, no lo es tanto en función de una memoria privilegiada sino en razón de la aplicación igualitaria de la ley¹⁷.

Bien ha distinguido el Tribunal Constitucional español la igualdad ante la ley (vid. entre sentencias S TC 34/81 de 10 de noviembre) de la igualdad en la aplicación de la ley (vid. S TC 144/88 de 12 de julio) toda vez que la primera afecta a los acreedores de las normas y, la segunda, a los aplicadores de ella. Sutil diferencia que vincula a toda la amplia gama funcional pública, por lo que la norma creada adquiere vivencia propia y objetiva, incardinada en el sistema positivo y de valores normativos, cuyo espíritu y letra forman su cuerpo e identidad con efecto en los sujetos públicos, mixtos y privados.

La igualdad no debe ir en contra de la excelencia, por lo que debe aceptarse la diferencia, que es consecuencia de la libertad. La igualdad -se insiste- no es igualación. Si lo fuera la igualdad sería un absoluto donde el sujeto y el objeto desaparecerían fugaz-

15. Sobre la protección de los intereses colectivos y difusos *vid.*, entre otros, GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, *La Defensa del Usuario y del Administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2000, Cuarta Edición, pp. II 1 a III 33; GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 159-161; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Civitas, Madrid 1997, pp. 575-579; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Civitas, Tercera Edición, Madrid 1999, pp. 482-484; asimismo en mis obras, con amplia referencia bibliográfica, *La Legitimación Administrativa*, Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición, San José 2000, pp. 387-479; *Justicia Constitucional y Administrativa*, Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José 1999, pp. 213-244; PEÑA FREIRE, A. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Editorial Trotta, Madrid 1997, pp. 176-189.

16. En este sentido se recomienda a FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza 1989, pp. 987-993; asimismo ZOLO, Danilo, "La ciudadanía en una era poscomunista", en *Revista La Política*, n° 3, Paidós, octubre, Barcelona 1997, pp. 117-131.

17. Dice en lo conducente el artículo 129 de la Constitución Política de Costa Rica: "Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice."

mente, por un supuesto valor ideal y metafísico alejado de la realidad práctica en pleno rompimiento con la dialéctica equilibrada de la normatividad-existencialidad¹⁸.

Por ello en las democracias no se puede pedir que todos sean iguales *en sí mismos*, sino solamente en la relación fáctica *frente* al ordenamiento jurídico. Podría haber igualdad a falta de privilegio, pues tener privilegio en la desigualdad legal es antidemocrático. Como lo sería aplicar la igualdad para casos desiguales o la desigualdad para casos iguales. Este mismo binomio clásico -aristotélico- de la igualdad, como igualdad de aplicación en igualdad de condiciones, ha sido consumada jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Los seres humanos nacen y son libres e iguales no de hecho sino de derecho, siendo su motor causal el derecho natural: *Quod ad jus naturale attinet amnes homines aequales sunt*, (Dig. Lib. L, Tit .XVII, ley 32)

Al respecto ha dicho nuestra jurisprudencia constitucional: “El principio de la igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos”. (SCV 7182-94)

“Este principio universal debe aplicarse rigurosamente ante situaciones jurídicas iguales...Ha dicho esta Sala que “toda distinción que sea injustificada perdería el contenido racional de la norma jurídica y afectaría el principio de igualdad como derecho fundamental (Voto 1225-91) Lo razonable es lo equitativo, lo correcto, lo lógico, en oposición a lo irracional, lo incorrecto, lo ilógico, lo arbitrario. La equidad es la recta razón congruente con la naturaleza de las cosas (Cicerón) Es de equidad aplicar criterios distintos ante situaciones de naturaleza distinta. Con discernimiento y buena intención *animi iudicium*...” (SCV 478-94)

Esa interpretación aristotélica quedó consagrada en el numeral 57 de la Constitución Política de Costa Rica. “...El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”. En este sentido y ligando a lo anterior, dice la jurisprudencia nacional: “ El principio constitucional que a trabajo igual salario igual, deriva sin lugar a dudas de un principio más amplio que es la garantía de igualdad, consistente en otorgar un trato igualitario a quienes se hallaren en una razonable igualdad de circunstancias, lo que implica que no es inconstitucional que frente a circunstancias disímiles se produzca también un trato diverso”. (SCV 1725-94).

Sin embargo, tal principio sufre un revés de rigor, con una acusada contradicción lógica, aunque jurídicamente viable: “...En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense” (artículo 68 *íbid*), lo cual es desigualdad de aplicación aún existiendo igualdad de capacidad y de condición exigidas.

Existe otro principio regulador y fundamental de la democracia: la igualdad de oportunidades, no como si todos fuésemos iguales sino por ser precisamente desiguales. Esa igualdad de oportunidades permite, al final, parafraseando a Orwell, que unos sean más iguales que otros. Por ello la desigualdad es una verdad funcional del sistema democrático, pero también una realidad expuesta a la crítica jurídica, política y social.

18. Ver al respecto LEIBHOLZ G, “El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *REP*, 1966, pp. 86 y ss.

La igualdad nace como reflexión de la razón en sí misma. Ya los estoicos encontraron la igualdad por la tendencia de la razón individual unida a la Razón universal. El cristianismo retomó la igualdad, pero más que por la razón lo fue por el espíritu. Y el padre del racionalismo moderno -Descartes- dijo que la razón o el sentido común (*bona mens*) era la sustancia mejor repartida del mundo (en ocasiones difícil de compartir)

También la igualdad tiende al proceso de socialización y universalización, al acercamiento entre las brechas sociales pues una cosa son las diferencias de hecho y otras las posibilidades por el legislador a través del Derecho. Las sociedades democráticas no deben aspirar a la homogeneidad de conciencias ni de condiciones materiales o espirituales. Deben aspirar a la justicia en la aceptación de la diferencia en el pleno goce de la libertad individual y social, donde lo formal y lo material se unen en el sujeto humano para el desarrollo de cada personalidad, con pan y espíritu. La diferencia material nunca debe ser motivo para la explotación o para la enajenación ni la igualdad causa de la tiránica nivelación. La democracia, a través del principio de igualdad y de la participación social, debe posibilitar el denominado constitucionalismo social, para permitir la síntesis con el constitucionalismo individual. La democracia, por esto, es síntesis de la libertad y la igualdad, siendo cada una de ellas síntesis en su íntima dialéctica estructural y funcional.

Sin embargo encontramos el conducto que permite, sin lugar a dudas, esa síntesis entre la libertad y la igualdad: la fraternidad, que respeta al ser ajeno como propio y al ser propio como ajeno. Es cuando se reconoce en el otro ser, lo que el yo carece. Es la admisión de la libertad por el respeto ajeno y el amor por la igualdad hacia la concreción de la conciencia moral para la cooperación mutua. Es lo que posibilita que el individualismo de la libertad se fusione con el universalismo de la igualdad por el pensamiento y el sentimiento. Es, por decirlo así, el encuentro de dos mundos en principio antagónicos pero siempre conciliables.

La misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, expresa solemnemente en su numeral primero: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. “Lo anterior con vuelta al ideario enciclopedista francés no sólo por el énfasis en la racionalidad humana sino por su complemento con la fraternidad socialmente compartida, sin que tal enunciado categórico aparezca, de buenas a primeras, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

La Constitución Política de Costa Rica exalta el principio de fraternidad a través de la *solidaridad nacional*. Así, dice el artículo 74, en la dinámica del constitucionalismo social: “Los Derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de *solidaridad nacional*”.

Sostiene la Sala Constitucional: “La Sala ha manifestado en reiteradas ocasiones que los derechos laborales son irrenunciables, por tanto, imprescriptibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Política, por lo que procede rechazar la excepción de prescripción opuesta por la autoridad accionada”. (SCV 1102-95).

La seguridad social es un principio constitucional, a veces consagrado explícitamente (artículo 74) a veces perceptible aunque no expreso (artículo 89) (SCV 5312-93).

...El artículo 74 cierra el mismo título invocando el *principio cristiano de justicia social* y el equilibrio entre los factores de la producción, lo cual hace de la justicia social un valor constitucional de primer orden. (SCV 2170-93)

2. La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado

Analizados sintéticamente los anteriores tres parámetros (libertad, igualdad, fraternidad), daremos nuestro punto de vista para el encuentro del derecho de participación ciudadano. Reservado en esta investigación un lugar preferente a la participación ciudadana en los asuntos de interés público, realicemos algunas apreciaciones de rigor.¹⁹

El concepto *Estado de Derecho* no aparece con frecuencia sino con una marcada timidez en los textos constitucionales comparados. No así su realidad dogmática y orgánica. Por ello el término *Estado Democrático* implica al Estado de Derecho. Sin embargo también se han dado regímenes de inspiración totalitaria que se auto proclamaron, bajo el abanderamiento constitucional, estados democráticos. Ejemplo de lo dicho podría citarse, entre otros, a la desaparecida *República democrática alemana* (ex - Constitución de 1949.)

La democracia, pues, se ha transformado en el salvoconducto de la legitimidad del poder, así resuelto con insistencia a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Y aun con la triste apariencia de su confirmación, por distintos malabarismos de los autócratas en el poder, la democracia pasó a ser la llave maestra para abrir las puertas al entendimiento universal de los Estados, a tal grado que no falta su presencia en los distintos textos de los derechos humanos.

19. Excelentes estudios hay sobre el tema de la participación ciudadana en la Administración Pública o en asuntos de interés público, dentro de los cuales, podrían resaltarse, entre otros: ARIAS SENOSEIAIN, Manuel, *La Larga marcha desde la Constitución al ciudadano medio: vicencias*, Foro nº 100-102, enero-diciembre, 1983; ALPA, G. "Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico" en *Riv. Trim. Dir. Pub.* 1979, nº 1.; BETTINI, R: *La partecipazione amministrativa*, Milán 1973; BOULET y ROSELYNE: *La consultation dans l'administration contemporaine*. Editorial Cujas, París 1972; BURDEAU, G: "Problemi e prospettiva della partecipazione" en *Società civile e partecipazione politica*, Milan 1974; CASETTA, *La partecipazione democratica nell'ordenamiento regionale* en Foro administrativo, 1972 V. IV.; CHITI, M., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa 1977; FERRIER, J.P., "La participation des administrés aux décisions de Administration" en *Rev. De Droit Pub.*, nº 3, 1974; GARCÍA DE ENTERRIA, "La participación del administrado en las funciones administrativas" en *Tomo Homenaje a S. Royo Villanova*, Madrid 1977; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vols. I y II, Madrid 1977, 1980; GÓMEZ-FERRER MORANT: "Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia" en *REDA* nº 14, julio-setiembre 1977; GONZÁLEZ PÉREZ: "Nuevos Sistemas de control de la Administración Pública", en *REDA*, nº 22 julio-setiembre 1979; GONZÁLEZ PÉREZ: "El proceso administrativo y la Constitución", en *REDA*, nº 14, 1977; HENRY-MEININGER, Marie, "Vers une administration de communication: perspectives et limites des reformes engagés dans les pays occidentaux" en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 2/1, 1984; MARTÍN REBOLLO, Luis, *Las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados en España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1984; MUÑOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la administración" en *RAP* nº 84, 1977; NIETO, Alejandro: "La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo" en *RAP* nº 76, 1975; ORTIZ DÍAZ: *Las nuevas bases del Derecho de Organización Administrativa*, Málaga 1971, pp. 42 ss; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ DE PRADA, Valentín: "Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-Administrados" en *Documentación Administrativa*, nº 186, abril-junio, 1980; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980; SÁNCHEZ MORON: "El principio de participación en la Constitución Española", en *RAP* nº 89, mayo-agosto, 1979; SIGUAN SOLER, "La administración y el público", en *RAP* nº 41; Siwek-POUYDESSAU, Jeanne: "La consultation dans la administration contemporaine", Edt. Cujas, París 1972; TRIMARCHI, F., "Poteri dei dirigenti e partecipazione", en *Riv. Trim. Dir. pub.*, nº 1, 1975; ZAMPETTI, P.L.: *Società civile e partecipazione politica*, Milán 1974.

Las constituciones ilusorias o engañosas florecieron sin que hayan podido suplantar el gran avance de las constituciones que podríamos denominar empíricas, las cuales han empezado a imponerse en el concierto universal, cargadas de valores social y políticamente aceptados y practicados.

El paso del dicho al hecho frente a esquemas formalistas superiores a contenidos práctico-materiales, que apenas encuentran acomodo social, están en la dimensión semi empírica, con incompleto o parcial grado de existencialidad y legitimidad.

Los Estados democráticos, en esa misma perspectiva de praxis (unidad de concepto y práctica) tienen en común un suelo y techo de inspiración humanista: el pueblo como detentador del poder y el ordenamiento jurídico como garantía de protección de los derechos y libertades fundamentales, para lo que el propio Estado queda sometido a su letra y espíritu.

El ordenamiento jurídico de valor trascendentalista, ubicado en el valor - persona, es el límite de actuación u omisión de las autoridades públicas, como la visible frontera entre la libertad y el libertinaje, o, si se quiere, entre el abuso de libertad contra la libertad ajena. Es la certeza de sumisión del Estado al Derecho, pero no a cualquier tipo de Derecho, sino a uno inspirado en el valor absoluto de la persona, física y jurídicamente, es decir, de contenido *dikelógico*²⁰. Es el Estado Constitucional que da el poder y lo limita en función de los derechos humanos, siendo así que asistimos permanentemente al internamiento constitucional de tales derechos, para lo cual podríamos destacar la jurisprudencia constitucional de Costa Rica que ha elevado por encima del texto constitucional, para su interpretación y aplicación, a las distintas proclamas de derechos humanos. Esto hace traer a la memoria a la Constitución de Suiza que otorga rango constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos; debiéndose resaltar también al Tribunal de Justicia de Luxemburgo que ha puesto a los derechos humanos como principios generales del Derecho.

Así, entonces, en las democracias existe toda una amplia gama de derechos y libertades que están presente en los apartados dogmáticos de las Constituciones escritas y en la configuración jurídica escrita y no escrita del Derecho del Estado Constitucional, que hace la Constitución no escrita. Y, asimismo, hay celosas defensas instrumentales e institucionales para su protección, uso y disfrute. Y ello queda relacionado con las partes orgánicas de las Constituciones Políticas que distribuyen el poder del Estado que aun siendo uno se prolifera en múltiples átomos jurídico-políticos. La amplia constelación de entes y órganos fundamentales o de rango constitucional, con derivación en el ámbito administrativo, quedan en principio equilibrados en la ecuación del peso y contrapeso democráticos.

Así, pues, uno de los componentes materiales del Estado actual, amén de otros, es el ordenamiento jurídico constitucional del cual se derivan otros ordenamientos de rango inferior, en la tesitura kelseniana de la estructura decreciente normativa en función in-

20. Las constituciones ilusorias pueden aceptar en apariencia la carga ideológica del Estado de Derecho. Por ello, en el análisis de la igualdad ante la ley, se ha dicho, sintetizándose diferentes posturas: "2) Todo el mundo está protegido (igualmente) por algún conjunto de normas jurídicas imparcialmente aplicado, sin temor, favoritismo o similar por un poder judicial independiente. En este sentido Sudáfrica y Rodesia (fueron) Estados de Derecho, aunque parte del derecho en cuestión sea abominable en su contenido "(paréntesis y contenido de adaptación nuestro); MARSHALL, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid 1982, p. 181. Ello implica -decimos- la sujeción a un Derecho sin contenido humanista y antidemocrático, sin que la comprobación empírica del Estado de Derecho sea una realidad. A lo sumo asistimos a la presencia de otro estado moderno *con* Derecho, pero no así *de* derecho.

tercalada e interrelacionada. Sin embargo, a pesar de lo indicado, también es cierto que el positivismo llevado a extremos oportunistas, con traición de sus fundamentos científicos, ha constituido válvula de escape para políticas oprobiosas contra la humanidad que, luego del ayuno que hizo sacar a flote su mala conciencia, elevó como premisas universales a las Declaraciones de derechos humanos. Fue la vuelta al iusnaturalismo con sus propias variantes, para dar aplicación de vida a valores humanitarios sin que la norma valga por sí misma, como si fuese un producto *in vitro*, de química pura o la consecuencia de una elaboración lógica o matemática del pensamiento. Simplemente se dejó en claro que el Derecho por sí mismo no es puro como nunca lo es alguna ciencia social, intrínsecamente compleja y combinada de elementos y factores normativos, como supra o intra normativos, sin que por esto la ciencia jurídica deje de ser ciencia, sino que se constituye en una ciencia distinta a la ciencia exacta -ni tienen por qué ser iguales- con su propio método y objeto de estudio. Aceptar el Derecho como Derecho y no ya como simple Ley positiva, es un problema para el riguroso positivista y para la construcción de axiomas fundadores de edificaciones cuyas hipótesis iniciales, si resultan cuestionadas o invalidadas, lo serán también los sistemas en su conjunto. Por ello la ciencia jurídica aun siendo ciencia social, no por esto deja de ser ciencia, como la ciencia no deja de ser social²¹.

Toda escogencia implica valoración: tanto el positivista como el iusnaturalista toman para sí sistemas de valores, sin que haya neutralidad axiológica tan acusada para la ciencia exacta, empírica o analítica. Lo llamado metajurídico, pues, en relación con la sustancia jurídica, ya no queda en la dimensión de lo *meta* sino que se le adhiere, en tanto manifestación social, todo un conjunto de elementos históricos, sociológicos, políticos, económicos, filosóficos e, incluso, el derecho no escrito que incluye a la costumbre y a los principios generales del Derecho, razón por la cual el ordenamiento jurídico trasciende e incorpora a la norma positiva. En efecto, el término *Derecho* es más amplio que el de *Ley*, lo cual fue claramente puntualizado por el entonces Tribunal Constitu-

21. Incluso, en la actualidad existen corrientes científicas que cuestionan la pureza de la denominada ciencia exacta o empírica. Puede escucharse la airada voz de NAES, “¿Porqué no ciencia también para anarquistas?”, *Cuadernos Teorema*, n° 53, Valencia 1979, pp. 55-57, donde reclama que la ciencia no le dice la verdad al poder, sino que se transforma en su instrumento para la creación de nuevos y terribles ingenios bélicos y antiecológicos. Asimismo enumera sus críticas, las cuales podrían sintetizarse así: a) La ciencia moderna no es políticamente neutral; b) Los científicos no atacan su propia posición de privilegio; c) Los científicos apoyan la ingeniería social irresponsable; d) Hay crueldad para con los animales y los hombres, carencia de respeto a la dignidad personal, e) No es cierto que la ciencia por su propia naturaleza apoya la democracia y la libertad; f) es falsa la enseñanza de que la ciencia no requiere de filosofía o metafísica, toda vez que encierra en sí misma una base intelectual indiscutible; g) la llamada racionalidad científica en la mayoría de las veces es una absurda confianza en el intelecto, en detrimento del espíritu; h) “La ciencia es, por su propia metodología, apta para apoyar el “reduccionismo” y el positivismo, para destruir lo maravilloso...” i) Tiende la ciencia a favorecer el distanciamiento entre el hombre y la naturaleza. La crítica de NAES no es tanto una crítica a la ciencia como al científico. Y es, a su vez, una visión tan reduccionista como el mismo reduccionismo criticado. Sin embargo, creemos, toca factores relacionados, con suma sinceridad, con nuestra “civilización tecnócrata”. El propio BUNGE dice que la ciencia es un sistema de valores y fuente de valores. V., *Ética y Ciencia*. Editorial Siglo Veinte, Buenos Aires 1972. O cuando POPPER indica que la “objetividad científica” y la “neutralidad valorativa” son ya los valores y no neutralidad. V., *La Lógica de las Ciencias Sociales*, Grijalbo, Barcelona 1973, p. 112. Tampoco hay neutralidad en la ciencia, toda vez que la actividad científica se desarrolla sobre sistemas de valores, como son la verdad, el progreso, etc. Pretender tal neutralidad es decir que la ciencia no tiene relación social y es eminentemente abstracta, lo que no es cierto. V., del autor: *Ideología y Ciencia*, Fernando Torres Editor, Valencia 1976, pp. 135-136. Para KUHN, T, todo cambio científico es un proceso histórico -psicológico- sociológico, dinámico, realmente complejo. V., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1970. Lo anterior en relación con la teoría paradigmática, sin que la misma tenga un sentido unívoco y simple. En tal perspectiva V., MASTERMAN, “The nature of a paradigm”, en *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, 1074, pp. 59-89.

cional de Alemania Federal para definir el alcance, en apariencia contradictorio, entre los numerales 20,3 y el 97,1 de la Ley Fundamental de Bonn (Constitución de Alemania Federal).

Cierto, sobre la discusión de que los Jueces quedaban sujetos a la *Ley y al Derecho* (artículo 20) o solamente a la *ley* (artículo 97), la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron por la concepción compuesta de la *Ley y Derecho* equivalente a ordenamiento jurídico, más amplio y abarcador que la letra positiva de la Ley²².

Es así entonces que en tiempos históricos diversos y con sus propias modalidades circunstanciales, salen a la luz diversos textos constitucionales que de una u otra forma plasman a la democracia como sistema de organización y actividad estatal y social. Entre ellas, a manera de ejemplo, cabrían citar a las constituciones de Alemania, Italia, Francia, España, y en América Latina a las de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Perú.

Dice al texto el numeral 20,1 de la Constitución de Alemania Federal: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”. Sin que exista en la actualidad la división de Alemania, se consagró para ella la fórmula *Estado democrático* que supone al Estado de Derecho, sin que sea a la inversa, con énfasis primigenio y originario en la forma política y social democrática. Y ello podría tener una explicación histórica. En efecto, también el Tercer Reich se abanderó como *Estado de Derecho*, para lo que sirvió en parte el material elaborado por Carl Schmitt, en estricta referencia a la unidad del Estado y el Derecho -su innovado Derecho- con divorcio de los altruistas valores democráticos²³. No hay duda que para la nueva Alemania su sistema político queda regulado por los parámetros democráticos en la visión comprensiva que va desde la estructura del Estado en y para la libertad, hasta el derecho participativo del ciudadano con su zona jurídicamente protegida.

También la Constitución de Italia en su artículo 1 dice: “Italia es una República democrática basada en el trabajo”. Ha sostenido un distinguido autor: “... bien puede decirse que la noción de *estado democrático* comprende hoy una extensa gama de soluciones, todas ellas caracterizadas por el reconocimiento, al menos teórico, de que corresponde al pueblo, es decir, a la generalidad de los ciudadanos considerados colectiva e igualitariamente, la competencia para adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad”²⁴. Asimismo la fórmula del constituyente italiano fue la de *república democrática* que da por cierto y obtenido el Estado de Derecho, tanto a través del sistema republicano (cuya puntualización moderna fue anticipada por Maquiavelo y Montesquieu, con retomo de la *res publica* romana), como por la organización política democrática. Empero, quedó incorporado el derecho de participación popular para la

22. Esa misma dimensión englobadora de “Ordenamiento jurídico”, queda consagrada en los numerales 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, donde las normas no escritas -costumbre, jurisprudencia y principios generales del Derecho- son parte integrante del Ordenamiento jurídico administrativo donde, a su vez, la normativa no escrita servirá para complementar, en su texto, el ordenamiento escrito en caso de suplencia no así por insuficiencia de la ley escrita.

23. SCHMITT, Carl: “Der Rechtsstaat”, en *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, editado por el Dr. Hans Frank, München 1935, pp. 3-10. También V., mi estudio, con amplia referencia bibliográfica: “Legalidad y Legitimidad del Estado Constitucional”, en *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, 1999, pp. 172-176. Asimismo GÓMEZ ORFANEL, G., *Excepción y Normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pp. 251-272.

24. PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 1984, T.I, p. 23. También CROSA E. “IL fattore politico e la costituzione” en *Scritti in onore di Raneletti*, Padua 1931, pp. 148 y ss.

eventual toma de decisiones políticas y jurídicas, lo que es posible por medio del referéndum popular (artículo 75) para otorgar la aprobación total o parcial de una ley o de un acto con valor de ley, según sea requerido por lo menos por quinientos mil electores o por cinco Consejos regionales.

Reza la Constitución de Francia en su artículo 2: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”. Permanece, pues, el sentimiento republicano (la V República) propio de la concepción moderna del Estado que da por incluido al Estado de Derecho.

En América Latina existe semejante lineamiento constitucional europeo en favor del Estado social y democrático de Derecho. Así la Constitución de Colombia dice en su artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”. Dice la Constitución del Paraguay en su artículo 1: “La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho...La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa...”

Señala el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “La República Federativa de Brasil, formada por la unidad indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ...IV los valores sociales del trabajo y de libre iniciativa...”

Dice la Constitución de Perú en su artículo 43: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana...”. Por su parte la Constitución de Argentina, con su profunda reforma parcial de 1994, si bien no proclama al Estado como democrático, social y de Derecho, su contenido dogmático no deja de evidenciar la presencia de las libertades individuales, los derechos sociales y la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas fundamentales, tales como la iniciativa popular en la presentación de proyectos de ley al Parlamento, con exclusión de reformas constitucionales, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal (artículo 39); la consulta popular vinculante con rango de promulgación automática en caso de voto afirmativo; y por medio de la consulta popular no vinculante (artículo 40)

Sostiene la Constitución de Costa Rica en su numeral 1: “Costa Rica es una República Democrática, libre e independiente”. El Estado de Derecho queda, pues, esbozado por la misma fórmula *República democrática* que a su vez, creemos, sobrepasa los límites clásicos del Estado de Derecho para incorporarse en la dinámica moderna de la participación popular o ciudadana. En análoga situación se perfila la Constitución francesa.

Si tomamos ahora la Constitución Política de Polonia (1997), en representación de la modalidad estatal ex - marxista bajo el otrora dominio militar y logístico de la ex Unión Soviética, resulta halagadora la lectura -amén de todo el texto- del artículo 2: “La República de Polonia es un Estado democrático de derecho con ejercicio de los principios de la justicia social.”

Tal vez la más explícita de las anteriores Constituciones sea la de España (artículo 1,1): “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Sin duda alguna la Constitución de España mantiene una definición que sintetiza excelsamente la inquietud del actual constitucionalismo: el Estado social, democrático y de Derecho. Sin embargo también es cierto que la Constitución de España enumera inicialmente el Estado social, y luego el democrático, lo que le

ha valido cierta crítica de la doctrina doméstica. En efecto, dice un autor en sus comentarios a la Constitución: “Creemos que la inversión no es correcta, debiendo ir en primer término la palabra *democrático*. Un Estado puede tener un carácter eminentemente *social* y no ser democrático, al menos en las definiciones constitucionales, y ello acontece frecuentemente con los sistemas autoritarios”²⁵.

Ahora bien, creemos que con la inclusión expresa del Estado democrático, aun siendo posterior al Estado social, no se invalida ni desnaturaliza el contexto global e irrenunciable de esa aparente dicotomía cuya solución se funde en la unidad constitucional. El orden no altera el producto y menos aún cuando deviene de una nítida norma cuya primacía originaria es incuestionable. Y en la unidad del texto constitucional tal trilogía del Estado democrático, social y de Derecho encuentra claro acomodo complementario sin exclusión ni contradicción entre sí.

En todos los textos citados la democracia ocupa un lugar preferente y esencial como *ratio* constitucional. Y ella queda incardinada al imperio de la ley como expresión de la voluntad popular y a la participación ciudadana en los asuntos de interés público. La dimensión democrática del Estado constitucional permite acercar dos ángulos extremos: el Estado y la sociedad, sin que la sociedad sacrifique al Estado ni el Estado a la sociedad. Debe ser la garantía para la efectiva integración -no confusión- de la sociedad en el Estado y por el Estado, en pleno goce del ejercicio soberano de su autorregulación normativa en estrecha relación con la voluntad popular mayoritaria y con respeto de la voluntad minoritaria, ambas como expresión legítima de la libertad. Así, entonces, el Estado democrático es un Estado *societario* integrado a la sociedad y ésta con el Estado.

Tal Estado imbuido de la participación ciudadana, en diálogo y acción, no se consume simplemente en la dimensión social del Estado benefactor. Es esto y todavía más, pues el Estado societario tiene relación directa y sustancial con la democracia participativa, sin que se agote en las políticas económicas y jurídicas de acercamiento entre las distintas esferas sociales. Ha señalado con precisión E. Forsthoff: “El Estado liberal de Derecho, es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza”²⁶.

La democracia queda pues identificada con el Estado constitucional, y así debemos asistir a la participación en libertad y en proyección de apertura constante, donde los dados nunca están tirados de antemano ni el futuro preconcebido, a falta de disposiciones esotéricas y sin brujos ni hechiceros postrados en una simple concepción que pasa a ocupar el sacrosanto nivel de la verdad (mentira) oficial. De lo contrario, el dogma estaría sobre la razón, la imposición sobre la participación y la autoridad sobre la libertad.

25. BELMONTE, José: *La Constitución. Texto y Contexto*. Editorial Prensa española, 1979, p. 67. También existe otra crítica a la norma transcrita del artículo 1 de esa Constitución, la cual ya fue expuesta en el Senado de ese país por el profesor OLLERO GÓMEZ: “la frase “España se constituye...” sólo tiene sentido si nos situamos en un momento previo a la aprobación y promulgación del texto Constitucional, pero a partir del día en que la constitución entre en vigor, España deja de constituirse para quedar constituida en la forma que la Constitución prescribe. Por consiguiente, propuso que la citada frase se sustituyese por “España es...”. No se aceptó su enmienda, pero hay que reconocer que no le faltaron razones”. V., el análisis de GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, 1985, T.I, p. 24.

26. Del autor, “Problemas constitucionales del Estado Social” en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p. 49.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política

La Constitución de Costa Rica tiene algunos principios de participación ciudadana, con lo cual aumenta el espíritu proyectivo de su Preámbulo que exalta la *fe en la Democracia*, como la carga ideológica del artículo primero: “República democrática...”.

Existen muchas formas de participación ciudadana desde la participación activa en un Colegio profesional como ente público no estatal, hasta el derecho-deber ciudadano en las elecciones populares. De esa manera encontramos diversos numerales que garantizan tal participación. Así el artículo 9 define al gobierno de la República como “popular, representativo, alternativo y responsable” en relación con la categoría cualificada de *ciudadano*, que es el costarricense mayor de edad que puede ejercitar “el conjunto de derechos y deberes políticos” (artículo 90), salvo por el régimen excepcional de interdicción o por sentencia penal dictada al efecto (artículo 91) El sufragio como actividad política constitucionalmente garantizada es una “función cívica primordial y obligatoria”, ejercitada por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil ante las Juntas Electorales (artículo.93.) Compete al Tribunal Supremo de Elecciones, que mantiene el rango de un Poder del Estado (artículo 9), convocar a elecciones populares y ejercitar todas las técnicas formales y materiales para que los “procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas” (artículo 102). Cada cuatro años (artículo 134) se eligen los representantes del Poder Ejecutivo como órgano constitucional; los diputados de la Asamblea Legislativa, electos por provincias (artículo 106), los regidores municipales para la formación de esos Gobiernos locales (artículo 169).

También existen derechos procesales, conjuntamente con el derecho de acción procesal, en las diversas instancias jurisdiccionales y administrativas. El ciudadano se hace copartícipe, aunque sea de forma refleja, del control de los poderes públicos y del orden social, sea para la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, o a través de la acción pública penal y en espera de la aceptación expresa jurisprudencial, por virtud de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículo.75), de la acción popular (interés legítimo objetivo) para la defensa de los intereses colectivos y los intereses difusos, aun cuando esté aceptada la legitimación objetiva, para la interposición de la acción de inconstitucionalidad directamente, sin que se requiera de un asunto previo judicial o administrativo, lo cual ha sido confirmado en materia de protección ambiental o para la defensa del patrimonio histórico o cultural, entre otros ejemplos.

En todo caso, para refuerzo de la tesis a favor de la acción popular, ya hemos entregado al Poder Judicial un proyecto del nuevo Código del Proceso Contencioso Administrativo donde, en materia de legitimación activa, se acepta la acción popular para la defensa de los intereses colectivos y los difusos, o cuando una así ley lo disponga. También ha quedado incorporado la acción vecinal en materia municipal amén de muchos otros institutos de vital importancia para el derecho interno y comparado.

Todo el conjunto de derechos procesales y materiales han de regularse por el principio de igualdad consagrado en el numeral 33 de la Constitución de Costa Rica, como parámetro sustancial en el ejercicio de los deberes y derechos democráticos. El artículo

39 *ibid* realza el debido proceso como derecho fundamental. El numeral 41 consagra el derecho de acción procesal para las acciones de inconstitucionalidad (artículo 10); hábeas corpus y amparo (artículo. 48); contencioso administrativa (artículo 49); laboral (artículo 70); penal (artículos 37 y concordantes) y, por derivación del mismo artículo 41, se hace extensible a cualesquiera de las acciones procedimentales y procesales requeridas para la satisfacción reparadora de los daños y perjuicios ocasionados, sean de incidencia material o inmaterial.

Asimismo, en el encuentro de los valores de libertad, se garantiza la libertad de asociación (artículo 25); también la libertad de reunión para la discusión de intereses públicos y el control de la conducta de los funcionarios públicos (artículo 26) Existe garantía para el ejercicio de la libertad de petición (artículo 27) la cual he subdividido en derecho de resolución y derecho de información²⁷; la libertad de acceso a las oficinas públicas para información sobre asuntos de interés público, salvo secretos de Estado (artículo 30).

En lo que se refiere al pueblo como sujeto ideal subjetivo de la ordenación jurídico-política fundamental, y como fuente causal de la ubicación doctrinaria de las democracias, está la subordinación a tal voluntad para la potestad de legislar (artículo. 105), para la conformación del Gobierno (Poder Ejecutivo) (artículo 9) y para los procesos de elección popular a niveles nacional, provincial y regional.

El plebiscito, en cuanto consulta popular de grado provincial, lo impone la Constitución, para su reforma, ante el eventual cambio de la actual división territorial del Estado, en cuyo caso debe ser votado y aprobado el proyecto de creación de nuevas provincias, con desmembración de las afectadas (artículo 168) El plebiscito así, por mandado supremo, es vinculante y obligatorio para los congresistas, el cual siempre queda sujeto a la voluntad popular organizada.

2. El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública

A. Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos

La doctrina no es pacífica en la interpretación que hace de la naturaleza jurídica de las disposiciones reglamentarias. En términos simples y coincidentes bien podría caracterizarse al reglamento como una actuación administrativa de alcance general, de rango inferior a la Ley pero con inserción en el ordenamiento jurídico escrito. Es el reglamento, entonces, una disposición normativa dictada por la Administración Pública.

La Ley y el reglamento tendrían así algo en común, pero solamente eso: el rango de la normativa escrita. En lo restante son totalmente distintos, como que la ley es la manifestación de la voluntad popular siempre superior a la manifestación administrativa, en cuanto soporte sustancial de la estructura política. Por ello la Administración queda subordinada a la voluntad legal, a su letra y a su espíritu, sin que pueda contradecir, violentar, disminuir, sustituir o eliminar la voluntad legal que impone respeto y seguimiento, con límites y atribuciones para la ulterior regulación reglamentaria. En todo caso, los

27. V., mi trabajo: "La Libertad constitucional de petición y su efectiva protección jurisdiccional en la vía de Amparo", *Revista Iustitia*, n° 53, mayo 1991, pp. 8 14.

reglamentos quedan sujetos a la voluntad popular expresada en la actividad legislativa (la ley), lo que a la postre convierte la voluntad administrativa en un efecto necesario de la otra voluntad superior, impulsora y guía de la subordinada.

Sin embargo también podría suponerse la competencia reglamentaria desde la normativa constitucional, lo que no invalida, en modo alguno, la presencia de la voluntad comunitaria. De una parte, por la vigencia de la norma constitucional en plena confirmación -implícita o expresa- de su contenido regulador que forma parte no sólo de la legalidad sino de la legitimidad (en principio). De otra parte, por devenir de la fuente primaria y originaria cuya configuración, generalmente, y en lenguaje democrático, es el resultado de la acción concertada entre todos y cada uno de los sectores políticos, económicos y sociales en el proceso constituyente o en la adaptación de la Constitución desde el poder constituyente constituido o acaso desde la perspectiva flexible.

A su vez encontramos en la actualidad dos sistemas jurídicos diferentes del común denominador, distanciados por sus posturas extremas: el francés y el anglosajón. El primero que, con la Constitución de 1958, se lanzó en favor de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, sin necesidad de la previa existencia legal ordinaria y a favor de la derivación automática de la Constitución Política. Por esto lo que es residual de la ley rige a favor del Ejecutivo y su potestad reglamentaria, no así la disposición legal cuyo contenido regulado está previamente tasado. Dice en lo conducente el artículo 37 de la Constitución francesa: “Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario...”

El sistema inglés, en cambio, ha suplido el vacío constitucional de la potestad reglamentaria por delegaciones legislativas hacia el expreso reconocimiento de la potestad normativa del Ejecutivo. Entre ambos sistemas es éste el puritano que sigue el principio de la separación de poderes, hoy división orgánica de funciones.

En todo caso, los reglamentos siempre deben garantizar la continuidad de los sistemas políticos en libertad y para la libertad, pues en ellos nacen para garantizar una mayor agilidad administrativa en el cumplimiento de sus cometidos *ad intra* y *ad extra*, con plena sujeción al control judicial que garantice, aún con aplicación de la discrecionalidad, la subordinación al principio de legalidad entendido como principio de sujeción objetivo ordinamental.

En esa misma postura de judicialización del sistema, debemos resaltar el artículo 106 de la Constitución española que en lo conducente expresa: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Desde la perspectiva positiva, en relación íntima con la doctrinaria, nuestro ordenamiento jurídico administrativo (artículos 120 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-LGAP) sostiene la equiparación del acto administrativo con el reglamento. Este, a su vez, es un decreto de alcance normativo, siendo los decretos actos administrativos de alcance general, a diferencia de los acuerdos que aún siendo actos administrativos, son de alcance concreto.

Hay en nuestro ordenamiento jurídico administrativo distintas caracterizaciones de los actos, sean o no de alcance normativo, sean de efectos generales o concretos (acuerdos) y sean internos o externos según su relación o no con los administrados (ciudadanos),

clientes o usuarios de los servicios públicos. En esta tesitura, todo reglamento es un decreto pero no todo decreto llega a ser siempre un reglamento²⁸.

Un acuerdo administrativo nunca podría ser decreto ni reglamento. Por lo anterior, los actos administrativos podrían ser internos y externos, generales o individuales, reglamentarios o no reglamentarios. Encontramos así dos grandes contextos de la actuación administrativa: los hechos administrativos y los actos administrativos, y dentro de éstos los actos reglamentarios que aún siendo normativos son también actos administrativos²⁹.

Al participar los reglamentos de la misma naturaleza que los actos administrativos con sus propias particularidades definidas y caracterizadas por ley, se hacen copartícipes de igual régimen de impugnación en sede administrativa, sea a través de los recursos ordinarios (revocatoria; reposición y apelación) o por el recurso extraordinario de revisión. Y, asimismo, coparticipa del contexto general de nulidades: la mera anulabilidad o la nulidad absoluta. Por consiguiente, un reglamento podría tener vicios que no sean necesariamente sustanciales sino simplemente formales, de manera parcial o totalmente. Y al ostentar la misma naturaleza de los actos administrativos, amén de lo indicado, cabe agregar la posibilidad de que un reglamento, a falta de impugnación en tiempo y forma, tanto en el procedimiento con vicios de plena nulidad (4 años) como en el proceso (4 años), se transforme, desde su eficacia y ejecución, en el equivalente al acto válido aún adoleciendo de vicios de nulidad absoluta. El tiempo así mal aprovechado por la omisión de accionar de algún interesado, sumada a la inescrupulosa e ilegítima pasividad administrativa, permite al final que lo inválido sea ejecutado, girando a su favor el escudo de la inimpugnabilidad por parte interesada o para la anulación de oficio. De esa forma, a nivel administrativo (LGAP), topamos con una grave paradoja: los actos viciados de plena nulidad no tienen a su favor el principio de presunción de legitimidad de los actos ni puede ordenarse su ejecución; sin embargo, transcurridos los plazos fatales de impugnación y revisión oficiosa, se imposibilita la reversión *in radice* sin que por ello se conviertan en válidos pero eventualmente mantendrían su grado de ejecución. Quedarían dos vías, en principio para su revisión y eventual anulación: una procedimental a través de la denuncia que no obliga a la Administración y otra procesal por la acción de Amparo ante la Sala Constitucional, sin que pueda prescindirse del acto de aplicación individual, por reiterado criterio jurisprudencial, a no ser para una potencial acción de inconstitucionalidad por acción directa, de conformidad con el artículo 75

28. En ese mismo lineamiento ver, entre otros, en la doctrina italiana: GIANNINI, M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali. Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, en Foro italiano, 1954, IV, p. 220.

29. Esta tesis es mantenida por GARRIDO FALLA "Los reglamentos son fuente para la Administración pero proceden de ella misma. Esto determina que ofrezcan una doble vertiente: por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo (norma agendi), por lo que, según la conocida expresión de HAURIUO, vienen a integrarse en el llamado "bloque de la Legalidad", que se impone a la propia Administración en su actuación concreta". Del autor *Tratado de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, Novena Edición, T.I, p. 363. En semejante postura, con un análisis crítico de la posición contraria mantenida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y otros autores que seguidamente destacaremos, está ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Quinta Edición, Madrid 1976, pp. 90 a 108. En análoga posición V., BENVENUTI F., "La impugnación de los reglamentos", en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, pp. 550-551. Por su parte sostiene VEDEL G. en la perspectiva francesa: "El acto reglamentario no es más que una variedad de la decisión ejecutoria; es uno más entre los actos administrativos; no participa para nada de la soberanía ni de la infalibilidad de la ley". V., *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid 1980, p. 149-150. Los reglamentos son, en síntesis, decisiones ejecutivas generales e impersonales.

de la Ley de Jurisdicción Constitucional, para la defensa de los intereses colectivos y difusos.

En razón de lo anterior y con seguimiento de la lógica intrínseca para los actos viciados de plena nulidad, hemos propuesto en el referido proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo una vía intermedia que haga posible la impugnación con apertura de plazo, una vez vencido un plazo anual para que las partes o la Administración de oficio ataquen el acto viciado, con efectos *ex tunc*³⁰. De esa forma, en la dinámica propuesta de *lege ferenda*, si se está ante actos con tal grado de patología extrema, y continúan surtiendo efectos, podrían ser objeto de impugnación con dimensionamiento *ex post* o *ex nunc* a partir de la declaratoria de la nulidad. De tal manera que se atiende una inquietud sobradamente fundada ante los actos viciados de nulidad absoluta: la imposibilidad de apertura impugnatoria o de revisión oficiosa, aun cuando su ejecución permanezca en el tiempo.

Por lo anteriormente indicado, si identificamos al acto administrativo con el reglamento, tendríamos que aceptar la posibilidad de que éste pueda ostentar vicios de mera anulabilidad o nulidad relativa, lo que podría dar paso al saneamiento, convalidación y conversión (aspecto éste extensible a los actos de nulidad absoluta según criterio de la LGAP.-Art. 189- lo cual es sentido estricto no debiera ser, porque una nulidad extrema no se convierte, simplemente debe desaparecer para dar nacimiento a un nuevo acto jurídico), lo que permite la corrección del acto viciado a pesar de ser normativo y estar incorporado al ordenamiento jurídico escrito.

Sin embargo hay otras puntualizaciones dignas de ser resaltadas en materia reglamentaria. En efecto, existen en la LGAP distintas disposiciones para la amplia gama de actos administrativos. Una de ellas se adentra en la teoría a favor de “las reglas y principios que regulan los actos administrativos” (artículo 6,3): para todo aquello que no esté regulado para los reglamentos, en cuanto actos generales de alcance normativo, se aplica el régimen común de los actos en general. También se dan claras puntualizaciones para los reglamentos, como la prohibición de dictarse reglamentos autónomos relacionados con los derechos constitucionales, a no ser por los reglamentos ejecutivos con previa ley habilitante (artículo 19), o la imposibilidad de dictarse penas e imponer exacciones, tasas, multas o cargas similares (artículo 124), lo cual es extensible a todo acto administrativo de carácter general.

Tampoco puede darse las administraciones potestades reglamentarias de imperio que afecten los derechos de los particulares “extraños a la relación de servicio” (artículo 12,2) Sin embargo pudiera suponerse, *contrario sensu*, el advenimiento de esa potestad cuando afecten los derechos de los particulares en sus relaciones de servicio con la Administración. Empero tal dinámica sacada a relucir por exclusión interpretativa, tiene una exigida agudización legal. En primer término, debe distinguirse para efectos prácticos los derechos del ciudadano y, en segundo orden, los derechos de los ciudadanos en la relación funcional de servicio. La Administración no puede dictar ni ejecutar actos reglamentarios internos ni externos que afecten los derechos de los administrados (ciudadanos) (artículos 103,1 y 122) En caso de ejecución de tales actos cabría la responsabilidad del Estado o corresponsabilidad de éste con el o los funcionarios singularizados. Ahora bien, resulta ser posible la existencia de actos internos de relevancia externa, re-

30. Dice el artículo 175 de la LGAP: “Caducará en cuatro años la potestad del administrado para impugnar el acto absolutamente nulo en vía administrativa y jurisdiccional, sin que se apliquen al respecto los plazos normales de caducidad”. Sostiene el artículo 173,4: “La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo caducará en cuatro años”.

gulados por ley, por reglamento “u otra norma cualquiera del Estado”, que no afecten los derechos del ciudadano. Como también sería viable la vía reglamentaria con afectación de los derechos de los funcionarios públicos en su relación de servicio con la Administración, los cuales son actos internos que adquieren rango de actos externos, sea frente a los ciudadanos o ante los tribunales comunes (artículo 123). Puede así haber potestad de imperio a nivel reglamentario, de cuyo cumplimiento se afectan los derechos de los servidores en su relación de servicio con la Administración, sin que ello sea válido ni eficaz para actos internos o externos contra los derechos de los ciudadanos.

Hay otro sector de la doctrina que sigue una traza distinta a la mantenida en la LGAP, hoy prevaleciente, que distingue el acto administrativo del reglamento, aún siendo éste un acto de la administración³¹.

Seguidamente, bien haríamos en englobar los argumentos fundamentales de esta postura distanciada de la otra: A) El reglamento se incorpora al ordenamiento jurídico pues su carácter es normativo u ordinamental. B) Los reglamentos que tengan vicios, son siempre vicios de nulidad absoluta, con lo que se trasciende el vicio formal del sustancia, sea por violación del debido procedimiento tasado por ley, o por violación de un reglamento de rango superior. Así, pues, el régimen exclusivo de nulidad para el reglamento es el de la plena nulidad, mientras que para el acto administrativo el régimen normal es el de la mera anulabilidad, siendo excepcional el de la nulidad absoluta. C) El reglamento no puede derogarse de manera singular por su trascendencia jurídica, sin que pueda un acto administrativo contradecirlo o desaplicarlo aún cuando tal acto provenga de la misma autoridad o de una autoridad superior que dictó el mismo reglamento. El reglamento, por su contexto normativo adquiere naturaleza de aplicación abstracta y permanente. No se agota con su cumplimiento a diferencia del acto administrativo que así lo hace. D) La potestad reglamentaria recae en los órganos a los que las normas de producción atribuye específicamente. En cambio para el dictado de actos administrativos generales no se exige el pronunciamiento de las normas de producción. Sin embargo, esta postura también ha sido criticada parcialmente por un distinguido autor³². En efecto, entre sus fundadas críticas podrían destacarse las siguientes: A) La tajante distinción entre acto y reglamento no adquiere la transparencia acusada. B) Se debe admitir que los principios de la generalidad y la abstracción reglamentaria están en crisis. Sin embargo, en su criterio, en lo que coincide con la doctrina en general, no puede admitirse la singularidad normativa y de aplicación reglamentaria. Ahora bien, a pesar de lo anterior, existen reglamentos singulares en el único ámbito interno de la organización administrativa como unidad organizacional. También existen reglamentos *singularizables* cuyo número de destinatarios es determinado, pero no exclusivo, con grado de generalidad aplicativa para hipótesis semejantes hacia el futuro. Debe diferenciarse, pues, entre reglamento singular y reglamento singularizable. C) El criterio positivo aunado al principio de consunción o extinción del acto administrativo, cuando éste se cumple y aplica, a diferencia de la trascendencia reglamentaria, no explica la trascen-

31. En tal sentido se expresan GARCÍA DE ENTERRÍA en: “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, en *RAP* n° 29, p. 161, cuyas ideas son retomadas y ampliadas en: *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid 2da de 1981, *in totum*. Asimismo, en unidad con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, V., *Curso... op.cit.* pp. 104-107. También de este último autor: *Derecho Administrativo Económico*. UNED, Madrid 1980, pp. 63-64. En este mismo encuadre doctrinal, entre otros, BOQUERA OLIVER, “La publicación de disposiciones generales”, en *RAP* n° 31, MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid 1979, pp. 129-131.

32. Me refiero a SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Madrid 1987, pp. 515-517.

dencia o permanencia habida en algunos actos administrativos singulares. A manera de ejemplo está el nombramiento de un funcionario público, cuyo acto no se extingue o consume por el nombramiento ni por la toma de funciones, antes bien por el contrario, el acto continúa siendo eficaz con el desempeño funcional o en otras hipótesis con la ejecución del régimen funcional. D) Entre el acto administrativo singular y el reglamento hay toda una escala progresiva de generalidad o acaso regresiva de singularidad, que no permite la nítida distinción fronteriza entre acto y reglamento, siendo imposible destacar los mojones separadores con criterio seguro e irrefutable. E) El problema de la distinción *es un falso problema* pues todo puede reducirse al tratamiento dado por el legislador -o por las leyes- en la aplicación de regímenes jurídicos diferentes para los reglamentos y para los actos administrativos.

Este último criterio se hace copartícipe, entonces, con sus propias matizaciones, de la universalidad de tratamiento entre acto administrativo y reglamento, con favorecimiento por la unidad legal para ambas dimensiones en una sola realidad jurídica. Pero con ello, creemos, no queda satisfecha el problema práctico de su fusión sustancial, la cual ha sido sobradamente rebatida por otro sector ya comentado de la doctrina. Y todo radica, en esencia, en una verdad incuestionable: el alcance normativo del reglamento y los elementos constitutivos y diferenciables de los típicos actos administrativos.

B. Distintos tipos de reglamentos

Suele hacer la doctrina elaboraciones abundantes de tipologías reglamentarias, con reducción al fin, bajo la perspectiva práctica, a tres tipos de reglamentos: los mal denominados ejecutivos, que en el fondo son reglamentos de complementación legal, toda vez que un reglamento válido siempre debe tener la fuerza ejecutiva; los reglamentos independientes, autónomos o de organización administrativa; por último, los reglamentos de necesidad, en la aplicación excepcional y temporal frente a situaciones sobrevenidas con calidad de emergencia.

Siguiéndose en parte con la trilogía expuesta a mediados del siglo XIX en la doctrina alemana por Lorenz Von Stein, en relación con los distintos tipos de costumbre, se elaboró una visión que en cierto modo ha perdurado hasta la actualidad: *extra o prater legem*; *secum legem* y *contra legem*. Matificamos con la brevedad del caso esa tipología reglamentaria.

(a) Los denominados reglamentos ejecutivos

Son los reglamentos ejecutivos aquellos que amparados al contenido de una ley anterior la complementan, con el desarrollo de regulaciones materiales y formales para la mayor flexibilidad y adaptación aplicativa de las decisiones administrativas. Esto ha permitido que se haya acusado a estos tipos de reglamentos de ser fuente derivada de Derecho en relación con la denominada fuente originaria que sería la ley. Es lo que Von Stein denominó, en referencia a la costumbre, *secundum legem*.

En el contexto positivo de nuestra Constitución, el artículo 140 inciso 3) otorga al Poder Ejecutivo en sentido estricto (Presidente y respectivo Ministro del ramo) la potestad de reglamentar las leyes.

En este tratamiento de la potestad reglamentaria, ha dicho la jurisprudencia constitucional patria, en relación con los principios rectores de una democracia activa: “La facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye, por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal trasgresión viola flagrantemente el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucionales”. (SCV 0031-95, también 1130-90; 1635-90; 1876-90 y 243-93).

En lo que respecta a la jurisprudencia indicada en materia específica de la potestad reglamentaria ejecutiva, se ha dicho, entre mucho, lo siguiente: “Como tesis de principio, puede afirmarse que la potestad reglamentaria, esa competencia que se le asigna al Poder Ejecutivo de desarrollar la ley (reglamento ejecutivo) no es un poder-deber en sí mismo, puesto que dependerá del contenido de la propia ley, el que aquel se vea obligado a desarrollar algunos de sus principios, pues correspondiendo al Ejecutivo aplicar o velar por que la ley se aplique, en tanto sea necesario para ellos decidirá su reglamentación. Es decir, la reglamentación se otorga al Ejecutivo como un instrumento que facilita el ejercicio de administrar”. (SCV 2934-93)

Asimismo: “Dentro de los reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina *Reglamento Ejecutivo*, mediante el cual ese Poder en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias, el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía. Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en legislador”. (SCV 2934-93) “...sólo los reglamentos ejecutivos pueden desarrollar los preceptos de las leyes entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su *contenido esencial*”. (SCV 2934-93)

(b) Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización

Son reglamentos independientes aquellas disposiciones autónomas para la organización interna de los entes y órganos administrativos; hasta de los órganos fundamentales del Estado y de rango constitucional.

La potestad reglamentaria de organización puede devenir expresamente del texto constitucional o acaso implícitamente, o por derivación de la potestad discrecional administrativa para la satisfacción de los intereses públicos, siempre cambiantes en el tiempo y el espacio. Se ha insistido, en parte, que los reglamentos independientes, autónomos o de organización ostentan el rango de norma primaria, no así secundaria por la no complementación necesaria de la ley anterior que autoriza y exige su desarrollo ulterior. Sin embargo, es cierto también que aún sin ley anterior no puede el reglamento autónomo contradecir ni derogar la ley por virtud de las fuentes materiales del ordenamiento, incluso aquella otra dictada en sustitución del reglamento para efectos entera-

mente de organización. La potestad reglamentaria en todo caso se deriva de una u otra manera de la Constitución Política, sea escrita o no, lo que al final de cuentas se traduce en la normativa autorizante y causal de forma expresa o implícitamente, de manera directa o reflejamente. Los principios del servicio público de la igualdad, continuidad, eficiencia y adaptabilidad a los cambios sobrevenidos de hecho y de derecho, en ocasiones están identificados en el texto Constitucional, aunque sólo sea parcialmente. En nuestro sistema positivo por virtud de la LGAP, tales principios quedan insertos en el conjunto de la actividad y organización administrativas, sobre los cuales descansa el ejercicio discrecional para satisfacer los intereses públicos nunca confundidos con los intereses de la Administración ni con los intereses egoístas del particular.

Por consiguiente los reglamentos autónomos o independientes son originarios en su materia reguladora a falta de ley anterior y de contenido apenas tímido y parcial. Pero nunca podrían ser originarios o primarios como si nacieran con absoluta independencia del ordenamiento jurídico, cuya discrecionalidad aplicativa, siempre, debe estar regulada por los parámetros prefijados de la legalidad en su dimensión escrita y no escrita, o si se quiere de la Ley y el Derecho (artículo 103 de la Constitución española) Aunque sean tales reglamentos independientes quedan siempre subordinados a los límites de la potestad reglamentaria, sin que puedan ubicarse por encima de la voluntad popular expresada en la ley -principio democrático- o de la comunidad políticamente organizada que la posibilita y protege, tanto en función de la legalidad como de su legitimidad.

Estos reglamentos autónomos o de servicio quedan adentrados en el ejercicio de la potestad organizacional de las administraciones públicas y de otros órganos que, en la creación y manifestación de tal potestad, expresan una función estrictamente administrativa aun cuando su regulación no quede incluida en la esfera típica de la organización administrativa del Estado. Y es precisamente a través de la manifestación de esta potestad auto-reguladora de los otros órganos fundamentales del Estado como el Legislativo, el Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, que se logra confirmar, entre otras realidades jurídicas, la división orgánica de funciones, cuando tales órganos ejercitan funciones que pertenecen al ámbito de competencia típico del Ejecutivo o de la Administración Pública institucional o territorialmente definidas.

(c) *Los reglamentos de urgencia o necesidad*

En situaciones excepcionales de emergencia no cabe la aplicación normal y ordinaria administrativas, pues ello iría en contra del interés público que impone la pronta solución, o medida cautelar necesaria, para hacer frente a una situación imprevisible e inevitable, o acaso previsible pero inevitable. Aplicar la normalidad procedimental y sustancial en situaciones anormales es tan grave como hacerlo anormal en situaciones normales, contra el clásico principio democrático: *salus populi suprema lex est*.

En sentido estricto, pues, y siguiéndose lo ya apuntado entre ley y Derecho, los reglamentos de necesidad no siempre son ni debieran ser *contra legem*. Simplemente son excepcionales conforme al texto y contexto valorativo del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, podrían contradecir tales reglamentos de manera eventual el texto riguroso de la ley, pero no así el espíritu equilibrado de la proporcionalidad, la razonabilidad, seguridad, la lógica, los criterios unívocos de la ciencia, la técnica, la buena fe y los restantes principios generales de derecho. Decir que son *contra legem* no es una verdad necesaria, y por lo tanto medianamente cierta: pueden existir reglamentos de necesidad

no opuestos a la letra de la ley, aunque en todo caso nunca deben estar disconformes con el ordenamiento jurídico y los principios que lo informan. Asumir lo contrario sería tan absurdo como convertir a la emergencia en la justificación administrativa para aumentarla o acaso ignorarla sin evitación de la crisis o de su necesaria corrección. La excepcionalidad jurídica debe serlo única y exclusivamente frente a la situación anormal, la cual, una vez consumada, no deja mérito alguno para que las administraciones puedan continuar con el ejercicio de esa potestad privilegiada sin el elemento fáctico justificante. En todo caso, y aún en emergencia, los funcionarios públicos son potencialmente responsables administrativa, civil y eventualmente penal de sus conductas (activas o pasivas). La Administración pública, por definición, debe ser agente de satisfacción de intereses superiores y públicos nunca el instrumento multiplicador o realizador de inseguridades colectivas e impulsoras de angustias por temores compartidos sin soluciones puntuales ni efectivas.

Así de esa forma, si bien es cierto que la discrecionalidad administrativa se hace evidente en el uso de la potestad reglamentaria para la organización interna, aún es mayor el grado de aplicación discrecional en situaciones de emergencia, donde en ocasiones incluso no existe normativa reguladora sino simples principios rectores de comportamiento claramente identificados para el ejercicio de esa potestad. No podríamos asumir que en tales situaciones de anormalidad fáctica y jurídica la Administración pueda dictar actos con rango de ley -al menos en nuestro sistema jurídico- ni actos que la contradigan o violen e, incluso, en caso de estarse ante una situación de vacío o laguna jurídica, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho quedarían elevados a rango de norma escrita -se insiste- en función supletoria del ordenamiento escrito, para la satisfacción de los intereses públicos. El círculo de la debida actuación administrativa se cierra a favor de los derechos y necesidades ciudadanas.

Dos son las dudas ante los reglamentos de urgencia: de una parte su posible extensión excepcional en el tiempo, haciéndose que su aplicación se transforme en situación regular o de larga data, siendo así que se llegaría a confundir gravemente la disposición general derivada de la urgencia con el reglamento ejecutivo, sin que exista, por lo general, leyes preestablecidas al efecto. De otra parte, podrían surgir reglamentos de emergencia en situaciones normales con el fin de regular potenciales realidades excepcionales a futuro, con el grave inconveniente de que se incumpla con la audiencia previa que impone el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones generales, según el Libro Segundo de la LGAP, respecto a los sectores virtualmente afectados con la regulación, lo que profundizaremos más adelante. Esta segunda hipótesis encuentra comprobación práctica en situaciones que generaron emergencia para la satisfacción de los intereses públicos, sin que hubiere reglamentación para regular la realidad sobrevenida. Un ejemplo en nuestro medio lo aclara: la huelga de los expendedores de combustible que, en calidad de adjudicatarios o permisionarios del Estado, no presten el servicio al público obligado, con el gravísimo perjuicio a la economía nacional. Por ello, a fin de evitar situaciones análogas a futuro, se dicta una reglamentación de urgencia, ya en situación normal (lo que evidentemente contraría la Constitución y la Ley ordinaria).

Así, pues, suele encontrarse en la legislación comparada límites claros y precisos para impedir que una regulación de urgencia se mantenga en el tiempo más allá de lo dispuesto en la ley que evita -o debe hacerlo- que lo excepcional se haga normal sin darse posibilidad para la ratificación del abuso de autoridad bajo excusas, muy propias del devenir latinoamericano, de situaciones de urgencia y necesidad muchas veces generadas desde el Estado para satisfacer los intereses de la cúpula gobernante y sus aliados.

En razón de lo anterior, debemos indicar que un reglamento de *urgencia* dictado en situación normal para potenciales realidades excepcionales, en modo alguno podría ignorar y violar el debido procedimiento para la elaboración de las disposiciones reglamentarias, más como si fuese un reglamento ejecutivo que uno de urgencia, por su nacimiento en la normalidad que impone también la normal satisfacción del ordenamiento jurídico, esta vez por actos reglados a favor de la transparencia y pluralidad participativas en su proceso de elaboración.

C. Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias:

España y Costa Rica, además del idioma y cierta idiosincrasia costumbrista e institucional, tienen algo más en común: dos fechas coincidentes en un mismo año en el que se forjó un importante surco de justicia, seguridad y libertad. España con su Constitución concertada que marcó el derrumbe del *ancien régime* y la nueva construcción de la edificación social y política, económica y jurídica. Costa Rica con su LGAP que estructura y ordena el ejercicio del poder administrativo, para que el público satisfaga su interés y el ciudadano proteja su esfera existencial de libertades y derechos. Y para que la Administración sea agente de la democracia; aliada y no enemiga de sus valores y fines. Queda sin embargo mucho por recorrer, por cumplir y mejorar en la marcha de la práctica que impone observación cuidadosa de los errores para rectificarlos y superarlos. Ello es parte de la democracia en la vivencia dialéctica.

La LGAP ha creado sin duda paradigmas jurídicos en el devenir histórico nacional, hasta el grado de convertirse en una ley principista, por lo que debe ser analizada desde la doble razón práctica y teórica. Lo mismo, creo, se dirá en España de lo suyo cuando las construcciones normativas alcanzan cierto grado de patrimonio defendible, sin que sea intocable, dogmático o incuestionable.

Por su parte la LGAP incorporó, como lo hizo España, al igual que otros países de perfil occidental, procedimientos especiales para asegurar la participación ciudadana en el quehacer administrativo. Sin embargo España no se quedó en la regulación ordinaria sino que elevó la premisa democrática a rango constitucional. Dice en lo conducente - entre otros numerales dignos de encomio- el artículo 105: “La Ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que le afecten...”

Tenemos causalmente lo siguiente, a partir de la indicada disposición constitucional:

- 1) Es obligación de las administraciones públicas dar la audiencia de rigor a las personas físicas o jurídicas, en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que potencialmente les afecte.
- 2) Existe el derecho de participación ciudadano de forma directa y no así sólo de manera indirecta ante la hipótesis de no estar incorporado a alguna organización o asociación reconocidas por ley.
- 3) En el evento de que se encuentre adscrito a alguna organización o asociación su derecho participativo podría filtrarse a través de tales estructuras jurídico-sociales y, finalmente, por medio de los representantes de ellas. La participación sería así indirecta o refleja.
- 4) Sólo las organizaciones y las asociaciones -que también lo son- tienen derecho participativo (al igual que el ciudadano), no así cualquier aglomeración subjetiva emergente en la sociedad sin unidad u organización, o que organizadas estén jurídicamente prohibidas.
- 5) No puede desconocer-

se el derecho de participación ciudadano en igualdad de condición para la participación en el procedimiento, bajo el mismo supuesto de potencial afectación por la regulación reglamentaria. 6) Podría suponerse que un ciudadano en su esfera vital de intereses y derechos sea potencialmente afectado de forma directa por la futura reglamentación y, asimismo, en su calidad de agremiado o asociado lo sea también de forma indirecta. Cabría pues suponer la correlación participativa si fuera materialmente posible. 7) Como el derecho de asociación es un derecho fundamental incorporado en el artículo 22 de la CE, no podría entonces exigírsele al ciudadano su previa incorporación asociativa para el posterior ejercicio del derecho participativo. 8) Sin embargo existen incorporaciones obligadas para el ejercicio de los derechos-deberes, tal y como sucede con algunos Colegios profesionales. El ciudadano puede hacer valer su derecho participativo a través de la corporación, sin que por ello se excluya el derecho de participación directa en calidad de ciudadano. 9) Tocaría a la ley regular la audiencia bajo los parámetros constitucionales de participación.

En razón de lo anterior, el artículo 130 inciso 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo español, el cual quedó vigente por expresa disposición no derogada de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RJAP-PCA), no tiene el mismo espíritu extensivo constitucional que satisface en esencia los parámetros de la igualdad, constitucionalmente garantizada (artículos 14 y 149 inciso 11). Este sentido se expresa claramente en la doctrina constitucional española³³.

La disposición de la LPA tendría entonces en principios tres graves inconvenientes (o acaso inconstitucionalidades): a) Se deja a la discrecionalidad administrativa (lo que ya despierta desconfianza) el dar o no la audiencia procedimental. Así, en primer lugar, dice la referida Ley: *Siempre que sea posible*; lo que permite que sea también imposible y, por ello, nunca necesario; en segundo lugar, cuando *la índole de la disposición lo aconseje*, lo que da paso, por lógica oponible, a que no lo aconseje, como si la potencial normativa por sí lo aconsejare o no. Simplemente la mecánica es preceptiva y deberá proceder la audiencia cuando la disposición vaya a producir afectación ciudadana en menor o mayor grado. Ha de darse audiencia cuando pueda existir afectación; o en términos de la ley, existe el *consejo* cuando la Constitución lo pide. Lo que implicaría, también, que la audiencia podría darse para cualquier ciudadano u organización según la disposición normativa. De esa forma, entonces, se viola el principio de igualdad y se produce un trato discriminatorio entre las personas físicas y las personas jurídicas, lo que también contradice valores de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, constitucionalmente garantizados (artículo 9,3 CE).

La LGAP de Costa Rica adolece de semejantes defectos, aunque no exista en nuestro país -lo que es penoso- un precepto constitucional análogo, sin que por ello dejen de darse algunos lineamientos normativos, siempre escasos y tímidos cuando existan.

33. V., al respecto: Comentarios a la Constitución, *op. cit.* p. 1452. Dice, en lo que interesa, el artículo 130, incisos 4 y 5 de la LPA, hoy incorporado a la nueva legislación procedimental administrativa de España: " 4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. 5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale..."

(a) Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP

Dice al texto el artículo 361 LGAP: “1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongán a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto...”

De lo anterior destaquemos lo siguiente: 1) En Costa Rica el derecho de audiencia se hace extensible a los entes descentralizados, lo que supone la posible participación interadministrativa.

2) Sólo las entidades representativas de intereses generales o corporativos, además de los entes descentralizados, tienen derecho de audiencia en el plazo de Ley. Podría suponerse la actividad multiparticipativa y mixta tanto en la vertiente pública administrativa como en la pública no estatal, al igual que la propiamente privada. E incluso también podría darse el desdoblamiento administrativo para la confirmación participativa, sea en el ejercicio de su capacidad pública o en el de su capacidad privada según sea el ámbito de amenaza o afectación. Y en régimen confirmatorio de la igualdad, la audiencia a las administraciones deberá darse en el mismo plazo, esto es, *dentro de los diez días* los cuales deben entenderse siempre hábiles, por expresa disposición de la LGAP.

3) Se excluye por ende la participación ciudadana en su dimensión física y directa lo que contraría el principio de igualdad frente a las entidades, asociaciones y corporaciones, lo que supone violación del artículo 33 de la Constitución Política, con incidencia refleja y contraria a la letra y espíritu de su numeral 25 que regula y garantiza la libertad de asociación para fines lícitos. En otros términos: a nadie se le puede obligar a formar parte de asociación alguna, lo que la LGAP afecta de manera indirecta cuando imposibilita el derecho de audiencia para la elaboración de los reglamentos a las personas físicas, toda vez que deben estar asociadas para el ejercicio de su derecho participativo.

En modo alguno podríamos relacionar únicamente a las aplicaciones reglamentarias con las personas jurídicas, toda vez que es fácil comprobar su incidencia directa o bien indirecta en las esferas de derechos y libertades de los sujetos físicos, aún sin que medie un acto administrativo de aplicación individual. Ello también contraviene el artículo 49 de la Constitución costarricense que manda del legislador proteger al menos los intereses legítimos y los derechos subjetivos, lo cual debe tener resonancia necesaria para las disposiciones reglamentarias, sin que tal defensa quede supeditada o condicionada a la existencia del acto singular en tanto haya amenaza de violación o violación efectiva.

4) Podría prescindirse del trámite de audiencia si el interés público o la urgencia así lo imponen, previa justificación incorporada al anteproyecto reglamentario. Sin embargo es también de interés público el cumplimiento del procedimiento especial de elaboración, sobre todo cuando la misma LGAP categoriza ese interés “como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados” (artículo 113) Y ante la eventual afectación de intereses o derechos en el espacio de una mayor generalidad, por la naturaleza misma del reglamento, la posible suma de coincidencias individuales no constituye una labor de difícil o de imposible constatación adjetiva.

Tampoco la Administración puede sobreponer su interés -se insiste- a la categoría cualificada que del ciudadano hace la LGAP, en tanto debe tenerse a éste como representante de la colectividad (artículo 114, 1), en la tesitura de la valoración del interés

público bajo el alero de la seguridad y la justicia, en plano individual y comunitario, sin que pueda la simple conveniencia ocupar un lugar primigenio (íbid inciso 3) Este sería el mismo sentido que un autor con propiedad reclama: “El interés general abstracto y puro, que la Administración realiza como una organización compacta, es una ficción jurídica. El contenido de la actividad pública resulta de la combinación, distinta en cada caso, sujeta a las variaciones políticas, a los cambios en la relación de fuerzas, de los distintos intereses que emergen en un determinado momento y lugar. Las instituciones públicas realizan un papel de mediación de esos intereses. Pero, dada su trascendencia actual, tampoco son un simple árbitro que se limita a reflejar con exactitud las oscilaciones en la balanza de los intereses privados”³⁴.

De lo dicho, las administraciones públicas, a no ser por casos de urgencia, encuentran un estrechísimo margen de justificación para satisfacer el interés público con trascendencia del derecho participativo que se entrecruza con otro conjunto de derechos en apertura permanente de reconocimiento universal.

5) Al estar el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales tasado por ley, es obvio que su violación constituiría una alteración sustancial del ordenamiento, por lo que tal actuación estaría viciada de nulidad absoluta. No cabría oponer la tesis favorable para el simple vicio de forma, toda vez que es vicio sustancial y objetivo. El principio de legalidad (con inclusión del debido procedimiento) estaría quebrantando y su vicio deberá ser objeto de purga jurídica a gestión de parte o de oficio, siendo la nulidad, en todo caso, notoria o evidente a falta de audiencia obligada.

Ejecutar un reglamento en tal hipótesis, dentro del encuadre general de los actos administrativos, podría acarrear responsabilidad funcional, por expresa prohibición de presumirse legítimos y eficaces actos viciados de nulidad absoluta.

6) En la hipótesis excepcional de que no exista audiencia por interés público o por urgencia -lo que suele interrelacionarse- la Administración omisa deberá motivar las razones en el respectivo anteproyecto. Caso de no hacerlo sin que exista audiencia, hay vicio de plena nulidad, por la previa exigencia de su incorporación justificante.

7) Y en aplicación de la igualdad de trato, la falta de audiencia, en la hipótesis anterior, sería extensible a las administraciones públicas descentralizadas, lo que agudiza y reduce aun más la posible satisfacción del interés público sin la audiencia a tales las administraciones que en todo caso son agentes de ese mismo interés.

(b) Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP

Dice este apartado 3 del artículo 361 LGAP: “Cuando a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública durante el plazo que en cada caso se señale”.

De forma análoga expresa el artículo 130 inciso 5) de la LPA española: “cuando a juicio del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale”.

De lo transcrito, hemos de decir lo siguiente:

1. El contenido normativo de ambas disposiciones son análogos, no así semejantes respecto a la regulación contenida en la LGAP, pues en Costa Rica no sólo compete al

34. Me refiero a SÁNCHEZ MORÓN, La participación del ciudadano en la Administración..., *op. cit.* pp. 31 - 32.

Ministerio respectivo la aplicación discrecional y favorable para elevar un proyecto reglamentario a la información pública, sino además al Poder Ejecutivo (Presidente y respectivo Ministro del ramo o de los ramos).

2. En todo caso, en ambas legislaciones existe una amplia facultad discrecional pública, para determinar la procedencia o improcedencia del procedimiento público de información del proyecto reglamentario. En caso de hacerse, aunque no se diga, la información requiere del uso del lenguaje claro e identificable para la participación con amplio criterio de reacción pública.

3. En ambas legislaciones se dice que tal procedimiento procederá si la naturaleza de la disposición lo aconseja, lo cual nos lleva a pensar en la simple posibilidad de tratamiento unilateral administrativo en el uso de su potestad discrecional. Por lo tanto no sería el reglamento el que aconseja sino el Ministro o el Poder Ejecutivo quienes determinarían su concreción o no, de conformidad con su interpretación y conveniencia a veces más política que pública.

4. Aunque se crea que la trascendencia del proyecto reglamentario requiere de la información pública, puede ser que tal mecanismo no se ponga en práctica por criterio administrativo, lo cual no requiere de la motivación expresa, a diferencia del régimen normal aplicativo no adentrado en la consulta pública, cuando por interés público u urgencia no se da la audiencia de Ley en el plazo de diez días.

5. Existen, entonces, destacadas diferencias formales y sustanciales entre el procedimiento de audiencia con sujetos virtualmente identificables y el procedimiento popular de información: a) La discrecionalidad administrativa se aplica en ambas regulaciones, sea para obviar el procedimiento especial de audiencia en el plazo de diez días, por interés público o por urgencia, o para obviar el trámite de información pública del proyecto reglamentario; b) En el primer supuesto de omisión, deberá darse la expresa motivación justificativa; en el segundo la motivación no es exigida ante la información pública; c) En la eventualidad de que proceda la audiencia de ley, deberá ser otorgada dentro del plazo de diez días. En cambio, en el caso de la información pública, existe discrecionalidad para la determinación temporal, sea o no mayor a los diez días; d) En una hipótesis, la audiencia se dará para los destinatarios cuyo potencial reglamento vaya a afectar sus esferas de derechos, intereses o libertades. En el otro, se da la información pública con potencial participación popular con trascendencia de la afectación directa o simplemente indirecta. E) Por lo anterior es fácil concluir que en el caso de la información pública lo sería tanto para personas físicas como para las jurídicas, por lo cual no es procedente sólo para las personas jurídicas; f) Hay, pues, dos regímenes diferenciables y de excepción: en uno se da la *inaplicación* del procedimiento ordinario de audiencia, lo cual siempre es especial, y, en otro la *sustitución* del mismo por la información pública, cuya sustitución no es imperativa sino discrecional. G) En el caso de aplicarse el procedimiento de información pública, el término *sometimiento* utilizado por la LGAP hace pensar que no sólo es para efectos de mera información sino también para la discusión y recibo de propuestas o pareceres ante las administraciones activas; h) En la aplicación hipotética de uno u otro procedimiento, sea el normal o el excepcional, el resultado de las consultas, en principio, no sería vinculante para las administraciones sin que ellas deban justificar sus pareceres opuestos, a pesar de la existencia de excelentes puntualizaciones técnicas o de otra naturaleza; i) Por consiguiente, el resultado de la consulta o información puede ser engañoso, cuya verdad procedimental se transforma en una apariencia jurídica frente a administraciones con posturas predeterminadas e impuestas, a pesar de la posible existencia de criterios distintos y óptimos, sin que al

final queden insertos en la disposición general propiamente dicha, ni aún incluso en su motivación. La consulta -insisto- en principio se traduciría en una mampara que esconde la tenebrosa burla sin efecto sustancial, a pesar de que el proyecto reglamentario haya pedido -y no ya sólo aconseje- diversidad de criterios, sean de rango público, privado o mixto como efecto del ejercicio participativo en democracia. Sería en síntesis el choque frontal entre democracia participativa y la Administración autoritaria con su refuerzo burocrático, lo que lastimosamente es práctica usual en los sistemas democráticos y republicanos.

Frente a esta frustrante y comprobada realidad, a lo sumo nuestra LGAP dice en su artículo 362: “En la disposición general se han de consignar expresamente las (?) que quedan total o parcialmente reformadas o derogadas” (interrogante no es del original). Suponemos, con buena lógica, que hay referencia al resultado de los pareceres sectoriales o no sectoriales que deben consignarse en los reglamentos con posibilidad administrativa de reforma o derogación, total o parcialmente.

De ello bien podríamos valernos para discutir la mejor o peor aplicación de la discrecionalidad administrativa, siguiéndose el parámetro común de ésta y su control justiciero en debido cumplimiento con el ordenamiento jurídico administrativo, escrito y no escrito. Quedaría, pues, en manos del juez, si la determinación administrativa se ampara o no a los criterios de la técnica, la lógica, la ciencia, la justicia o la conveniencia, en estricta relación con la circunstancia objetiva del caso (artículos 15,2 y 160 LGAP).

La falta de la expresa incorporación de los distintos pareceres constituiría en principio vicio de la plena nulidad en una doble perspectiva: por la violación del ordenamiento cuya omisión podría cambiar el resultado final de la disposición reglamentaria, y por el ocultamiento de los criterios distintos a los de la Administración en perjuicio de la certeza contralora judicial frente al ejercicio de la potestad discrecional. Así, entonces, bien debiera exigírsele a la Administración la motivación completa para modificar, ignorar o derogar alguna parte del contenido reglamentario a fin de evitar administraciones autoritarias sumidas en el exceso de poder. Y para ello serviría en nuestro medio el artículo 136 inciso e) de la LGAP que exige de las administraciones, aunque en forma sucinta, la motivación de los fundamentos de los reglamentos y de los actos discrecionales de alcance general. Asimismo, se dice, toda motivación “podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia”.

Si el reglamento es un acto administrativo general de alcance normativo, son válidos, por exigibles y legales todos y cada uno de los condicionamientos formales y esenciales del acto en sí, lo cual es una nota positiva de su equiparación jurídica.

El término *podrá*, utilizado en la LGAP, siguiéndose la jurisprudencia española para otros supuestos, no es tanto para identificar la potestad discrecional administrativa de aplicar o no aplicar la motivación en la disposición reglamentaria, sino en función de la potestad-imperatividad efectivas (poder). No habría entonces escapatoria para la Administración: la motivación es un imperativo, sea en relación con los motivos de las peticiones o (y) propuestas, dictámenes y resoluciones.

En todo caso y bajo la atmósfera discrecional, las administraciones quedan limitadas ante los derechos del particular frente a ellas, salvo texto legal en contrario (artículo 17 *ibid*). En otros términos: hay un derecho de audiencia ciudadano (personas jurídicas) y administrativo, salvo mejor criterio discrecional motivado por otro interés público pre-

valeciente o por urgencia sobrevenida, en el lineamiento de la misma ley que impone límites y atribuciones tasadas en el uso de la potestad discrecional administrativa. Contexto, también aplicable, una vez ejercitada esa discrecionalidad a la consulta pública, tanto en su causa como en su efecto para seguir, reformar o rechazar los criterios expuestos por los administrados, pudiendo serlo también de otras administraciones, que justifique en oportunidad y legalidad el resultado final con el dictado de la disposición reglamentaria, dentro de los parámetros de la discrecionalidad.

Un último aspecto debemos deslindar entre uno y otro procedimiento sea popular o restringido, relacionado con la información para que la audiencia sea efectiva, o que, si no lo fuera, ello no sea imputable a una Administración actuante de buena fe. En ambos supuestos debiera darse un llamado público con primacía del medio de comunicación escrito y con preferencia de los diarios de circulación nacional. No con esto debemos desechar el uso simultáneo de la comunicación verbal, sobre todo cuando el proyecto reglamentario pueda quedar sujeto a la valoración popular. Las administraciones deben ser agentes de comunicación efectiva para que el procedimiento también lo sea y no exista así un vicio ulterior de plena nulidad, a falta de audiencia debida a favor de algún potencial afectado.

En un supuesto la información pública se filtraría en la participación de las personas jurídicas (que debiera ser también para las físicas) públicas, mixtas o privadas, en relación de causa y efecto con el proyecto reglamentario. En la otra hipótesis no se requiere del ligamen de afectación directo o indirecto con el proyecto, aun cuando pueda existir tal afectación. Lo anterior no es un problema de legitimación sino de participación popular o sectorial relacionado con un proyecto reglamentario, el cual no debe tenerse como un acto final, mucho menos firme y definitivo.

(c) Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP

Dice tal artículo 363: “1. Los proyectos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno, se remitirán con ocho días de antelación a los demás Ministros convocados, con el objeto que le formulen las observaciones pertinentes. 2. En casos de urgencia, apreciada por el Consejo, podrán abreviarse u omitirse el trámite del párrafo anterior”.

Desdoblemos, como hemos venido haciendo, el cita numeral:

1. Existen proyectos reglamentarios que *deben* ser sometidos al Consejo de Gobierno: serían aquellos internos o de organización para su funcionamiento en el marco de la LGAP (artículo 46)

2. Consiguientemente el Consejo de Gobierno tiene la potestad de dictarse su reglamento de organización en el encuadre de la ley. Por esto encontramos una reglamentación que es autónoma, de organización o independiente que deberá regirse por los parámetros de una ley anterior, lo que llega a relacionarse con la naturaleza de los reglamentos ejecutivos.

3. Lo anterior nos conduce a la distinción entre reglamentos de organización y reglamentos ejecutivos en su doble vertiente: a) Tanto unos como otros participan del contenido legal, sin que puedan contradecirlo, parcial o totalmente. b) En ambos casos existen expresos señalamientos temporales para las audiencias relacionadas con los proyectos reglamentarios: en unos es de ocho días y en otros es de diez días. La Ley, deja a la discrecionalidad administrativa, salvo texto legal expreso, la determinación temporal

para la elaboración de los reglamentos de organización de los entes descentralizados y de aquellos proyectos de reglamentos ejecutivos de consulta popular.

4. Sin embargo el tratamiento que hace la LGAP en su artículo 6, en aplicación de la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo puede llevar a cierta confusión. En efecto, al ubicarse la jerarquía normativa reglamentaria, los incisos d) y e) del referido artículo 6 señalan: “d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los Supremos Poderes en la materia de su competencia; e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados...”

Por consiguiente, existe en la dinámica del Poder Ejecutivo dos grandes espacios reglamentarios: los reglamentos ejecutivos propiamente dichos y los demás reglamentos que, aún siendo de ese Poder, recaen por exclusión interpretativa en los reglamentos de organización, autónomos o de servicio.

En razón de lo anotado el concepto *Poder Ejecutivo* mantiene en sentido estricto una aplicación equívoca. Ciertamente, ese Poder está conformado por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo (o los ramos) Tal sentido se adentra en la dimensión estrictamente administrativa, por lo que concluiríamos, a simple vistazo, que los reglamentos de organización de toda la Administración Central deben ser dictados por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo, lo que acercaría en profundidad a los reglamentos de organización con los reglamentos ejecutivos en razón del elemento subjetivo. Y habría una cierta contradicción, por restrictiva, con otro numeral de la misma LGAP. En efecto, dice al texto su artículo 103 inciso 1): “El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y de servicio internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado”.

Por lo tanto se ha de suponer que el Ministro -jerarca supremo en su ámbito competencial- tiene potestad de reglamentar la organización interna de un órgano incardinado a la Administración Central, sin que sea, entonces, en sentido estricto, el Poder Ejecutivo. Así, pues, creemos que ha habido una cierta identificación, aunque no sea óptima, de la Administración Central con el *Poder Ejecutivo*, escollo que podría quedar superado ante la necesaria separación de ambos, es decir, si entendemos *Poder Ejecutivo* como órgano fundamental del Estado y no ya como órgano administrativo en sentido estricto (Presidente y Ministro del ramo)

5. Se regula legalmente la potestad reglamentaria de organización de los entes descentralizados, los cuales tienen rango inferior a los reglamentos ejecutivos que tienen su fuente originaria en la Constitución Política. Pero al igual que los reglamentos autónomos de la Administración Central, la potestad reglamentaria recae en los respectivos jefes, siendo así que los reglamentos autónomos de los entes descentralizados y los de la Administración Central ostentan el mismo rango en la pirámide normativa.

6. En términos generales, el derecho de audiencia procede frente a proyectos de reglamentos ejecutivos y no así de organización o servicio. Es factible, en todo caso, una cierta audiencia a los Ministros o Viceministros, en su defecto, para conocer del proyecto de los reglamentos de organización del Consejo de Gobierno. O bien, en situación extrema pero viable, podría el Presidente de la República conjuntamente con el respectivo Ministro avocarse al conocimiento de cualesquiera de las materias de su competencia (artículo 25 *ibid*), diríamos, también, reglamentaria.

Llegados a este punto de encuentro debemos agregar un nuevo elemento: el derecho de audiencia procede de la Administración hacia afuera, no así de la Administración hacia adentro. Sobre todo cuando ésta puede, mediante potestades de imperio reglamentario, dictar disposiciones que afecten los derechos de los funcionarios públicos en la relación de servicio con la Administración, salvo texto legal en contrario.

Empero, los funcionarios públicos, por serlo, no pierden el conjunto de derechos constitucionales en cuanto ciudadanos copartícipes en la función pública, en todo aquello que sea válido y legalmente aplicable. Ello sucede, a manera de ejemplo, con el derecho de asociación o el disfrute de libertades o derechos que no contradigan los lineamientos de la legalidad administrativa, lo que supone un tratamiento de justicia distributiva e, incluso, podrían adentrarse en el conjunto de derechos sociales que, por expresa disposición constitucional, son irrenunciables. Sin embargo compartimos la preocupación del profesor Parejo cuando expresa en su monografía sobre el Estado Social y la Administración Pública: "...la construcción de la Administración Pública sobre la base de la participación, no ya procedimental, sino orgánica, descansa en un análisis erróneo y supone una propuesta equivocada"³⁵.

Creemos, entonces, que si bien es cierta y necesaria la participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos ejecutivos, sería inconveniente la participación funcional en la elaboración de los reglamentos autónomos o de servicio, a no ser del reglamento de organización -para Costa Rica- del Consejo de Gobierno. La razón es simple: debe dejarse un cierto margen de aplicación discrecional a las administraciones para la auto organización conforme al ordenamiento jurídico y su dimensionamiento teleológico.

De lo contrario podría darse el nefasto efecto de la *democracia contra la democracia*, por la excesiva proliferación participativa que pudiera convertir a las administraciones, incluso para su régimen interno, en víctimas de intereses corporativos o asociativos con plena capacidad de paralizar total o parcialmente un servicio público, que podría incidir en servicios que son esenciales para los intereses ciudadanos, para su salud o para el desarrollo de la personalidad, entre otros.

Podrían desembocar las administraciones públicas, con desfiguración de su realidad querida o tenida, en la triste confirmación del Estado corporativo regulado por intereses opuestos al interés público, claramente singularizados en personas físicas o jurídicas con intereses egoístas y calculados. Se rompería, entonces, con el esquema de las administraciones como agentes de satisfacción de intereses superiores sin que, por ello, pueda violar los derechos y libertades ciudadanos. A falta de la previa participación de audiencia por parte de los funcionarios públicos, ante la eventual afectación a sus derechos por alguna disposición reglamentaria, lo cual es válido en la relación de servicio, no por esto se impide la debida aplicación del ordenamiento en lo que sea procedente. En efecto, un reglamento autónomo de servicio que afecte los derechos y libertades ciudadanos con extensión a los funcionarios en cuanto tales, puede ser objeto de impugnación jurisdiccional con énfasis especial en la vía de Amparo, sea como acción autónoma o en relación conexas con la acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional. Lo anterior, sin que la actuación sea, claro está, en calidad orgánica o en representación de alguna Administración, por expresa prohibición de la jurisprudencia constitucional (la cual no comparto, toda vez que existen algunos derechos fundamentales que, de forma refleja, inciden en la dinámica administrativa, sin que por ello la humanidad deje de ser el núcleo expansivo de su componente sustancial)

35. Del autor, *Estado Social y la Administración Pública*, Editorial Civitas, Madrid 1983, p. 110.

Tres realidades pues se imponen en esta perspectiva de participación procedimental en la dinámica de la nulidad absoluta: a) la nulidad de pleno derecho a falta de audiencia cuando el ordenamiento jurídico lo imponga para los proyectos de reglamentos ejecutivos; b) la plena nulidad de los reglamentos de organización por violación del ordenamiento jurídico, no por incumplimiento del procedimiento de audiencia, a falta de disposición expresa a su favor, sino por la violación o amenaza contra el mismo ordenamiento; c) la plena nulidad de los reglamentos ejecutivos que han cumplido con el trámite de audiencia en el plazo y forma legales, sin que su normativa se ajuste al ordenamiento jurídico.

III. A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN

Mucho se puede agregar al derecho de participación ciudadano cuando la democracia no es vana ni engañosa, sino organismo compartido en sociedad. Demasiados elementos quedan por comentar, sin que la temática esté agotada sino apenas iniciada con el lenguaje reformista y con la aplicación del método comparativo.

Efectivamente, nuestra Constitución Política debiera colocarse en esa renovación y agudización de su letra y espíritu tanto en razón de reformas sustanciales y puntuales, como por la permanente adaptación de su normativa por la jurisprudencia constitucional en favor de los valores del sistema democrático, social y de derecho. Hermosas contemplaciones jurídicas mantienen recientes constituciones merecedoras del reconocimiento universal. Entre ellas están la de España, Suecia, Portugal, Colombia, Paraguay y Argentina con su proceso de amplia reforma.

En efecto, la Constitución sueca posibilita que el Gobierno en la preparación de sus asuntos otorgue “oportunidad a cualesquiera asociaciones e individuos, en la medida en que sea preciso, para que puedan exponer su parecer” (artículo 2 del Capítulo 7); y se establece la reserva de ley para todas aquellas funciones administrativas en el ejercicio de la potestad de imperio, sin lo cual se puede encomendar funciones administrativas “a sociedades, asociaciones, comunidades o fundaciones” (artículos 6 y 2 de los Capítulos 11 y 7 respectivamente)

Consagra la Constitución de Portugal: “La administración Pública será estructurada de tal modo que se aproximen los servicios a la población, se asegure la participación de los administrados en la gestión efectiva de los mismos, especialmente a través de las organizaciones populares de base o de otras formas de representación democrática y se evite la burocratización” (artículo 228)

Quizás la de mayor avanzada sea la Constitución de Colombia, para lo cual destacaré algunos preceptos que inciden de forma expresa y directa en el trasfondo de la democracia participativa con la interacción del Estado y la sociedad; dice: “Son fines esenciales del Estado... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...” (artículo 2); “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo ese derecho puede:... 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, y otras formas de participación democrática... 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley...” (artículo 40 incisos indicados.); “ Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará...” (artículo

103); “Un número de ciudadanos equivalentes a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral...” (artículo 170) Agrega: “ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...cumplirá las siguientes funciones:...3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización...” (artículo 241,3) “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, o por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo” (artículo 374).

No menos interesante es la Constitución de la República del Paraguay cuando incluye el referendo legislativo, decidido por ley, el cual podrá ser o no vinculante (artículo 121); la iniciativa popular para que los electores puedan proponer directamente al Congreso proyectos de ley (artículo 123); la expresa legitimación objetiva a toda persona para reclamar “a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo” (artículo 38).

La Constitución de Argentina incorpora el derecho de iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley en la Cámara de Diputados (artículo 38); también se da la consulta popular a instancia de la misma Cámara de Diputados, en relación con proyectos de ley que el Congreso someta a tal consulta, siendo así que el voto afirmativo lo convertiría en ley y su promulgación sería de efecto inmediato (artículo 40).

La Constitución de Costa Rica, como se ha insistido, es ayuna de regulaciones y habilitaciones expresas de participación popular. La LGAP incluyó la participación ciudadana, pero aún requiere de mayores alcances cualitativos e igualitarios. Entre los dichos, otro por señalar: la obligada procedencia de la consulta popular para reglamentos que desarrollen leyes cuyo contenido esté ligado a los derechos fundamentales ciudadanos. La complementación de esas disposiciones reglamentarias debiera ser sometida a la información pública, conjuntamente con otras materias que, en criterio discrecional administrativo, puedan ser objeto de confirmación participativa.

Sin duda alguna, el conocimiento es acumulativo con fundamento en la experiencia propia y ajena. Y sobre este suelo debemos zarpar en la conquista de distintas formas de participación popular. Efectivamente, los Tribunales Constitucionales u órganos encargados de dictar justicia constitucional (como el caso de la Sala Cuarta en nuestro medio) debieran tener la causa material de constituciones modernas con excelsos criterios técnicos y expresiones claras y precisas que en modo alguno sean de difícil comprensión ni memorización, todo lo contrario, constituyan textos de fácil acceso popular, en lo que el pragmatismo y utilitarismo tienen mucho que enseñar.

El Estado y la sociedad han dejado de ser en este siglo XXI dos realidades irreconciliables, enemigas o distanciadas en puntos extremos. El Estado como Leviatán al estilo de Hobbes o el monstruo frío de Nietzsche, no pueden tener cabida en la democracia que busca desempolvar sus instituciones a favor de los despachos soleados y ventilados. Comienzan a quedar en la lejanía las administraciones autoritarias, a las que todavía se les suele entonar, donde existan, el canto popular del réquiem de su fenecimiento.

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

Daniel Alberto Sabsay
Profesor de la Universidad de Buenos Aires
Argentina

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito desde una democracia representativa hacia una de tipo participativo constituye uno de los fenómenos más característicos de la evolución del constitucionalismo. La primera etapa de este movimiento se caracterizó por una clara separación entre las esferas de los gobernantes y de los gobernados. En efecto, estos últimos sólo intervenían en el ámbito del poder público, a través del sufragio, a fin de instituir a quienes debían integrar los órganos políticos del Estado. De esta manera se concretaba uno de los momentos claves de la vida de un Estado de Derecho, cual es el pronunciamiento del electorado por medio del voto a fin de legitimar el acceso de sus autoridades a los cargos gubernamentales. El transcurso del tiempo iría poniendo de manifiesto que esta visión pecaba por defecto y de ahí en más se irían creando nuevos espacios para la participación de los gobernados en la gestión de intereses públicos.

La primera apertura se da ya en el siglo pasado y consiste en la institucionalización del sufragio para decidir que se concreta a través de distintos institutos, todos los cuales integran las denominadas forma de democracia semi-directa. Claro que para aquel entonces la vigencia de estas herramientas que hacen pensar en la democracia directa, sólo funcionaban en muy pocos lugares; destacándose el caso de Suiza en donde como recuerda Spota existían antecedentes desde hacia mucho tiempo. En todos los mecanismos de democracia semi-directa se solicita el pronunciamiento del electorado para que éste se pronuncie sobre cuestiones de diversa índole en sustitución de sus gobernantes. Estas situaciones en muchos sistemas pueden ser suscitadas directamente por los ciudadanos. Pero, con el tiempo a las formas semi-directas de democracia se le han ido agregando otras modalidades de participación.

Las nuevas modalidades a que estamos haciendo referencia, transforman a la participación popular, haciendo de ella una nota inserta en la rutina de la toma de las decisiones en el marco de la democracia. De esta manera la intervención directa de los gobernados cumple un importante papel en la gestación, en la toma, en la aplicación y en el control de las decisiones, como así también en la asunción de las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del comportamiento de los gobernantes.

El presente análisis comienza con una breve descripción de la participación como fenómeno jurídico-político, para luego analizar el marco constitucional nacional, poniendo particular énfasis en las modificaciones introducidas por la última reforma ocurrida en 1994. Más adelante se observa el derecho público provincial y municipal ya que las normas existentes en estos niveles de gobierno prevén para la participación institucio-

nes más avanzadas que las nacionales. Una observación particular se le otorga al sistema participativo previsto en la reciente constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, se expresan algunas conclusiones.

II. LA PARTICIPACIÓN

La gobernabilidad es la condición necesaria que debe imperar en el interior de una comunidad políticamente organizada para que las decisiones sean acatadas y a su vez se logre una administración eficaz de los intereses generales. Es decir que el cumplimiento por parte de la mayoría de los miembros de una comunidad de una regla de comportamiento socialmente aceptada, reposa en el convencimiento de quienes la observan de que ella es legítima, que obliga y que su aplicación redundará en algún tipo de beneficio para la sociedad. Ahora bien, para que todo esto sea posible deben organizarse canales institucionales aptos para que las personas puedan manifestarse, nos estamos refiriendo a la participación. La vida democrática moderna requiere de una intervención cada vez más activa de la población. Se necesita de la participación de los miembros de la comunidad. La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego valga la redundancia son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar con los gobernantes, ha quedado agotada. Ahora, al concepto de democracia representativa se le agrega la calificación de participativa.

La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre gobernantes y gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones (Sabsay y Tarak, 1995:4)

El reconocimiento de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva ha traído aparejada la obligación por parte de sus titulares de velar por su protección y defensa. De esta manera queda en manos de todos los miembros de la comunidad el cuidado de tan trascendentes cuestiones. Así ocurre, por ejemplo en materia ambiental, campo que considerado desde la perspectiva del desarrollo sustentable, trasciende el ámbito de un área específica para transformarse en una cuestión de tipo *transversal*, es decir contenida en toda decisión que de alguna manera comprometa la calidad de vida de una comunidad. Este fenómeno que parece de fácil explicación y de rápida comprensión, sin embargo demanda enormes esfuerzos para poder ser puesto en práctica. Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de éstas de los distintos sectores que las componen, a efectos de corregir errores, cambiar actividades, ajustar procederes. Todo esto no surgirá por generación espontánea, sino que demandará concesiones y revisiones de parte de todos los sectores involucrados en los distintos procesos de producción, de creación, de educación, de consumo, etc.

En definitiva, para encontrar consensos se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones. Para poder hacerlo se deben concretar los canales de participación más adecuados a esos efectos. La materia ambiental y la gestión de los recur-

Los naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación.

La participación comprende distintos canales de actuación que las democracias consolidadas les reconocen a sus habitantes. Se puede participar de distintas maneras y con diferentes efectos jurídicos. Por una parte, existen las formas de democracia semi-directa -iniciativa popular, plebiscito, referéndum, revocatoria, etc- que son las primeras que aparecen en el tiempo y que tienen como característica común la sustitución del órgano o poder encargado normalmente de tomar la respectiva decisión. Por otra parte, encontramos modalidades que se ubican en las etapas de consulta, de ejecución y/o de control de las decisiones. A diferencia de las primeras no sustituyen a la institución gubernamental, pero acompañan al proceso de formación de su voluntad en alguno de los mencionados momentos.

1. Constitución Nacional

La constitución argentina sancionada en 1853, como típico exponente de ley fundamental decimonónica, o sea fiel a los postulados del constitucionalismo clásico, establecía una democracia -sin nombrarla pues utilizaba el término república- de corte exclusivamente representativo. Nuestra afirmación se ve confirmada con lo que expresa su artículo 22, el que determina que *el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución*. Esta disposición fue interpretada, por la doctrina y por la jurisprudencia como contraria a la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen sustituir a las autoridades en la toma de las decisiones gubernamentales. La misma actitud adoptó el legislador, ya que nunca intentó sancionar norma alguna orientada a dar cumplimiento a esa finalidad.

A fines de 1984, el Poder Ejecutivo convoca a la ciudadanía a una consulta popular no vinculante destinada a conocer su opinión sobre el Tratado de Paz y Amistad con Chile que ponía punto final a la disputa que se había suscitado entre los dos países en relación con la soberanía sobre el Canal de Beagle, situación que exigía una definición en materia de límites. La consulta antecedió el pronunciamiento del Congreso de la Nación en relación con la aprobación de dicho tratado que ya había sido firmado por el primer mandatario. Se trataba de una novedosa experiencia que generó divergencias sobre su constitucionalidad. Sin embargo, la tendencia mayoritaria la consideró viable, ya que por tratarse de un instrumento que no obligaba al decisor, lejos de oponerse al texto de la ley fundamental, constituía el ejercicio de un derecho implícito por aplicación del artículo 33 de la Constitución. Así las cosas, el acto tuvo lugar y hoy en día constituye un punto de referencia que lo coloca como el inicio de un proceso hacia la puesta en funcionamiento de una democracia participativa.

A. La reforma del 94

La reforma constitucional de 1994 marca una verdadera transformación en la evolución del derecho público nacional en la materia. En el fenómeno han incidido de manera preponderante el derecho público provincial, de conformidad con lo que se comenta en el próximo capítulo, y por supuesto, los modelos del derecho comparado. Entre ellos, las modalidades que contempla el derecho constitucional son siempre referencia ineludibles, al momento de elaborar los institutos jurídicos. Estas modificaciones integran un abanico de contenidos dogmáticos que giran, principalmente, en torno a la incorporación de un nuevo capítulo a la parte dogmática -*nuevos derecho y garantías*- y a la modificación del régimen de los tratados internacionales.

Una serie de artículos ingresados con la reforma, tienden básicamente a modificar y aumentar el plexo de derechos, libertades y garantías individuales. Este acrecimiento se visualiza no sólo a través de artículos que explicitan o expresan muchos de los que eran considerados *derechos implícitos* con base en el art. 33 de la Constitución nacional, sino también por la norma del art. 75, inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia precisamente de derechos humanos (Alice, 1995:3). A lo apuntado es importante agregar que dentro del citado capítulo se institucionalizan, por primera vez en la Constitución nacional, las formas de democracia semidirectas.

Las nuevas cláusulas constitucionales receptan dos formas semidirectas de democracia, que producen modificaciones en el principio establecido en el artículo 22, ya que admiten la participación popular en la adopción de decisiones (Sabsay y Onaindia, 1996:142). Se introducen dos modalidades, la iniciativa popular para la presentación de proyectos legislativos ante el Congreso y la consulta popular, como instrumento con que cuenta en adelante la autoridad -el primer mandatario o el Congreso, vía la Cámara de Diputados- para compulsar el estado de la opinión pública en relación con cierto tipo de materias (arts. 39 y 40). El constituyente nacional ha sido mucho más tímido que el provincial en el tratamiento de esta cuestión, pero no se puede dejar de desconocer que en relación con la situación imperante con anterioridad, se ha producido un importante salto cualitativo. Hacemos esta afirmación en razón de que los textos constitucionales provinciales reconocen un amplio abanico de formas semidirectas, no sólo el plebiscito consultivo y la iniciativa popular.

La Constitución en su actual redacción presenta como canales de participación y control ciudadanos los institutos que acabamos de aludir y cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad -el amparo individual y el hábeas corpus- aunque ahora se les ha dado una extensión mayor, a las que se suman dos nuevos instrumentos: el hábeas data y el amparo *colectivo*. Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las constituciones de provincia, ya las habían adoptado tiempo atrás.

En consecuencia, tanto los institutos de los artículos 39 y 40 de la Constitución, como el amparo *colectivo* constituyen genuinas formas de participación. Las formas de democracia semidirectas, como especifica la Constitución en su respectivo texto requieren de la sanción de una ley del Congreso para ser operativas. Para la iniciativa popular el constituyente fijó un plazo a esos efectos, que no fue observado por el legislador, ya que sancionó esta ley reglamentaria casi diez meses después de vencido el plazo que establece la disposición transitoria tercera.

Se trata de la *ley constitucional* 24.747 que reglamenta el presente instituto. Las modalidades que presenta esta norma, si bien no transgreden el texto constitucional, nos parece que dificultan en gran medida la posibilidad de una participación ciudadana más o menos asidua. Así, la presentación de la iniciativa requiere de la firma de un número de ciudadanos que no sea inferior al 1,5% del padrón electoral de la última elección para diputados y a través de las mismas deberán estar representados por lo menos seis distritos electorales (art. 4). De conformidad con las cifras que hoy muestran los padrones electorales, esta exigencia redundaría en alrededor de 332.000 firmas. El número puede llegar a ser inferior cuando la materia objeto de la iniciativa sea de alcance regional en cuyo caso sólo se tendrán en cuenta a las provincias que integran dicha región. A nuestro entender este requisito no será de fácil satisfacción, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos frente a una modalidad *ante legem*, temperamento que de por sí le quita atractivo popular y que son los temas cuyo tratamiento la constitución excluye, aquellos que despiertan el mayor interés de la ciudadanía.

La Justicia Nacional Electoral es la encargada de verificar la autenticidad de las firmas en un muestreo no inferior al 0,5% de las que se hubieren presentado. El proyecto debe ser desestimado cuando se compruebe la falsedad de por lo menos el 5% de las firmas. También se exige que la iniciativa sea presentada por escrito y que sea redactada en forma de ley y en términos claros. Los promotores deben indicar su identidad y domicilio y dejar constancia de los gastos que incurrirá la iniciativa y el origen de los recursos destinados a hacer frente a los mismos. Estas nuevas exigencias si bien parecen razonables, en el marco de una modalidad tan tímida de participación no pueden sino dificultar aún más su utilización. Además, en lugar de exigir que se redacte un proyecto de norma se podría haber dado lugar a la presentación de un documento que contenga las líneas sustanciales de la ley cuya sanción se persigue. No olvidemos que de todas maneras la iniciativa será luego objeto del recorrido requerido por el correspondiente trámite parlamentario y que por lo tanto merecerá las consideraciones en materia de técnica legislativa que se impongan. Lo relativo a la determinación del monto de gastos y la indicación de la partida correspondiente de recursos también creemos que representa otra cortapisa difícil de efectuar para quienes no integran alguno de los poderes del Estado. Un trabajo serio al respecto requerirá de un conocimiento técnico que no todos los ciudadanos poseen, asimismo se impone contar con la información que no siempre es de fácil acceso en nuestro medio, por no decir que la mayoría de las veces se tornará ilusoria la posibilidad de tenerla. Se trata en todos los casos de requisitos que tornan dificultoso y oneroso el procedimiento encaminado a la presentación del proyecto. Por último, consideramos muy acertada la posibilidad que se les da a los promotores de *participar de las reuniones de comisión con voz de acuerdo con la reglamentación que fijen las mismas* (art. 5, inc. c). Este temperamento acrecienta las características participativas del instituto y asimismo le imprime el carácter de control alternativo e impulsor de cada iniciativa que quede radicada en la Cámara.

Al igual que el texto constitucional en que se apoya, la norma que se comenta incurre en una omisión al no precisar qué ocurre -o mejor dicho qué sanción cabe-, cuando el proyecto impulsado por la iniciativa no es tratado dentro de los doce meses a contar desde su presentación (art. 11). Con la experiencia ocurrida con los plazos contemplados en las disposiciones transitorias para la sanción de las *leyes constitucionales*, pocas esperanzas nos quedan que los términos creados por imperio de la ley, corran mejor suerte que los establecidos por el constituyente. Nos sorprende que ni el constituyente ni el legislador nacionales hayan observado el derecho público provincial en la materia,

entre cuyas disposiciones encontramos la siguiente cláusula de la const. riojana, art. 83, *in fine*: *La Cámara de Diputados está obligada a considerar el proyecto. Cuando lo rechace o lo reforme sustancialmente, la iniciativa deberá someterse a consulta popular. Si el proyecto no es tratado en el término de tres meses, el mismo quedará aprobado* (art. 83, *in fine*). Es cierto que la última parte del artículo se opone a lo establecido en el artículo 82 de la constitución nacional, pero de todas maneras las restantes prescripciones nos parecen muy útiles para impulsar la acción del Congreso en el tratamiento a tiempo de la iniciativa.

En relación con el término de 12 meses, nos parece importante observar el derecho comparado. Al respecto, la mayoría de las leyes fundamentales que han optado por consagrar este instituto han determinado lapsos de tiempo más abreviados. Tal el caso de la constitución peruana de 1993 (art. 31 y su ley reglamentaria 26.300, art. 11), la que establece que el proyecto debe ser votado por el Congreso en los 120 días calendarios siguientes. Por su parte la constitución de Chubut, dispone un plazo de 6 meses a partir de la presentación (art. 263).

El art. 40 de la Constitución, ya citado, contempla la figura de la consulta popular, la cual puede ser vinculante o no vinculante. En el primer caso es el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, el único poder habilitado para someter a consulta popular un proyecto de ley. Efectuada la consulta, si el voto resulta afirmativo el proyecto que ha sido objeto de ella se convierte automáticamente en ley. En realidad se trata de un clásico referéndum legislativo.

En el segundo caso -o sea de la consulta no vinculante- la facultad de convocatoria le cabe tanto al Congreso como al Presidente sin que se produzca luego la sustitución del primero para la sanción de la norma, tal como se ha visto que ocurre en el otro tipo de consulta. Estas modalidades requieren de un ley que debe ser sancionada con una mayoría calificada para su puesta en práctica. Sucesivos proyectos de reglamentación han tratado de sacar provecho de estas figuras para *insertarlas* -valga el término- en el proceso de reforma de la Constitución, de modo de lograr que ella suplante la declaración de la necesidad de la misma de acuerdo a lo que establece el art. 30. Allí se determina una mayoría de dos tercios de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso para ello. La utilización forzada del art. 40, en aras de desconocer el procedimiento especial que el constituyente ha ideado para la reforma, en realidad se sitúa en la tentación reeleccionista de los partidarios del actual titular del ejecutivo.

Estos intentos, lejos de facilitar una genuina participación ciudadana en los asuntos de gobierno, van desprestigiando la figura, como producto de una reglamentación inconstitucional e interesada, como así también por la introducción de una modalidad plebiscitaria que de ningún modo se concilia con los postulados del Estado de Derecho, derivado de una democracia de tipo participativo. La intervención del electorado en el proceso que contempla el citado art. 30 se deriva de los comicios que es necesario organizar, una vez que ya ha sido sancionada la norma declarativa de la necesidad de la reforma, a fin de proceder a la designación de quienes habrán de conformar la convención constituyente. En esa etapa los gobernados deberán optar entre diferentes propuestas modificatorias y al hacerlo, obviamente se inclinarán por una u otra postura. Por lo tanto, resulta absurda la persistencia en la aplicación de instrumentos diferentes que le quitan a la reforma constitucional la rigidez que ha querido concederle el constituyente.

2. Derecho Público Provincial y Municipal

Nos parece importante destacar que no obstante el panorama que presentaba el derecho constitucional nacional antes de la reforma de 1994 en materia de participación, la situación era bien distinta en el ámbito del derecho público provincial. En efecto, en las constituciones de los estados provinciales aparecieron desde tiempos tempranos formas de democracia semidirectas. La tendencia fue iniciada por la provincia de Santa Fe en su constitución de 1921, que luego fue seguida por las de Córdoba y de Entre Ríos. También se pueden señalar los casos de referéndum constitucional adoptados en Buenos Aires y Mendoza. De esta manera de a poco en la mayoría de las provincias argentinas se practicaron consultas, referéndums e inclusive revocatoria de mandatos desde hace varias décadas. Claro que su utilización no ha sido de ninguna manera frecuente y se registró casi exclusivamente en la esfera municipal.

Pero, esta evolución que experimenta el derecho de las provincias se ve acentuada a partir de 1986 con la concreción de una *nueva etapa del constitucionalismo provincial* que involucra la reforma de las leyes fundamentales de la mayoría de los estados provinciales y la sanción de las constituciones de la nueva provincia de Tierra del Fuego y de la ciudad de Buenos Aires. La edificación de una democracia de tipo participativo es uno de los rasgos más destacables de esta última etapa del constitucionalismo provincial, el que ha sido común a las 18 nuevas leyes fundamentales. Es así como a las formas semidirectas vienen a sumarse otros institutos de participación política no partidaria.

Inclusive, en los textos constitucionales la consagración de diversos canales institucionales de participación en las esferas sociales, profesionales, económicas etc., se ve precedida de la definición del régimen a través de expresiones como las siguientes, contenidas en los preámbulos, *consolidar un Estado democrático basado en la participación popular...* (La Rioja); *profundizar la democracia participativa en lo político, económico, social y cultural* (San Juan); *establecer una democracia pluralista y participativa* (Córdoba); entre muchos otros ejemplos (Calderón, 1990:530).

La afirmación de la autonomía de los municipios constituye, también, otro de los aspectos importantes del movimiento de reforma a que estamos haciendo referencia. Producto de este fenómeno se extiende la modalidad del municipio de *carta*, es decir de comunas dotadas de una suerte de poder constituyente de tercer grado. Ello, en tanto y cuanto, tienen la facultad de dictarse sus propias normas fundamentales, de conformidad con los lineamientos contemplados en las respectivas constituciones provinciales. En la actualidad existen numerosísimas cartas municipales con interesantes innovaciones en el campo de los derechos y de la organización del poder. En lo que hace a la temática objeto del presente trabajo, es de destacar la variada gama de instrumentos de participación que en esos instrumentos se contemplan. Entre ellos, la audiencia pública constituye un instituto sumamente difundido en los más variados confines del territorio argentino. Por caso podemos citar a las cartas de San Salvador de Jujuy en la que se habla del derecho de audiencia pública del que son titulares todos sus habitantes y de Puerto Madryn, ciudad en la que este mecanismo se incorpora a un procedimiento muy novedoso de planeamiento estratégico participativo.

3. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa

La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de la Ley Fundamental nacional adquiere un status institucional de plena autonomía, de conformidad con los lineamientos contenidos en su art. 129. Debido a ello este nuevo nivel de gobierno para su institucionalización plena requiere de un proceso, en cuyas etapas se prevé la sanción de sus normas fundamentales. Así, en octubre de 1996 es sancionada la Constitución porteña, la que reconoce un amplio abanico de instrumentos propios de una democracia participativa. En efecto, las formas semi-directas de democracia aparecen en los artículos 64 a 67 y con la audiencia pública del art. 63 se institucionaliza al principal instituto de tipo consultivo que no tiene efecto vinculante directo.

Como otra manifestación propia de la democracia participativa la constitución contempla a través de una suerte de acción popular tanto la defensa de los derechos de incidencia colectiva, como los derivados de las relaciones del trabajo y el combate contra la discriminación (artículo 14). Se trata de un acceso amplio a la justicia con independencia de la lesión de intereses legítimos o de derechos subjetivos. Asimismo, se reconoce el derecho de libre acceso a la información administrada por el Estado de manera explícita respecto de algunas materias (artículo 26), lo que permite, de todas maneras, su extensión a otras cuestiones no expresamente reconocidas. Esta afirmación se apoya en lo establecido en el artículo 1º respecto del carácter público de todos los actos de gobierno.

Es de destacar que el título en examen encuentra antecedentes en las constituciones europeas de posguerra, en la evolución del constitucionalismo provincial, en la letra de las cartas orgánicas de los municipios con autonomía plena y en la reforma de la Constitución nacional del 94 (art. 39 y 40). Claro que respecto de esta última es notoria la profundización de la participación ciudadana que importa el articulado de la constitución local respecto del de la nacional. Ello, surge tanto de una apreciación general como del análisis en particular de cada artículo. En tal sentido, luego de una visión a *vuelo de pájaro* podemos considerar que se multiplican las formas semi-directas y que a diferencia de la carta magna nacional, la de la ciudad le da expreso reconocimiento a las audiencias públicas.

La expresión audiencia pública designa a una institución a través de la cual se persigue que las personas se involucren de manera protagónica en aquellas decisiones susceptibles de afectarlas directa o indirectamente. Se trata de oportunidades de encuentro entre ciudadanos -individuos o grupos- y quienes tienen la responsabilidad de tomar las decisiones. Las decisiones pueden ser de tipo legislativo o administrativo, en función del órgano encargado de tomarlas. La audiencia pública intenta sacar a los gobernados de la pasividad a fin de obligarlos a asumir responsabilidades, a desempeñar un papel que les exige protagonismo y que ayuda a compatibilizar posiciones adversas y al mejor conocimiento recíproco entre distintos sectores de la sociedad.

Para ayudar a entender el modo como se viene incorporando la audiencia al derecho argentino, nos parece útil reproducir la siguiente definición contenida en la ley orgánica de Municipios de la provincia de Córdoba, cuyo art. 175 expresa que *la audiencia pública es una forma de participación a través de la cual los ciudadanos proponen a la administración municipal la adopción de determinadas medidas para satisfacer sus necesidades vecinales o reciben de ésta información de las actuaciones político-administrativas que se realizan en forma verbal, en un solo acto, y a cuyo desarrollo*

pueden asistir los ciudadanos. La audiencia podrá ser solicitada por ciudadanos, por entidades representativas o a instancia del Intendente. De esta cláusula se desprenden los elementos de la institución.

El derecho público municipal argentino abunda en ejemplos de institucionalización de las audiencias públicas. Su desarrollo se ha visto favorecido con la aparición de los municipios de carta, en las cuales la encontramos casi sin excepción. Más allá del concepto de la institución nos parece importante que su reglamentación privilegie el rol de la comunidad en el tratamiento de cuestiones de interés común, concediéndole precisamente a la ciudadanía las mayores garantías de genuina participación. Al respecto resultan de particular importancia los aspectos que hacen a quiénes pueden participar, en relación con qué temas, cómo se debe realizar la convocatoria, de qué manera se deben desarrollar, entre muchas otras.

El art. 63 de la Constitución de la ciudad dispone en primer lugar quiénes pueden convocarlas. Se trata de los órganos políticos de la ciudad o de las comunas. Asimismo, se indica la obligatoriedad de la convocatoria cuando se trata de proyectos legislativos relativos a las materias que se enumeran expresamente. Asimismo, son obligatorias como una etapa necesaria del proceso de doble lectura legislativa que contempla el artículo 90; y, el artículo 120 obliga a la Legislatura, a través de la comisión pertinente a celebrar una audiencia pública para considerar los candidatos a magistrados de los tribunales de la ciudad. Por último, también será obligatoria su convocatoria, cuando la iniciativa cuente con la firma del porcentaje del electorado que el artículo establece. La ley N° 6 reglamenta el instituto con claridad y suficiente amplitud como para posibilitar su efectiva celebración.

Los art. 64 a 67 incorporan la iniciativa legislativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria. Las apreciaciones que vertiremos a continuación se limitan a observar el esquema general planteado en el articulado. Estos mecanismos deben ser luego objeto de reglamentación por parte de la Legislatura, tal como lo determina el artículo 80 en su inciso 4°. En oportunidad de emprender dicha tarea el legislador deberá precisar el perfil y el funcionamiento de estas herramientas participativas, lo que le permitirá mejorar o superar muchos de los interrogantes que en lo que hace a una efectiva participación, las normas plantean.

1. *Iniciativa legislativa.* El artículo 64 se ocupa de una especie de iniciativa popular que les permite a los ciudadanos presentar proyectos de ley ante la Legislatura, quien a su vez está obligada a tratarlos. Por este motivo el artículo 85 reconoce a la iniciativa popular como una de las modalidades susceptibles de dar origen a las leyes en la Legislatura. “La iniciativa popular puede conceptualizarse como un derecho del pueblo tendiente a promover y proponer medidas de gobierno en general. La finalidad de esta forma semidirecta consiste en poner en marcha la actividad del órgano legislativo o administrador, según el caso, no constituyendo un acto de decisión en sí misma. La iniciativa acentúa la participación de los ciudadanos en la política, y además, posibilita que los órganos representativos del pueblo constituyan un fiel reflejo del mismo” (Losa. 1996: 142). La legislatura de la ciudad ya ha dictado la ley reglamentaria correspondiente a este instituto.

Las materias excluidas de la posibilidad de ser objeto de una iniciativa coinciden también con las de la Constitución nacional, a excepción de las del área penal campo que no ha quedado fuera del ámbito del instituto pues no es de competencia local. En este punto nos parece importante destacar que el constituyente ha querido evitar las interpretaciones forzadas a que ha dado lugar el artículo 40 de la Constitución nacional.

Recordemos que se han presentado proyectos que habilitan este procedimiento para iniciar la reforma constitucional y de este modo sustituir el primer paso establecido en el artículo 30 que obliga a la declaración de la necesidad de la reforma con mayoría calificada de miembros. Como veremos lo mismo sucede en el artículo siguiente. Nos parece loable el celo puesto por el redactor por evitar violaciones indirectas al texto de la ley fundamental. Es cierto que para quien desconoce la realidad institucional de nuestro país, estos reaseguros pueden parecer redundancias de redacción, ya que cuesta creer que se pueda invocar la aplicación de una cláusula para evitar la aplicación parcial de otra que precisamente ha previsto un procedimiento especial y excepcional para algo tan trascendente como es la reforma del texto constitucional.

Queremos hacernos eco de la opinión esperanzada de Mercado Luna quien luego de hablar de la institución del artículo 39 de la Constitución nacional, expresa que el desafío de la incorporación constitucional de la iniciativa popular consiste en dar todos los pasos posibles hacia adelante rellenando baches, eliminando obstáculos, limpiando de formalidades y formulismos el camino hacia la consagración efectiva y real de este mecanismo que es mucho más que una técnica electoral (Mercado Luna. 1997:65).

2. *Referéndum*. Es una de las formas de democracia semi-directa más conocidas. Se trata del acto a través del cual el electorado se pronuncia sobre un acto de contenido legislativo. El art. 65 con buen tino precisa que el procedimiento puede estar encaminado a la sanción de una nueva norma o a la modificación o derogación de una ya existente. A diferencia de la terminología utilizada por el constituyente nacional en el artículo 40, 1° párrafo -allí se habla de consulta popular- la presente constitución habla de referéndum que es el término adecuado. Las consultas populares son el género, en la medida que dicha voz alude a toda modalidad encaminada a posibilitar el pronunciamiento de la ciudadanía sobre un tema de naturaleza pública. Pero, como podemos apreciar peca de una excesiva generalidad. Tampoco se ha empleado el término plebiscito. En doctrina la diferencia entre los referéndums y los plebiscitos se ubica en la naturaleza de la cuestión sometida a la decisión popular. En el primer caso, como ya se ha visto debe ser de tipo legislativo o normativo, en el segundo se trata de una materia de naturaleza esencialmente política. Los plebiscitos no son reconocidos por el ideario democrático, pues su simple alusión nos remonta a episodios negativos del accionar de dictadores. Este tipo de institutos tiende a personalizar las cuestiones y a poner al electorado ante la necesidad de adherir al deseo del tirano sin que exista alternativa válida alguna al acto que él desea hacer legitimar apelando al pronunciamiento de la voluntad popular. Muchas veces los plebiscitos giran en torno a la aprobación del accionar del gobernante o a asegurarle una duración ilimitada en el ejercicio del poder.

Sin embargo, no nos engañamos sobre el carácter equívoco que tiene y ha tenido la utilización de estos dos términos. Por aproximación, se acostumbra afirmar que mientras el referéndum tiene un contenido predominantemente legislativo o normativo en general, el plebiscito asume un carácter netamente político. Sin embargo, salta a la vista que numerosas cuestiones políticas pueden estar revestidas de formas normativas, con lo que aquello que aparenta ser un referéndum se transforma en la imagen de un plebiscito (así ocurrió, por ejemplo, con la última consulta convocada por el presidente De Gaulle, que le fue adversa). Muchas veces la aprobación de una constitución (decisión jurídica) envuelve la decisión sobre la forma de gobierno (república o monarquía), y entonces se trata de un pronunciamiento popular sobre una decisión política fundamental (Vanossi, 1987:278).

En el caso que se analiza el redactor ha querido precisar que se está frente a un acto obligatorio y vinculante, caracteres propios y esenciales de la figura que estamos tratando. Es obligatorio y por ello el sufragio popular a través del cual se deberá materializar en los hechos, también lo será. Es vinculante pues el veredicto que surja de las urnas, luego de efectuado el correspondiente escrutinio, obliga a la Legislatura. Normalmente la Legislatura es el único órgano habilitado para convocar a la ciudadanía a referéndum, lo debe hacer por medio de una ley que no puede ser objeto de veto. Esta última particularidad da aún más coherencia a un régimen que como el que se analiza ha querido atribuir los plebiscitos a la exclusiva incumbencia del poder legislativo.

Sólo excepcionalmente interviene el ejecutivo y esto ocurre frente a la hipótesis de incumplimiento de la iniciativa popular por parte de la Legislatura que ya analizamos cuando nos ocupamos de la iniciativa. Es sólo este caso que como viéramos será de muy difícil ocurrencia, el que permitiría que un proyecto de ley con estado parlamentario por iniciativa popular, pueda convertirse en un referéndum y de este modo obviar la intervención del legislador. En lo relativo a las materias vedadas, a las previstas en el artículo anterior se suman los tratados interjurisdiccionales y los asuntos que requieran mayorías especiales. En esta última situación se encuentra un número muy elevado de cuestiones como se puede apreciar en el punto de nuestra introducción dedicado a las leyes reglamentarias de la constitución. En relación con los tratados con otras jurisdicciones, pensamos que se ha empleado por extensión el mismo criterio relativo a los tratados internacionales del artículo anterior. Es decir que se ha querido mantener en la esfera exclusiva de los órganos representativos el tratamiento de cuestiones que comprometen a más de una voluntad institucional. Creemos que esto se ha hecho con el objeto de impedir que las circunstancias que rodean a la coyuntura política -propias de una campaña electoral- sean capaces de comprometer las relaciones internacionales o intra-federales, cuyo manejo generalmente es el producto de delicadas gestiones que se encaminan a la construcción de importantes y delicados consensos regionales.

3. *Consulta popular.* La característica preponderante de esta modalidad se sitúa en el efecto no vinculante de la decisión tomada por el electorado en el marco de este tipo de forma de democracia semi-directa. Tal el carácter que la diferencia del referéndum del artículo anterior. Asimismo, el carácter no obligatorio que torna en facultativo el sufragio del electorado constituye otro rasgo diferenciador. En este caso se amplían los habilitados a realizar la convocatoria, la que puede ser efectuada por los dos poderes políticos e inclusive se organiza su realización en el interior de las futuras Comunas.

En lo que hace a materias se exceptúan las mismas que contempla el referéndum, salvo las cuestiones tributarias. Creemos que en la inclusión de esta temática debe haber pesado la decisión tomada en mayo del 96 por el Intendente de Mar del Plata de someter a consulta popular el aumento de los impuestos municipales. Contra lo que se podría pensar triunfó el voto afirmativo y la experiencia resultó muy aleccionadora sobre nuevas modalidades para la toma de decisiones respecto de las cuales es necesario el claro consenso de la ciudadanía.

4. *Revocatoria.* Es el procedimiento a través del cual un funcionario es removido de su cargo por decisión del electorado que lo ha designado antes de la finalización del término de su mandato. Haro nos recuerda que la revocatoria o *recall* -término sajón- se ha desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica. Durante el siglo pasado notamos una ausencia de regulación legislativa sobre el *recall*, hasta que en 1903 en la ciudad de Los Angeles aparece incorporado a su carta municipal. Esta actitud es seguida luego por numerosas ciudades, principalmente en aquéllas en que se

establecieron formas de gobierno comunal con una acentuada concentración de poderes como eran los gobiernos por Comisión y por gerentes. Bien pronto el *recall* va conquistando apoyo y fervor, trascendiendo el plano municipal para incorporarse al estadual. Oregón es el primer estado que realiza esta promoción, incorporando el *recall* en su constitución de 1908. California lo establece en su constitución de 1911 y sucesivamente adoptan igual criterio Texas, Idaho, Kansas, Nevada, Colorado, Michigan, Luisiana y la mayoría de los estados del Oeste. Más adelante nuestro autor citando a Esmein expresa que los partidarios del *recall* lo fundamentan en la aplicación a las funciones públicas de los principios que rigen la buena marcha de un negocio. Es así, como el empleador puede en todo momento despedir a un empleado por razones de incapacidad o deshonestidad (Haro, 1987:66).

La institución no está contemplada en la Constitución nacional. En el derecho público provincial y municipal encontramos numerosísimos ejemplos; constituciones de Santiago del Estero, Córdoba, Salta, Catamarca, San Juan, Tierra del Fuego para sólo citar algunas. También ha sido muy amplia su incorporación en las cartas orgánicas municipales. La disposición que se comenta hace pasibles de revocatoria a todos los funcionarios electivos. Por lo tanto será aplicable al Gobernador, al Vicegobernador, a los legisladores y a los titulares por sufragio de los órganos que tendrán las Comunas. Luego establece como requisito para su admisibilidad que el funcionario haya cumplido un año en el ejercicio de sus funciones o que queden menos de seis meses para la expiración de su mandato. Por último, se exige la fundamentación de causa que tenga que ver con el desempeño del funcionario en cuestión y la presentación de la iniciativa por el mínimo de firmas que contempla el primer párrafo del artículo. El proceso culmina con la celebración de un referéndum en el que el electorado se pronunciará por la continuidad o no del afectado en el ejercicio de sus funciones. Dado el efecto vinculante de dicho procedimiento si el resultado fuere favorable a la destitución, el funcionario en cuestión quedará removido automáticamente de su cargo. La convocatoria la hace el Tribunal Superior en un plazo de noventa días de comprobada la concurrencia de los extremos mencionados. Este mecanismo se agrega a los procedimientos existentes para la remoción de los funcionarios pasibles de ser objeto del mismo.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La Argentina ha ingresado en un proceso que debiera incorporarla al concierto de países que poseen una democracia participativa. Esta nueva etapa del constitucionalismo que aparece con posterioridad a la democracia representativa, ha quedado consagrada, aunque con grandes limitaciones por el constituyente reformador de 1994. El camino a recorrer para su efectiva adecuación a nuestro medio, creemos que todavía será bien largo. Sin embargo, en su transcurso es preciso resistir a toda tentación propicia a confundir a una genuina participación con modalidades de tipo plebiscitario, que lejos de ensachar el arco de la democracia, seguramente nos conducirán a nuevas formas de personalismo, a las que nos tiene tan acostumbrados al realidad latinoamericana.

Es de destacar la diferente evolución ocurrida en los diferentes niveles de gobierno. En tal sentido, la situación en muchas provincias y municipios arroja una luz esperanzadora en relación con la profundización de la participación genuina en la Argentina. Consideramos que debe seguirse con atención lo que ocurre en esos ámbitos pues ellos

constituyen interesantísimos *casos pilotos* a tener en cuenta a la hora de reglamentar las herramientas para la participación ciudadana en otros medios.

El logro de objetivos de efectiva participación democrática recae en gran medida en la labor del legislador, quien de conformidad con los mandatos constitucionales le cabe la difícil tarea de legislar en la materia. Al respecto, nos parece fundamental que se organice un sistema de contralor que impida que en la práctica se desvirtúen los caracteres que hacen a la relación entre estas herramientas de participación y el sistema democrático.

Por último, nos parece fundamental recordar que los grandes actores de la participación son los propios interesados, sin cuya iniciativa y efectiva intervención, el sistema necesariamente habrá de naufragar. Por lo tanto, el modelo constituye un claro convite a la hoy tan invocada sociedad civil, la que para poder cumplir con un desempeño en tantos niveles diferentes, debe organizarse. De lograr hacerlo, seguramente se irá diseñando un sistema de gobernabilidad que asegurará mayor eficiencia, más amplia legitimidad y transparencia y una asunción mayor de responsabilidades de parte de gobernados y gobernantes. Es de esperar por el bien de nuestra joven democracia que la *cita* no se demore en demasía.

BIBLIOGRAFÍA

ALICE, Beatriz, *Acrecimiento de la Dogmática Constitucional*, El Derecho, 7/12/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo VI, *La Reforma Constitucional de 1994*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina 1995.

CALDERÓN, Raúl E., "Participación Política" en PÉREZ Guilhou, D. y otros: *Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, Argentina 1990.

HARO, Ricardo, *Constitución, Gobierno y Democracia*, Córdoba, Argentina.

LOSA, Néstor O., *Elementos de derecho público provincial y municipal*, GEEMA, Colección "De Iure", Buenos Aires, Argentina.

MERCADO LUNA, Ricardo, *Constitución, Política y Sociedad*, Editorial Canguro, La Rioja.

MORELLO, Augusto M., *Posibilidades y Limitaciones del Amparo*, El Derecho, 22/11/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

RIVAS, Adolfo, *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, El Derecho, 26/11/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

SABSAY, D.A. y ONAINDIA, J.M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, 3° edición 1997, *La Constitución de los Porteños*, Errepar, 1998, Buenos Aires, Argentina.

SABSAY, Daniel A., *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*, El Derecho, 16/4/96, Buenos Aires, Argentina 1996.

SABSAY, Daniel y TARAK, Pedro, “La participación vecinal y la gestión del medio ambiente -Audiencias Públicas/Gobierno Local”, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires 1995.

SPOTA, Alberto A., *Democracia Directa y Semidirecta en Suiza*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina 1971.

VANOSI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina 1987.

4. *Desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

Marie Picard de Orsini
Profesora de la Universidad de Carabobo
Venezuela

I. COMENTARIOS INICIALES

1. A través del tiempo el hombre ha trabajado para construir con afán y a veces con error, una comunidad que corresponda a la necesidad básica de conciliar el poder y la autoridad con la realización del individuo. Las diversas comunidades políticas, las diversas generaciones han encontrado soluciones distintas para este problema central del gobierno, sin embargo, fue común a ellas el deseo de limitar el arbitrio egoísta de los gobernantes en el interés de la seguridad, la preservación de la vida, de la libertad; el resultado de todos estos esfuerzos es el llamado Estado constitucional o el Estado de la democracia constitucional.

El Estado constitucional proviene del Estado de derecho y uno de los principios fundamentales del Estado de derecho, del Estado constitucional, es el de la supremacía constitucional. La Constitución es la instancia máxima para la convalidación del derecho positivo. A través de los siglos la formulación ha sido considerada como la garantía de que el gobierno constitucional no podía ser otra cosa que el constitucionalismo democrático a través de una Constitución escrita. Sin embargo, tenemos que hacer la siguiente observación: La existencia de una Constitución escrita no garantiza la permanencia de un gobierno constitucional. Si partimos de la realidad constitucional podemos decir que todo Estado tiene necesidad de un orden fundamental de sus funciones, presupone una Constitución pero no termina allí. Es una organización que tiene raíz en el cuerpo social que representa principios determinados, ideas, creencias, fines, intereses. La Constitución debe ser entendida como una Institución, una organización que penetra en la vida personal del hombre, que forma su ser y a la vez los miembros de la sociedad influyen decisivamente sobre ella y de allí derivan su legitimidad, su validez, su vigor.

2. La constante transformación del Estado de derecho implica un reto para el orden constitucional que en parte se ve rebasado en sus posibilidades. Muchas veces estos peligros surgen de las propias normas de la Constitución y es indispensable prestarle una especial consideración y una especial atención por cuanto estas normas representan un derecho, mucho más, un deber ciudadano, garantía de estabilidad de la democracia que va en beneficio de los gobernados, de toda la sociedad civil.

La concepción que tengan los ciudadanos de sus derechos es muy importante para la transformación de esos derechos en principios que desembocarán en una opinión pública que puede ser considerada valiosa y digna de protección jurídica en un Estado considerado como democrático.

La interpretación y la defensa de la Constitución dan cabida a los procesos de formación de participación y opinión pública que deben ser respetados.

3. Promover la vigencia del Estado de derecho como fundamento del orden político, es uno de los aspectos más destacados para el desarrollo de una verdadera democracia. La vigencia de los derechos humanos debe ser centro del Estado de derecho, en un sistema democrático, aún en aquellos casos en los que sólo existen algunas de las estructuras democráticas y donde el consenso de la población en torno a la democracia es aún débil o más bien frágil.

La democracia es ante todo *una forma de vida*¹ y no se delinea como una teoría de la forma de gobierno, que se agota en la pretensión de justificar a los detentadores del poder sino como forma de Estado en cuanto justificación del régimen político en su contenido.

Es importante el modo y ejercicio de la función gubernativa. No interesa tanto quién es el titular del mando, quién tiene el poder, sino cómo lo ejercita. La democracia está comprometida en la forma de gobernar y no en la forma del gobierno².

4. El hombre en el Estado necesita usar de un ámbito de libertad para ejercitar sus derechos y comprometer sus obligaciones. La libertad personal es la condición ineludible y fundamental para el ejercicio de los derechos individuales.

El hombre es titular de derechos subjetivos, necesita de la libertad para su ejercicio. El derecho del hombre a la libertad de su persona y de sus actos es casi sinónimo de democracia y el libre juego de las ideas es una vigencia democrática y un síntoma de vitalidad. El orden democrático nace de la coincidencia de valores, ideas e instituciones, y a partir del consenso que pueda generarse. Democracia significa participación y no abstención.

5. Un Estado de derecho es un Estado democrático, cuya actividad se ve determinada y limitada por el derecho. Tiene por objetivo fundamental limitar el poder político en beneficio de la libertad individual. Estado de derecho es aquel Estado ubicado dentro del derecho y que cobra su legitimidad a partir de ese mismo derecho. En tal sentido, la noción del Estado de derecho supera el sistema jurídico formal para convertirse en principio ordenador de la democracia como sistema político.

Derecho, en estos términos, es el conjunto de reglas políticas institucionalizadas que guían la conducta humana e influyen en la misma. La primacía del derecho y la idea moral de la justicia son los principios esenciales del sistema jurídico práctico.

El Estado de derecho es aquel Estado que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos³.

La intervención del Estado debe ser limitada, previsible y calculable y para realizarlo debe incorporar las garantías correspondientes: La primera de estas garantías es la ley. El problema es que puede haber leyes injustas aún cuando sean públicas.

Es necesario el sometimiento a la ley, de la administración y de la justicia. Este sometimiento a la ley trae consigo dos consecuencias: La primera, ninguna autoridad, ningún organismo del Estado puede apartarse de la ley, aún cuando el gobierno así lo reclama-

1. THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung, 1997. p. 15

2. BIDART CAMPOS, Germán, *Doctrina del Estado democrático*, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires 1961, p. 15.

3. HERZOG, Román, *Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano. Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung. p. 21.

ra. En segundo lugar, la observancia obligatoria por parte de la comunidad, ya que la política fundamental de un Estado de derecho, de una democracia, es el imperio de la ley como valor más importante de la vida social.

6. La observancia obligatoria de la ley y el reconocimiento de la misma puede sufrir un desconocimiento por parte de la comunidad que pueden ser valoradas como injustas aún cuando sean públicas y el surgimiento de si es lícito y legítimo desobedecer las leyes, valores o desconocer la autoridad, es un problema tradicional que ha sido objeto de reflexiones y discusiones de filósofos, moralistas, juristas, teólogos, sin embargo existe una desobediencia muy particular, cuya expresión *desobediencia civil* es en cambio moderna y entró en el uso corriente de escritores anglosajones, comenzando por Henry David Thoreau en su clásico *Ensayo Civil desobediencia*. Posteriormente, fue mostrada a través de los casos llamados *desobedientes clásicos*: M. Gandhi y Martin Luther King. En su sentido propio, la denominada *desobediencia civil* es solamente una de las situaciones en que la violación de la ley es considerada, por quien la cumple o hace su propaganda, éticamente justificada.

7. Ubicaremos la *desobediencia civil* en un contexto de democracia representativa y participativa y por supuesto, en un Estado de derecho que sustenta una democracia que indisolublemente está enlazado, en la época actual, a sus cualidades social y democrático y como Estado social y democrático de derecho, tiene como uno de sus sustratos valorativos a la seguridad jurídica, gracias a la cual se protegen los derechos fundamentales, el derecho adquiere certeza y en definitiva se viabiliza un orden civilizado de convivencia.

8. Una vez ubicado el tema *desobediencia civil* en una democracia que soporta un Estado de derecho, que se debe desarrollar en una sociedad justa que tiene el elemento de seguridad jurídica, ¿Qué es lo que hace que este tema tan polémico, tome vigencia en los países democráticos y que en Venezuela, a raíz de los cambios constitucionales que se han materializado en un estado de crisis en el cual estamos inmersos, tengamos que justificar y aplicar este instrumento establecido en la Constitución de 1999 y que consideramos como un *instrumento propio de la democracia*, considerado como un *derecho constitucional, un derecho humano inalienable e irrenunciable*?

Siendo que la democracia venezolana según la Constitución de 1999 es proclamada más participativa que representativa, este hecho se ha traducido en acontecimientos acaecidos en nuestro país, donde la sociedad civil, a través de una conducta de resistencia, ante el régimen político existente, se está expresando de una manera contundente, conforme al artículo 350 constitucional.

9. Las consideraciones que presentamos en este trabajo, partirán del análisis somero que se pueda hacer de una manera doctrinaria teórica que nos llevará al análisis constitucional. Para poder llegar a este punto, presentaremos referencias históricas, conceptos emitidos según los diferentes puntos de vista y nuevos enfoques que nos ayudarán a justificar el uso de este instrumento en el ámbito constitucional venezolano.

II. CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES

1. Indudablemente que el principio de legalidad de toda actuación del Estado forma parte de la Doctrina del Estado de derecho. No obstante la ley formal puede convertirse

en instrumento de lo injusto y que el contenido material de la actuación estatal posee la misma importancia que su forma.

El Estado de derecho necesita que los ciudadanos respeten la ley y acaten las decisiones políticas. La vigencia de las mismas no puede depender de que todos sus ciudadanos, sin excepción, las juzguen legítimas. La ley reprime a la violencia y pacífica, por lo que debe ser respetada, aún siendo imperfecta.

En contrapartida, el Estado de derecho somete toda actuación de los órganos del Estado al derecho, fija límites legales al Poder Público y protege al ciudadano a través de adecuados mecanismos jurídicos frente a posibles situaciones de abuso en que pueda incurrir el Poder Público. Asimismo los derechos fundamentales, en su acepción clásica de libertades y garantías forman parte de estos mecanismos destinados a prevenir abusos de poder. Estos derechos se orientan a preservar la dignidad del hombre como valor supremo. Son la garantía constitucional que le reserva al ciudadano *un espacio privado*.

2. En el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue adoptada en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, se estableció: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, con el fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

En el Preámbulo en cuestión se habla del supremo recurso de la rebelión, término que ha sido confundido con la desobediencia civil que como otros, deslindaremos de la figura que nos ocupa. Muchos de los autores radicales en sus conceptos, ven en este Preámbulo la manera de justificar la desobediencia civil cuando en realidad la desobediencia civil debe ser vista como una forma de resistencia y que ésta en ningún caso es rebelión.

3. Para poder entender lo que significa la desobediencia civil es necesario partir de la consideración de que el deber fundamental de cada persona sujeta a un ordenamiento jurídico es el deber de obedecer las leyes. La observancia de esa obligación de la obediencia a las leyes es al mismo tiempo, la condición y la prueba de la legitimidad del ordenamiento, si por poder legítimo, se entiende, el poder cuyos mandatos serán obedecidos.

El poder que pretende ser legítimo fomenta la obediencia, desalienta la desobediencia, mientras que la obediencia a las leyes y a la autoridad, es una obligación, la desobediencia ilegítima y como tal castigada.

¿Si la obediencia a las leyes y a la autoridad es una obligación cómo podemos hablar entonces de desobediencia civil?

Tenemos que expresar que en principio, la desobediencia civil es una forma particular de desobediencia, en cuanto que es llevada a cabo con el fin inmediato de demostrar públicamente la injusticia de la ley y con la meta de que el legislador la cambie a la autoridad.

La desobediencia civil se dice que es una forma particular de desobediencia por cuanto no participa de la desobediencia común que significa un acto que desintegra el ordenamiento, por lo que debe ser impedida para que el ordenamiento sea reintegrado. La desobediencia civil es un acto innovativo, no destructivo.

4. Quien cumple la desobediencia civil considera no cometer un acto de trasgresión de su propio deber de ciudadano sino que considera que se comporta como un buen ciudadano, en una circunstancia particular, más bien desobedeciendo que obedeciendo.

Se le suele caracterizar como una situación ilegal, pública y no violenta llevada a cabo con el objetivo de cambiar una ley o política gubernamental⁴.

En sentido propio, la desobediencia civil es solamente una de las situaciones en que la violencia de la ley es considerada por quien la cumple o hace su propaganda, éticamente justificada y al tener un fin de publicidad, es lo que realmente la diferencia de la desobediencia común que cumple el acto de desobediencia con el máximo secreto.

Podríamos decir que su fundamento está en principios éticos, morales superiores al derecho para obtener un cambio de leyes o un cambio de valores. ¿Estará en este caso la justicia por encima del derecho?

5. La moral permite hacer un juicio de valor sobre el orden jurídico existente, y le califica, para determinar si el mismo supone y aplica un sistema de vida justa, o por el contrario, ha desmejorado la calidad de vida del ciudadano. Desde el punto de vista jurídico la desobediencia civil es fundamentalmente de orden constitucional y se le consi-gue en el ordenamiento constitucional como una forma de resistencia y se hace presente en los casos en que se va en contra del orden constitucional, el cual se pretende cambiar, y ante el cual el ciudadano puede resistirse y desconocer la validez del orden jurídico, y desconocer la eficacia de las autoridades, y asimismo los actos que se derivan de ese orden. Es una manifestación colectiva y pública, en la que la expresión de rechazo va mas allá de un acto del gobernante ya que busca impedir que persista la violación de principios, de derechos y garantías fundamentales. Es necesario admitir que vista desde este punto de vista, la desobediencia civil luce integrada a los derechos genéricos, inherentes a la condición del ser humano como se reconoce en gran parte de los textos constitucionales incluyendo el nuestro que establece en el artículo 22 de la Constitución de 1999, lo siguiente:

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

III. REFERENCIAS HISTÓRICAS

Una serie de acontecimientos y procesos sociales nos confirman la importancia de este tema que ha sido aceptado en la comunidad científico-social. El término desobediencia, como forma de organización social contra la dominación y el poder, fue utilizado por primera vez por Henry David Thoreau (1817-1862) cuando publicó en 1849 su libro *Del deber de la desobediencia civil* en donde proclama la necesidad de la *revolución pacífica* para lograr objetivos de las luchas civiles norteamericanas de ese entonces. El escritor norteamericano declara rechazar el pago de los impuestos al gobierno que los emplea en la realización de una guerra injusta como lo era la guerra contra México (1846-1848) y al respecto afirma que “La única obligación que tengo es el derecho de asumir, es la de hacer lo que considero justo” y frente al acto que lo puede llevar a la cárcel responde: “Bajo un gobierno que encarcela a cualquiera injustamente, el verdadero lugar para un hombre justo es en prisión”.

4. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trota, Madrid 1994, p. 22.

Thoreau fue un defensor de la misma, como conciencia militante, constantemente crítica y activa. Aportó a la historia, la actitud desobediente como actuación ética.

El término desobediencia civil fue adoptado posteriormente por Mahatma Gandhi (1869-1948) al inicio de sus luchas en Suráfrica cuando organiza la resistencia *no violenta* contra el régimen surafricano. Posteriormente, en 1917, de regreso a la India, su tierra natal, su experiencia de desobediencia le permite iniciar sus luchas para lograr la organización para un programa de resistencia civil con el cual conseguirá el objetivo independentista.

Este programa de luchas de resistencia civil en la India se organizó en cuatro etapas: 1. La renuncia a los títulos nobiliarios por parte de los indios, así como a someterse a los tribunales británicos, no aceptar préstamos gubernamentales, no asistir a las escuelas ni fiestas oficiales; 2. Dimisión de los funcionarios a los cargos de gobierno; 3. Abandonar el ejército y las fuerzas del orden; y 4. No pagar impuestos. Esta actitud no eximió sin embargo, hechos de violencia.

Mahatma Karamchand Gandhi, tomó de Thoreau la noción *desobediencia civil* y le imprimió un sentido propio, el cual era la lucha no violenta, dentro de una estrategia de resistencia no violenta de lucha contra las injusticias y de búsqueda de la verdad, contraria a la resistencia pasiva. Para Gandhi la *desobediencia civil* es considerada como un derecho inherente a todo ciudadano. Las razones de justicia, búsqueda de la verdad exigen llevarlas a cabo una actitud desobediente que no debe ser arbitraria o indiscriminada, caprichosa o irreverente hacia el derecho.

De los dos anteriores precursores encontró Martin Luther King (1929-1968) las claves para organizar un movimiento de resistencia no violento contra la discriminación racial. Para Martin Luther King el desobediente civil auténtico se niega a pagar los impuestos o viola la ley a sabiendas de que legalmente está equivocado, si bien moralmente se cree con la razón de su parte. Consideró que sus pretensiones se amparaban no sólo en la justicia, sino también en la ley, en la Constitución Federal, de hecho múltiple fallos del Tribunal Supremo apoyaron sus acciones.

Estos precursores son actualmente denominados *los desobedientes clásicos* y partían de la concepción del carácter civil de la desobediencia contra la injusticia.

IV. CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL

1. Posteriormente a los llamados *desobedientes clásicos*, estudiosos de este tema se dirigieron a conocer situaciones en las cuales se considera razonable incurrir en la desobediencia civil. Entre estos estudiosos podemos mencionar a Garzón Valdés el cual considera las siguientes circunstancias para ejercer este derecho⁵.

a) Se lleva a cabo en situaciones que los actores juzgan como excepcionales. b) Por imposibilidad de utilizar los medios ortodoxos de participación política y, c) Por la urgencia del caso.

5. Autor citado por HEREDIA DE GIRÓN, Belén, "La desobediencia civil. Su pertenencia en un régimen constitucional de derecho", *Anuario edición especial del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, "La Constitución Nacional, 30 años después". Valencia, Venezuela 1992, p. 229.

Este autor considera que las condiciones de la desobediencia civil están dadas cuando una minoría o un grupo de intereses no tienen ninguna posibilidad de lograr sus objetivos, a través de los canales normales de la participación democrática.

El argumento de la urgencia, es una respuesta al argumento de paciencia que alegan quienes detentan el poder.

Otros argumentos serían la falta de eficacia de las disposiciones constitucionales. Cuando la Constitución no es aplicada con respecto a sus disposiciones y derechos fundamentales de los ciudadanos. La violación de disposiciones constitucionales por parte de las autoridades, violación de Tratados Internacionales, por violación de leyes vigentes por parte de las autoridades.

2. John Rawls⁶, en su obra *Teoría de la Justicia* analiza tres condiciones en las cuales se puede justificar la desobediencia civil: La desobediencia debe limitarse a casos claramente injustos para el desarrollo de las instituciones justas; que se hayan hecho todos los intentos posibles por la vía normal, para que sea absolutamente necesario y el deber natural de la justicia puede exigir ciertas limitaciones.

Juan Ignacio Ugartemendia⁷, autor español pertenece a las nuevas tendencias y en su obra titulada *La desobediencia civil en el Estado constitucional y democrático* llega a las siguientes conclusiones: 1) Lo realmente característico de la desobediencia civil, es que se trata de una manera de participación ciudadana en la cosa pública, que obedece a motivos de justicia, bien sea para denunciar o para remover algún tipo de injusticia. Por ello es que se trata de un tema de evidente actualidad, ya que en estos momentos las insuficiencias de los sistemas democráticos lesionan la legitimidad en el ejercicio del poder. 2) Es un modo de hacer *participativa* a la democracia. Funciona como una especie de perfectibilidad de la democracia. La desobediencia civil se corresponde con una actitud ciudadana comprometida con el sistema democrático, en su intento por perfeccionar y mejorar su funcionamiento. Es una actitud de compromiso con la justicia y por tanto una opción por la obediencia cualificada. 3) Funciona o se legitima en la medida en que propugna la aceptación del constitucionalismo democrático. Es una desobediencia en cuanto consiste en transgredir una norma jurídica concreta pero también es civil por cuanto se lleva a cabo apelando a los principios y valores de legitimación del sistema jurídico-político. 4) Con el surgimiento de la Constitución democrática, se consigue la jurisdicción del histórico derecho de resistencia contra las injusticias del poder público legítimo en ejercicio o en título, ya que en un Estado constitucional democrático, la función de garantía del derecho, así como el fundamento de la legitimidad para desarrollarla, residen en la Constitución. 5) La desobediencia civil es de alguna manera, indicativa del grado de madurez democrática de un Estado y su presencia se hace notar cada vez más en nuestra sociedad.

V. DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Es ineludible diferenciar la figura de la desobediencia civil de otras cuyas formas de acción se suelen confundir con instrumentos acciones y situaciones parecidas tratadas

6. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Edición Castellano, Madrid 1978, Título original *A theory of Justice*, Harvard 1971.

7. Autor y obra mencionada por NUÑEZ ALCÁNTARA, Edgar, "La desobediencia civil", *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo*, nº 1, Inquival Gráfica C.A., Valencia 2002, p. 109.

muchas veces por la doctrina de la misma manera. La desobediencia revolucionaria, la desobediencia social, la resistencia, la rebelión, la desobediencia pasiva, la objeción de conciencia.

Una vez diferenciadas estas acciones estableceremos las características de la desobediencia civil, su conceptualización y su cobertura legal y constitucional.

1. *La desobediencia revolucionaria*: Su máxima aspiración es derribar el orden legal existente y sustituirlo por otro mientras que la desobediencia civil lo único que persigue es la modificación de una medida normativa y su sustitución por otra que juzga más justo de acuerdo a la ideología moral o jurídica que generalmente coincide con el contenido o con el espíritu de la Constitución vigente.

2. *Desobediencia social*: En la concepción de la desobediencia social, encontramos la desobediencia civil quien no utiliza la violencia usual por parte de los desobedientes. Henry Thoreau, escribe en su Ensayo *La desobediencia civil* forma extraña de desobediencia, pues proscribía el uso de la fuerza, en tanto que en otras muchas formas de desobediencia social, el empleo de la violencia es usada por parte de los desobedientes⁸.

3. *La resistencia*: El derecho de resistencia ha sido considerado como categoría general de la desobediencia civil e igualmente la objeción de conciencia y la resistencia pasiva o activa. Todas son consideradas como acciones no violentas. La resistencia debe ser considerada más como una reacción que una acción, de una defensa más que una ofensa, de una oposición más que de una revolución⁹.

4. *La objeción de conciencia*: Consiste en una conducta individual, por medio de la cual, el ciudadano decide no hacer lo que se le ordena. Esta figura podría, desde el punto de vista del Dr. Allan Brewer-Carías¹⁰, estar regulada, pero en forma deficiente, en el artículo 61 de la Constitución de 1999 cuando establece que: *No puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley, cuando debería señalar que no puede invocarse para eludir la aplicación de sanciones derivadas del incumplimiento de la ley*. La desobediencia civil es un acto colectivo y público, la expresión de rechazo va mucho más allá del acto de un gobernante ya que busca impedir que persista la violación de principios, derechos y garantías fundamentales.

5. *Resistencia pasiva*: Es aceptar la sanción que acarrea la desobediencia pero se manifiesta por la repugnancia a ejecutar algo como protesta pacífica.

6. *La rebelión o insurgencia*: Tiene una connotación de violencia que no se corresponde con la desobediencia civil o cualquiera de las figuras del derecho de resistencia.

En resumen, la desobediencia civil es una acción formalmente ilegal, pero legítima, colectiva, pública y pacífica.

VI. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

1. *Es un acto público*: La desobediencia civil es una forma particular de desobediencia, se lleva a cabo con el fin inmediato de demostrar públicamente la injusticia de la ley y con el fin mediato de inducir al legislador a cambiarla. Es un acto que apunta a

8. *Desobediencia social en Venezuela*. CARVALLO, Gastón, Colección José Agustín Silva Michelena, Caracas 1990, p. 12.

9. *Diccionario de Política*, Siglo veintiuno Editores, México 1986, p. 1443.

10. Declaraciones emitidas por el Dr. BREWER-CARIAS, Allan, al diario *El Nacional*, 03-11-2002, p. D-4.

cambiar el ordenamiento, es un acto no destructivo sino innovativo. Este carácter de publicidad sirve para distinguir indudablemente la desobediencia civil de la desobediencia común: mientras que el desobediente civil se expone al público, y sólo exponiéndose al público puede lograr su objetivo, el desobediente común, debe cumplir su objetivo cumpliendo el acto en secreto.

¿Cuándo se considera para el desobediente, pasar de la obediencia a la desobediencia civil?: En el caso de la ley injusta, el caso de la ley ilegítima (es decir emanada de quien no tiene el poder de legislar) y el caso de la ley inválida (o inconstitucional).

2. *Es un acto no violento*: La no violencia, como principio, se basa en una consideración de que por muy convencido que uno esté de la justicia de su causa, eso no justifica que se ejerza violencia contra otros (casos de Gandhi y Luther King). Es la renuncia al uso de la violencia contra el otro incluso en el caso de agresión violenta por su parte. Es una de las características más importante de la desobediencia civil ya que la acción directa, no violenta, busca crear una crisis y establecer una tensión tal que una comunidad que se haya negado al consenso y a negociar se vea forzada a aceptarla.

3. *La aceptación voluntaria del castigo*: Algunos autores consideran que no es bastante que el desobediente esté dispuesto a someterse voluntariamente a juicio. Exigen además, la aceptación del castigo, entendida como renuncia a hacer uso de los mecanismos legales de defensa que el ordenamiento jurídico le proporciona. Es así como el desobediente civil para poder considerado como tal, no debería intentar conseguir su absolución o una atenuación de la pena, sino solamente renunciar a cualquier tipo de defensa legal. Esta aceptación voluntaria de la pena o el castigo es considerada como una señal de respeto al orden jurídico. El desobediente protesta contra una norma particular, pero dentro de un respeto general por el derecho que le lleva a aceptar las consecuencias legales de la acción.

4. *Es una acción en conciencia o consciente*: Expresa una convicción política profunda. Una actuación en conciencia es aquella que alguien realiza exclusivamente sobre la base de lo que considera que es su deber y no sobre la base de sus intereses o de sus inclinaciones.

5. *Es un acto político*: Es un acto que va dirigido a los que detentan el poder político pero también es un acto justificado por principios políticos que corresponden a los principios de justicia que regulan la Constitución Nacional y en general, las instituciones sociales. La desobediencia civil invoca la concepción de la justicia comúnmente compartida que subyace bajo el orden político.

6. *Es un acto considerado contrario a la ley*: Este acto civilmente desobediente es considerado contrario a la ley, en el sentido de que aquellos implicados en el acto, no están presentando simplemente un cargo de prueba para una decisión constitucional, sino que están preparados para oponerse a la ley aún cuando ésta sea aceptada.

El acto expresa la desobediencia a la ley, dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite externo de la misma. Según John Rawls “la ley se rompe, pero la fidelidad a la ley viene expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta. Esta fidelidad a la ley ayuda a probar a la mayoría que el acto es políticamente consciente y sincero, y que va dirigido al sentido de la justicia de la colectividad”.

7. *Es un acto cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno*. El civilmente desobediente busca: 1) Frustrar alguna de las leyes políticas o decisiones del gobierno; 2) Redimir agravios; 3) Asegurar o prevenir un cambio político.

En resumen, los civilmente desobedientes desean persuadir a las autoridades competentes acerca de la necesidad de una reforma normativa o de un cambio político. Indudablemente que los resultados pueden ser felices o desgraciados según se logre o no lo deseado.

VII. JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Indudablemente que al justificar la llamada desobediencia civil entramos en el campo de la defensa de la Constitución. Es un punto polémico que ha suscitado diversas posiciones por la pertinencia o no de la desobediencia civil en una sociedad convulsionada, ávida de cambios que muchas veces escapan a la normalidad y que exigen de una manera urgente la participación de la sociedad civil y que se ve en la imperiosa necesidad de asumir un papel protagónico conforme a la democracia participativa.

Las justificaciones que se han materializado son de tipo político, jurídico y ético.

1. *La justificación política* ha sido objeto de numerosos estudios que han demostrado lo difícil que es justificar la desobediencia civil en una democracia liberal. En el caso de un sistema dictatorial es justificado fácilmente.

El problema radica que en los Estados liberales existen todas las posibilidades de participación legislativa para los ciudadanos y además se cuenta con procedimientos especiales para la modificación de las leyes. Una vez establecidos los respectivos procedimientos se ha establecido un compromiso para que opere en determinado sistema político; violarlo implicaría coacción y no dejará otro recurso que la violencia.

Como se puede observar, la idea del consenso es fundamento de legitimidad política que es el mismo usado en las democracias. El problema político se presenta realmente en la práctica cuando a muchos grupos se les niega la oportunidad de ser escuchados, en estos casos no existe el compromiso y el cumplimiento de la ley según la equidad, en este sentido, la desobediencia sería plenamente justificada por las mismas razones que fundamentan la obligación de obediencia en un sistema político democrático.

2. *La justificación jurídica* se tropieza con problemas de definición y posiblemente entra en el campo de contradicciones conceptuales. Cuando se quiere abordar el tema de la justificación jurídica de la desobediencia civil se suele argumentar que la desobediencia civil nunca puede estar legalmente justificada ya que ello llevaría a convalidar un acto de carácter ilegal, ya que si algo está prohibido por la ley no puede a la vez, estar permitido. Indudablemente, que si queremos estudiar el tema y justificarlo, el razonamiento anterior no puede ser definitivo. La desobediencia civil es ilegal en cuanto consiste en la realización de una conducta prohibida por una determinada norma jurídica o en la abstención de realizar una conducta obligatoria. Este carácter ilegal de la desobediencia civil solo lo es en principio, por cuanto, haciendo un examen mas detallado del problema nos puede llevar a la conclusión de que la conducta aparentemente ilegal, en realidad no lo era.

Según el autor español José Antonio Estévez Araujo¹¹, “La justificación legal de la conducta ilegal *Prima facie* puede venir por dos vías distintas. Por un lado, puede ocu-

11. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, op. cit., p. 36.

rrir que existan normas que establezcan excepciones a la prescripción contenida en la ley violada. En este caso, el acto de desobediencia civil podría caer dentro del ámbito de aplicación de una de tales excepciones. Puede darse el caso también que la norma violada por el desobediente resulte a la postre ser ella misma ilegal, o en el caso de que se trate de una ley, inconstitucional. En este supuesto se habría desobedecido una norma efectivamente dictada y puesta en vigor, pero inválida, por lo que el acto ilegal a primera vista resultaría ser legal en última instancia”.

Como ya hemos comentado anteriormente, al admitirse que una conducta determinada esta jurídicamente prohibida y quienes la desobedecen aceptan la suposición de una pena, sostener que la desobediencia civil es permitida legalmente indudablemente que en principio, nos parecerá contradictorio. Es necesaria la calificación de la justicia e injusticia con relación a lo que se admite como modelo de comparación.

Siendo la justificación jurídica de la desobediencia civil un problema álgido tenemos que demostrar que los actos de desobediencia civil en regímenes representativos, y más aún, participativos, deben considerarse que se realizan en ejercicio de un derecho fundamental que se considera limitado por una decisión de la autoridad, o bien una forma de cuestionar la constitucionalidad de una determinada ley. La justificación jurídica de estos actos de desobediencia dependerá de la proporcionalidad de la protesta aplicada por la proporcionalidad del medio empleado, por un lado, y los daños causados, por otro.

3. El tema de la justificación jurídica de la desobediencia civil debe enmarcarse en un contexto de crisis de legitimidad de los procedimientos de defensa de la Constitución. Según el autor español José Antonio Estévez Araujo¹² la desobediencia civil debe ser entendida como un mecanismo informal e indirecto de participación en un ámbito de toma de decisiones que no cuenta con suficientes canales participativos, aunque, en realidad, precisaría de ellos para poder presentarse como legítimo.

La desobediencia civil como ejercicio de un derecho tiene un carácter defensivo y constituye una defensa de los espacios de libertad que hacen posible la existencia de una opinión crítica.

Por otro lado, la desobediencia civil es una protesta que va dirigida contra el resultado de una determinada ponderación realizada por la autoridad. Es una protesta contra la ponderación realizada por la autoridad gubernativa o judicial. En realidad lo que quieren poner en evidencia el desobediente civil es que determina dos intereses, valores, puntos de vista o circunstancias no han sido tomados en cuenta o no se les ha dado la importancia relativa que merecían.

Generalmente la desobediencia civil tiene un carácter simbólico. No significa una obstrucción a la aplicación de una determinada norma, sino más bien de una llamada de atención que pretende generar un debate que se incluya en la agenda política y obligue a la reconsideración.

La imposibilidad de la justificación sólo sucede cuando las instituciones estatales detentan el monopolio de la interpretación de la Constitución.

12. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *Op. cit.*

4. La justificación mas interesante que podemos examinar es la expuesta por John Rawls al considerar la desobediencia civil como un recurso estabilizador del sistema democrático¹³.

Nos refiere este autor que la desobediencia civil puede desempeñar un gran rol cuando se desarrolla en un sistema constitucional y en su conexión con una forma democrática de gobierno.

Considera este autor lo siguiente: *Como siempre supongo que la sociedad en cuestión es casi justa, y esto implica que tiene alguna forma de gobierno democrático, aunque puede que, no obstante, existan grandes injusticias. Supongo que en dicha sociedad, los principios de la justicia son públicamente reconocidos, en su mayor parte, como los términos fundamentales de la cooperación voluntaria entre personas libres e iguales. Al participar en la desobediencia civil, tratamos de dirigirnos al sentido de la justicia que tiene la mayoría, y a dar a conocer que según la propia opinión, sincera y meditada, las condiciones para la libre cooperación están siendo violadas. Tratamos de que los demás reconsideren, que se pongan en nuestro lugar, y reconozcan que no pueden esperar que consintamos indefinidamente en los términos que ellos nos imponen.*

Se deduce que este instrumento sólo puede enmarcarse en una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos son considerados libres e iguales, con una libertad de expresión total, en otro tipo de sociedad esta acción de protesta no tiene ningún espacio.

Si la sociedad es interpretada como un esquema de cooperación entre personas iguales y un Estado con una administración de justicia, aquellas personas dañadas por graves injusticias no tienen que someterse.

Según este autor, la desobediencia civil (lo mismo que la objeción de conciencia) es uno de los recursos estabilizadores del sistema constitucional, aunque sea, por definición un recurso ilegal.

5. *La justificación ética o moral* de la desobediencia civil forma parte del campo de la ética normativa. Entre los criterios esgrimidos está el utilitarismo. El hecho de que la desobediencia civil se dirija a la obtención de ciertas consecuencias casualmente vinculadas con ella y que podrían significar un aumento en la calidad moral de la que la vía utilitarista es válida.

Si la desobediencia civil es un acto de liberación, de complicidad con la injusticia, quienes desobedecen se sentirán aliviados desde el punto de vista de su conciencia. Sin embargo, la justificación utilitaria parece que no puede proporcionar una justificación universal de la desobediencia civil.

Si se piensa que la cadena causal de la justificación no se agota en la persuasión del destinatario, sino que además éste tiene que conseguir modificar la ley o política en cuestión. Luego, el éxito justificante de la desobediencia depende en última instancia de la honestidad moral del persuadido y de su posibilidad real de acción.

Quienes aspiran a una justificación absoluta de la desobediencia civil suelen recurrir a otras justificaciones que bien podrían ser de tipo religioso.

Existe una justificación profundamente religiosa, luego laicizada, en la doctrina del derecho natural, de una ley moral, que obliga a cada hombre en cuanto hombre, y como tal obliga independientemente de toda coacción, y por tanto con conciencia, distinta de la ley establecida por la autoridad política que obliga solo exteriormente y, si nunca en

13. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Edición Castellano, Madrid 1978. Título original *A theory of Justice*, Harvard 1971.

la conciencia, solamente en la medida en que está de acuerdo con la ley moral. Los grandes movimientos de desobediencia civil desde Gandhi hasta Luther King, han tenido una fuerte huella religiosa.

La doctrina *iusnaturalista* trata de justificar la desobediencia civil afirmando el predominio del individuo sobre el Estado, de donde deriva la doble afirmación de que el individuo tiene algunos derechos originarios e inalienables, y que el Estado es una asociación creada por los propios individuos, por común consenso, para proteger sus derechos individuales, asegurar sus derechos fundamentales y asegurar su libre y pacífica convivencia. John Locke, *iusnaturalista*, individualista contractualista y gran teórico del derecho a la resistencia considera al Estado como una asociación surgida del común consenso de los ciudadanos para la protección de sus derechos naturales. Así expresa su propio pensamiento “El fin del gobierno es el bien de los hombres; ¿y qué mejor para la humanidad: que el pueblo se encuentre siempre expuesto a la ilimitada voluntad de la tiranía o que los gobernantes se encuentren a veces expuestos a la oposición, cuando se vuelven excesivos en el uso de su poder y lo emplean para la destrucción y no para la conservación de las propiedades del pueblo?”¹⁴

VIII. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. El primer concepto surgido históricamente es el de Estado de derecho, que se desarrolla a través de una larga marcha que pasa por el Estado liberal de derecho, sigue con el concepto de Estado legal de derecho y concluye con el Estado constitucional de derecho que se resume en la protección de un núcleo de derechos fundamentales, una justicia eficaz e independiente, una administración respetuosa de las leyes, la división del Poder Público como instrumento de limitación y control del poder estatal. Sólo respetando estos elementos es posible un desarrollo democrático, económico y socialmente equilibrado. A esto sólo puede llegarse gracias a la seguridad jurídica a fin de llegar a la verdadera consolidación de un Estado de derecho.

2. Probablemente una de las características más importantes e innovación muy ambiciosa de la Constitución de 1999 es el concepto de Estado democrático y social de derecho y justicia, otro, la democracia participativa y el concepto de sociedad civil. El artículo 2 de la Constitución de 1999, al efecto, señala que:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Considerado constitucionalmente el Estado venezolano como un Estado de justicia y de derecho enlazado a sus cualidades de social y democrático, tiene como uno de sus sustratos valorativos a la seguridad jurídica, gracias a lo cual se protegen los derechos fundamentales y así el Derecho adquiere certeza y en definitiva a se viabiliza un orden civilizado de convivencia.

14. Tomado de *Diccionario de Política*, op. cit., p. 535.

Elías Díaz¹⁵ expresa: Cuando el Estado desconoce y desprecia su propio derecho, surge la arbitrariedad y se instaura la total inseguridad para individuos y sociedad. La existencia de un coherente ordenamiento jurídico, tarea principal de poder legislativo, y su realización por los órganos ejecutivo y judicial competentes constituye en verdad el presupuesto de base para la seguridad jurídica.

3. Nuestra Constitución siendo la norma superior y pináculo del Estado de derecho establece en el artículo 7 lo siguiente:

La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución.

El Estado de derecho tiene como norte alcanzar un Estado de Justicia y el concepto de Estado democrático, nos remite a su fuente de legitimidad. La soberanía popular, se expresa indirectamente mediante la elección de sus representantes, o directamente gracias al referéndum y otros medios de participación popular. En referencia al Estado social los cometidos sociales exigen de participación, corresponsabilidad y solidaridad o sea el concurso de la sociedad civil y la comunidad organizada.

El concepto de la sociedad civil hace su aparición en la Constitución de una manera relevante. Actualmente en la práctica aparece con pretensiones organizativas y funcionales que defienden y promueven causas e intereses diversas pero como no formando parte de los partidos políticos. La participación de la sociedad civil juega un rol sumamente importante y protagónico en el tema desobediencia civil considerada como un guardián de la legitimidad democrática.

4. Análisis constitucional. El artículo 131 de la Constitución de 1999 expresa que: “Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”. Este artículo se refiere al deber de obediencia a la autoridad constituida.

Este deber implica la obligación de cumplir y obedecer la Constitución y las leyes de la República, es decir, de acatar el ordenamiento jurídico-político establecido en la Constitución. Existen en la Constitución vigente previsiones contenidas en los artículos 333 y 350 que tratan de conducir al concepto del derecho de resistencia y no de manera específica a la desobediencia civil. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución que obliga a cumplir dicha Constitución aún frente a su derogación por acto de fuerza, regulándose así el derecho-obligación de resistencia frente a los gobiernos ilegítimos. Al efecto, el artículo en cuestión establece lo siguiente: *Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o por que fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. Agregando que: En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.* El deber establecido en la Constitución, también se refiere a los decretos, resoluciones y órdenes. Para que exista dicho deber tienen que ser actos dictados por los órganos legítimos que ejercen el Poder Público y además, estos actos deben ser dictados en ejercicio de sus atribuciones, es decir, según la competencia que legalmente se les ha asignado. En el caso de órdenes emanadas de autoridad ilegítima o usurpada, los mismos serán nulos (artículo 138), y frente a ellos existe el derecho de resistencia.

15. DÍAZ, Elías, Autor citado por COMBELLAS, Ricardo, *Sesión Inaugural del Seminario Internacional Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*, Caracas mayo de 1996. p. 7.

Por otra parte, el artículo 350 de la Constitución establece lo siguiente;

El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.

Indudablemente que este artículo da rechazo a cualquier acto o autoridad que contraríe las garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos y está en concordancia con el artículo 333, que defiende los mismos principios.

En realidad, nosotros pensamos que la figura de la desobediencia civil no debe enmarcarse en el artículo 333 constitucional, en el cual se ha querido ver el derecho a la rebelión; por el contrario, la desobediencia civil la encuadramos en el artículo 350 constitucional que a pesar de no estar expresado de una manera taxativa se desprende su existencia, mucho más, cuando se está reafirmando la democracia y el respeto a los derechos humanos.

Tal parece que en múltiples oportunidades se confunden los conceptos de desobediencia civil y de derecho de rebelión que es indudablemente una desobediencia a la ley, a la autoridad legítima pero que tiene un sentido de levantamiento, de naturaleza política que cometen quienes se alzan en armas contra un régimen legítimo. En el caso de que no se usara la violencia de todas maneras las consecuencias serían violentas¹⁶.

5. La Dra. Hildegard Rondón de Sansó¹⁷ en su reciente obra sobre la Constitución de 1999 cuando se refiere a la protección de la Constitución, en el caso específico de la inviolabilidad de la Constitución, nos remite al artículo 333 y después de hacer un análisis del mismo y compararlo con el artículo 250 de la Constitución de 1961 nos expresa lo siguiente “No puede dejar de señalarse que, la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente para la modificación y protección de la Constitución, indicó que el informe final del trabajo que presentara que su enfoque del tema mismo le obligó a debatir el punto relativo a la desobediencia civil. Narran que en el texto presentado por el Presidente Hugo Chávez Frías (*Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la Quinta República*), aparecía una norma consagratória del discutido derecho a la rebelión. Al efecto, la norma propuesta en el documento indicado señalaba: Se reconoce el derecho del pueblo a la desobediencia civil, con el objeto de restablecer el orden cuando exista trasgresión de las normas relativas al sistema de gobierno, al sistema político o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución, cuando dichas acciones son violentas y ajenas a la Asamblea Constitucional o Asamblea Constituyente y se ejercen contrariando la soberanía popular. Sigue expresando la autora que la desobediencia civil no sólo aparece en el Proyecto Chávez, sino que en la Asamblea Nacional Constituyente hubo otras proposiciones parecidas, pero que fueron rechazadas señalando que su admisión significaría consagrar la posibilidad de conductas anárquicas en el cuerpo social y político que ese derecho presupone que cada cual está autorizado para hacer justicia por su propia mano, circunstancia excluida en toda sociedad organizada que está sujeta a la juridicidad constitucional. Estimó la Comisión en su informe, que tutelar el derecho a la desobediencia civil o el derecho a la rebelión, sería lo mismo que consagrar el derecho individual al desconocimiento del orden jurídico sobre bases y criterios personales, fundados en meras opiniones. Incluso señaló que: “...Lo que en

16. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*. Caracas 2001, p. 325.

17. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*. Caracas 2001, p. 324 y 325.

definitiva tiende a demostrar algo elemental: que es más fácil hablar de derecho a la desobediencia y del derecho de rebelión en el plano filosófico o desde la visión del opositor, que desde las perspectivas del gobernante, es decir, desde la visual de cualquiera que ejerza el poder en términos reales, cualquiera que fuera su ideología o la orientación de esa ideología”.

6. Alcances del artículo 350 de la Constitución de 1999. La desobediencia civil es de reciente conceptualización y realmente en nuestra Constitución no se contempla como un derecho específico. Sin embargo el artículo 350 nos expresa la reafirmación de la democracia y del respeto a los derechos humanos. Indudablemente que en este artículo encontramos ese derecho de desobediencia civil y considerarlo como un derecho humano que aún cuando no está enunciado taxativamente como tal, en la parte dogmática de nuestra Constitución, está inmerso en los ciudadanos y no necesita de mención expresa en la Constitución. Además la Constitución de 1999 en su artículo 22 expresa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. La desobediencia civil es un derecho humano que aunque no está señalado en la Constitución como tal, forma parte del bagaje jurídico de los ciudadanos y que por la falta de ley expresa pueda negársele como derecho humano inalienable e irrenunciable.

En análisis realizado por el Dr. Allan Brewer-Carías, refiriéndose a los alcances del artículo 350 declaró: Frente a leyes constitucionales, ilegítimas e injustas dictadas por los órganos del Poder Público, en realidad no estamos en presencia del deber-derecho a la rebelión, sino del derecho a la resistencia y particularmente, a la desobediencia civil, que tiene que colocarse en la balanza de la conducta ciudadana junto con el deber constitucional de la obediencia a las leyes¹⁸.

IX. CONCLUSIONES

1. En un Estado de derecho y en plena conexión con una forma democrática de gobierno se ubica la desobediencia civil como *guardián de la legitimidad democrática*, como instrumento de ayuda de la propia ley.

2. Una de las características de la desobediencia civil es su carácter público, por lo cual la toma de postura se hace pública e incorpora legitimidad al proceso de la opinión pública, a ello se agrega la no violencia que pone de manifiesto el respeto que se le tiene a las demás personas y es lo que el desobediente civil espera para sí, la desobediencia civil *es un mecanismo legítimo de participación*.

3. Es un *derecho ciudadano democrático*, de carácter pacífico y no violento que surge cuando el régimen, la legislación o la autoridad contraría valores, principios y garantías democráticas o menoscaba derechos humanos.

4. La desobediencia civil es una forma de resistencia civil contenida en el artículo 350 de la Constitución de 1999. *Es un derecho irrenunciable* que aunque no está establecido de una forma taxativa está en el espíritu por cuanto está garantizado ese derecho por la norma supra constitucional de respeto de los derechos del hombre y del ciudadano.

18. Declaraciones realizadas al Diario, *El Nacional*, 03-11-2002, p. D-4.

5. Es un derecho de tipo colectivo.

6. La democracia siendo para nosotros una forma de vida da índice de madurez democrática de un Estado y su presencia actualmente demuestra el rol que está desempeñando la sociedad civil. Las deficiencias de los sistemas democráticos producen dudas acerca de la legitimidad del poder.

7. En algunas Constituciones europeas como la española, la alemana y la portuguesa, así como en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas observan a la desobediencia civil pero no de manera específica y separada del derecho de resistencia.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán, *Doctrina del Estado Democrático*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961.

BREWER-CARÍAS, Allan, “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado democrático y social del derecho” en *La Constitución Nacional, 30 años después*, Anuario Homenaje del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho al Centenario de la Universidad de Carabobo, Valencia 1992, pp. 193 a 216.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV, “Derechos y Garantías Constitucionales”, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional. Una Introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill Interamericana. Caracas 2000.

CARVALLO, Gastón, *Desobediencia social*, Colección A. Silva Michelena, Caracas 1990.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A., *La Constitución como Proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trota, Madrid 1994.

HEREDIA DE GIRÓN, Belén, *La desobediencia civil*. Anuario Especial, Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia 1992.

HERZOG, Román, *Elementos que definen un Estado de Derecho. El Estado servidor del ciudadano. Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung.

MARTÍN RETORTILLO y otro. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid 1992.

NUÑEZ ALCÁNTARA, Edgar, “La desobediencia Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Carabobo, Inquival Gráfica C.A., Nueva Epoca N° 1, Valencia 2002.

THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung, 1997

DICCIONARIO DE POLÍTICA, Siglo Veintiuno, Editores México, México 1986.

TEXTOS CONSTITUCIONALES COMENTADOS

La Constitución de 1999, Comentada por BREWER-CARÍAS, Allan, Editorial Arte. Caracas 2000.

Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas de RON-DÓN DE SANSÓ, Hildegard, Caracas 2001.

ARTÍCULO DE PRENSA

El Nacional, Declaraciones del Dr. BREWER-CARIAS, Allan, 03-11-02, p. D-4.

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

*Eloísa Avellaneda
Luis Salamanca*

Profesores de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación frente al uso abusivo del poder es una constante en el pensamiento político occidental y la filosofía política y jurídica la ha tratado bajo las siguientes preguntas: ¿qué actitud debe tenerse frente a un gobierno injusto, despótico e ilegal? ¿Se deben obedecer leyes contrarias a los pueblos? ¿Se debe obedecer a gobernantes abusivos y tiránicos? Las mismas interrogantes se la han hecho pueblos y pensadores, a lo largo de la historia, buscando una teoría que permita justificar la obediencia y la desobediencia políticas. De allí surgieron doctrinas como el derecho de rebelión, de resistencia y de desobediencia civil, así como la incorporación del derecho de resistencia a las primeras constituciones modernas.

Los conceptos de rebelión, resistencia y desobediencia civil que vamos a trabajar no se distinguen unos de otros de manera fácil y clara. Comparten rasgos comunes aunque no pocas diferencias, todo ello explicable en virtud de que son conceptos que aluden a un mismo problema: ¿en qué condiciones debe obedecer el gobernado frente al gobernante? En algunas situaciones se pueden diferenciar los actos de desobediencia de los actos de resistencia y éstos de los actos de rebelión, pero, en otras circunstancias, aparecen superpuestos, entremezclados o como eslabones de una misma cadena de acción colectiva. No pocas confusiones hay en el manejo doctrinario sobre estos conceptos ya que, muchas veces, son usados como sinónimos¹.

A estas dificultades hay que agregar que, muchos autores importantes y los primeros textos constitucionales manejan, indistintamente, estos conceptos generándose un uso solapado de los mismos que hace difícil, en la práctica, la interpretación acerca de cuándo existe desobediencia civil, derecho de resistencia o derecho a la rebelión. La experiencia venezolana de los últimos años, a raíz de la consagración del artículo 350 en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) no ha hecho más que agregar dificultades interpretativas por la manera como fue redactada la disposición.

La discusión sobre estos temas se ubica en el amplio problema de la obediencia política, cuáles son las razones para obedecer y cuáles para desobedecer. Lo que se espera -y lo usual- en un orden político, es que el individuo obedezca, acate a la autoridad, sea porque ésta es legítima o porque, en casos extremos, se impone por la fuerza. Un siste-

1. Un ejemplo de ello es la conferencia de THOREAU, Henry D., sobre la desobediencia civil, que le ha convertido en el padre de dicha idea, que ha sido titulada también: *Resistencia al Gobierno*. V., THOREAU, Henry D., *Desobediencia Civil y otros Escritos*, Edit. Tecnos, Madrid 1999, p. 29.

ma político no podría funcionar, adecuadamente, sin la obediencia rutinaria de sus miembros a las autoridades existentes, a sus decisiones y a la legislación. Por ello, el gobierno y el Estado necesitan imperiosamente de los ciudadanos especialmente en un régimen democrático.

Sin embargo, a veces ocurre lo contrario. Los individuos no acatan el mandato de la autoridad desobedeciendo, resistiendo o rebelándose. La historia está llena de actos de rebelión, resistencia y desobediencia civil sin que exista una norma que los autorice.

En Venezuela el tema del deber de quebrantar la ley obedeciendo a la conciencia es una novedad -aunque la Constitución de 1811 consagró el derecho a la resistencia- pero, en otras latitudes, es tan viejo que se remonta a las tradiciones grecorromanas y judeocristianas². Son muchos los autores que han tratado estos temas desde la antigüedad hasta nuestros días. Aquí no podemos referirnos a todos sino que haremos mención de los que consideramos los más importantes. En tal sentido, la doctrina hace referencia destacada a Santo Tomás de Aquino en materia del derecho de rebelión, quien lo concibió como el último recurso ante la tiranía del gobernante. En la Edad Moderna, el pensamiento de John Locke se puede considerar como la expresión más clara del derecho a la resistencia³ y a partir del siglo XIX, se destaca a Henry D. Thoreau como el creador de la idea de desobediencia civil.

No obstante, estos tres autores usan los tres conceptos en sus obras. Santo Tomás -por ejemplo- parte de una reflexión sobre el deber de obediencia, para, posteriormente, establecer unas circunstancias en las cuales no hay razón para seguir obedeciendo, hasta llegar a sostener, la licitud de desobedecer al poder injusto y congratularse con quien mata al tirano por liberar a la patria.

No se puede entender el nacimiento del constitucionalismo moderno sin la doctrina del derecho de rebelión y de resistencia y éstos, a su vez, no se pueden entender sin el concepto de soberanía popular. La soberanía reside en el pueblo y es intransferible, el pueblo instituye gobierno para cumplir con un mandato de servicio a la comunidad, por tanto, cuando el gobernante no cumple con el mandato dado por el soberano, puede ser destituido y cambiado por otro, tal como lo señalara por primera vez Marsilio de Padua⁴, a comienzos del siglo XIV.

Es este, pues, un tema controversial, apasionante y vital para la estabilidad de los gobiernos venezolanos del presente y del futuro. Precisamente, esta es la razón por la cual el objetivo del presente estudio es el análisis del artículo 350 de la CRBV, según el cual “el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

Esta disposición plantea dos tipos de problemas, al menos, a resolver. Por una parte, si su contenido otorga un derecho o si, por el contrario, impone una obligación político-constitucional. Por otra parte, aclarado lo anterior, qué tipo de derecho o de deber estaría planteado en la norma. El asunto clave del artículo gira en torno al verbo descono-

2. RANDLE, Michael, *Resistencia Civil*, Paidós, Barcelona 1994, p. 37.

3. Debemos indicar al lector que no trataremos a todos los pensadores que se han ocupado de la rebelión y de la resistencia, porque ello escapa al objeto de nuestro trabajo, aunque si nos detendremos en TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica*, Editorial Católica, Madrid 1959, y en LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid 1969.

4. FABAL, Gustavo, *Pensamiento social desde el medioevo hasta el siglo XIX*, Editorial Ayuso, Madrid 1973, p. 50.

cer. ¿Qué significa desconocer un régimen, legislación o autoridad?, ¿Desconocer es desobedecer, resistir o rebelarse? ¿O todo ello al mismo tiempo? Son muchos los problemas que este tema plantea y que, por razones de espacio, son de difícil tratamiento aquí. Por ello nos limitaremos a tratar de establecer las diferencias y semejanzas entre los tres conceptos, a la luz de la doctrina, que nos permitan una interpretación plausible del artículo 350.

Además, la redacción del artículo 350 plantea el problema de determinar cuándo se están violando los derechos humanos o los principios de la democracia, que justifiquen el desconocimiento del gobierno. Al respecto se ha producido, en la actualidad, un debate de tipo político y jurídico según el cual, para un sector de la población (la llamada oposición), el gobierno ha violado los derechos humanos y ha vulnerado los principios y valores del sistema democrático, por lo cual se justifica la aplicación del artículo 350; en cambio, para otro sector (el llamado oficialismo), este gobierno no ha violado la Constitución, ni los derechos humanos y es el gobierno más democrático que hemos tenido, en consecuencia, no sólo se oponen a su desconocimiento, sino que lo defienden por todos los medios posibles.

La interpretación del artículo 350 tiene una gran importancia en la actualidad, porque de ella dependerá la naturaleza y el alcance del derecho asignado al pueblo. Si se considera que el artículo otorga el derecho de rebelión, el pueblo puede tomar las armas y, por la fuerza, derrocar legítimamente al gobierno; si se considera, más bien, que el 350 contempla el derecho de resistencia, el pueblo no podrá alzarse en armas contra el gobierno sino que se limitará a oponerse pacíficamente, material y moralmente al mismo; sí, por último, el 350 establece la desobediencia civil, el pueblo deberá limitarse a no acatar las ordenes y/o mandatos del gobierno, pacíficamente. Pero también cabe la posibilidad de que el artículo 350 establezca, en realidad, las tres alternativas. Si llegamos a la conclusión que el 350 prevé el derecho de rebelión, se produciría un cambio radical en el ordenamiento jurídico de nuestro país donde tradicionalmente se ha considerado a la rebelión como un delito.

En tal sentido, el artículo 350 ha dado origen a distintas interpretaciones: para algunos allí está previsto el mecanismo que le permitiría al pueblo rebelarse contra el gobierno cuando éste atente contra los derechos humanos o contra la democracia; para otros contiene la vía para resistir, incluso por la fuerza, a los mandatos del gobierno; mientras que, para otros, implica sólo la posibilidad de desobedecer las leyes y las órdenes emanadas de las autoridades.

El trabajo está dividido en dos partes: la primera, dedicada a los conceptos de rebelión, resistencia y desobediencia civil y, la segunda, destinada a la interpretación del artículo 350, con la finalidad de determinar cuál es el derecho que se le ha otorgado al pueblo en el mismo.

II. NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN

1. La desobediencia civil

A. Noción

No existe un criterio uniforme en el pensamiento político sobre qué se entiende por desobediencia civil, cuál es su naturaleza y la finalidad que persigue, incluso hay contradicciones entre las definiciones propuestas, y algunas llegan a atribuirle objetivos que exceden lo que la doctrina mayoritaria ha venido estableciendo. Un ejemplo de ello es la posición de Mark MacGuigan para quien la desobediencia civil ha tomado las formas de revolución, el tiranicidio, la resistencia clandestina, la sedición, la huelga, las negativas a obedecer órdenes superiores, los boicots, las huelgas de hambre, las marchas, las asambleas de protesta y la no obediencia⁵. Mientras que otros autores más en línea con el pensamiento clásico, como Carl Wellman, sostienen que sólo habrá desobediencia civil si los actos son no violentos, ilegales, públicos y de protesta⁶.

De allí la importancia de hacer una nueva lectura de los clásicos. ¿De dónde surge la idea de que está justificado desobedecer al gobierno? La doctrina, generalmente, reconoce como el punto de partida de esta reflexión a Henry David Thoreau, para quien sí el gobierno es justo se le debe obedecer, si el gobierno origina abusos y perjuicios para el pueblo se plantea la opción de no obedecerlo. Sin embargo, ya Sócrates y luego Santo Tomás indicaron las condiciones en las que el pueblo podía y debía desobedecer.

Thoreau partía de la idea de que el gobierno es una maquinaria necesaria pero detestable: “un gobierno es, en el mejor de los casos, un mal recurso, pero la mayoría de los gobiernos son, a menudo, y todos, en cierta medida, un inconveniente (...). El gobierno por sí mismo, que no es más que el medio elegido por el pueblo para ejecutar su voluntad, es igualmente susceptible de originar abusos y perjuicios antes de que el pueblo pueda intervenir”⁷. Cuando el gobierno comete abusos, los hombres tienen el derecho a negar su lealtad y “el derecho a oponerse al gobierno cuando su tiranía o su ineficacia sean desmesurados e insoportables”⁸ y una de las formas de hacer oposición es no pagar los impuestos: “si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de una revolución pacífica, si tal es posible”⁹.

También planteó Thoreau la existencia de leyes injustas e incluso, que la ley puede obligar al hombre a realizar actos injustos, actos contra su propia conciencia¹⁰ y se preguntaba: ¿Nos contentaremos con obedecerlas o intentaremos corregirlas y las obedeceremos hasta conseguirlo? ¿O las transgrediremos desde ahora mismo? Su respuesta es

5. Citado por MALEM SEÑA, Jorge, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel Editores, Madrid 1988, p. 46.

6. *Ibid.*, p. 46

7. THOREAU, Henry, *ob.cit.*, pp. 29-30.

8. *Ibid.*, p. 34.

9. *Ibid.*, p. 44

10. *Ibid.*, pp. 32-33

muy clara: “quebrantad la ley...” si con su cumplimiento estamos siendo agentes de la injusticia¹¹.

Para Thoreau la desobediencia es un acto típicamente individual, el individuo puede desobedecer las leyes que considere injustas de acuerdo a su conciencia, aunque para la mayoría sean justas. En consecuencia, la desobediencia no se define según un criterio de justicia de la mayoría o de la minoría, sino de acuerdo con el criterio de la conciencia individual: lo que es justo para cada persona de acuerdo a su conciencia. Esta posición de Thoreau lo aproxima peligrosamente al anarquismo, pero el autor está consciente de ello y, por tanto, sostiene que, “a diferencia de los que se autodenominan contrarios a la existencia de un gobierno, solicito, no que desaparezca el gobierno inmediatamente sino un mejor gobierno de inmediato”¹².

De lo señalado por Thoreau se desprende que el alcance de la desobediencia civil, en cuanto a sus fines, no es cuestionar la legitimidad de un gobierno ni de derribarlo, sino el de cuestionar sus políticas y algunas leyes, con la finalidad de obligarlo a cambiar éstas y de lograr un mejor gobierno.

Otro autor y practicante fundamental es Mahatma Ghandi. La desobediencia civil es para Gandhi un derecho y un deber del ciudadano. En efecto, expone que “la desobediencia civil es un derecho inherente al ciudadano. No puede renunciar a él sin dejar de ser un hombre. La desobediencia civil, por consiguiente, se transforma en un deber sagrado cuando el Estado se ha vuelto ilegítimo o lo que es lo mismo, corrupto”¹³. Este derecho de violar la ley que es injusta o perniciosa, debe realizarse públicamente y sin violencia, con respeto hacia el gobernante de allí el nombre que dio Ghandi a su movimiento: el satyagraha que significa “fuerza de la verdad o fuerza del alma”. El satyagraha imponía el “sufrimiento voluntario para tocar el alma de su adversario”¹⁴.

Vistas las opiniones precedentes, definiremos la desobediencia civil como la negativa individual o colectiva, legítima, consciente y voluntaria de los ciudadanos, a cumplir las normas y las órdenes emanadas de autoridades competentes, con la intención de lograr objetivos limitados, tales como, modificar o rectificar una política, derogar o reformar una ley, etc. Está dirigida a violar la ley, a no acatar el mandato de una autoridad legítimamente constituida. Se trata de no cumplir los deberes que como ciudadanos nos imponen la Constitución y las leyes -por ejemplo la negativa a pagar impuestos, a prestar el servicio militar o civil obligatorio, ir a la guerra- con el fin de proteger una norma superior o proteger los derechos humanos y la democracia.

B. Características de la desobediencia civil

Los actos de desobediencia civil se caracterizan por tener una finalidad limitada¹⁵, ser ilegales pero justificados, públicos, no violentos, conscientes, intencionales¹⁶.

11. *Ibid*, pp. 40-41

12. *Ibid*, p. 31.

13. GANDHI, M., citado por MALEM, Jorge, *ob. cit.* p. 90.

14. RANDLE, Michael, *ob. cit.* p. 120.

15. BAY, Christian, “Civil Disobedience”, en *Internacional Encyclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan and Free Press, V.2, 1968, p. 473.

16. V., MALEM, Jorge, *ob.cit.*, p. 60.

(a) *La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada.*

Que el gobierno derogue o modifique una ley o abandone una política con el fin de proteger una norma superior, proteger los derechos humanos y la democracia. No busca derrocar gobiernos. Pero puede devenir en determinadas circunstancias en resistencia civil y, eventualmente, en rebelión, afectando la legitimidad y estabilidad del gobierno. Esto significa que desobediencia, resistencia y rebelión pueden llegar a formar un continuo, porque poseen vasos comunicantes entre ellas mediante los cuales se alimentan una a otra. Por ello no es fácil distinguirlas claramente en la práctica.

(b) *Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia.*

La desobediencia nace fuera del derecho y se opone a él¹⁷. Es un ataque contra el ordenamiento jurídico por razones de conciencia, en cuanto a no hacer lo que se considera injusto en una ley o en un mandato o política gubernamental¹⁸. La violación de la ley se justifica porque se hace para proteger bienes jurídicos como la libertad, la justicia, la democracia.

(c) *Son actos públicos*

Deben ser actos conocidos y abiertos a toda la colectividad, no secretos como las conspiraciones. La violación en secreto de las normas no constituye desobediencia civil.

(d) *Son actos pacíficos, no violentos*

En la desobediencia civil no se recurre a la fuerza física, como en la rebelión, con lo cual quedan excluidos actos como el tiranicidio, los sabotajes, la insurrección armada, los golpes de estado, etc. Por tanto, si un acto que comienza como desobediencia civil adquiere características violentas, deja de ser desobediencia civil para convertirse en resistencia activa o en rebelión.

(e) *Son actos conscientes*

Hay voluntariedad y conciencia en la desobediencia civil, ya que los desobedientes están convencidos de lo justo y lo correcto de su actuación. Además están conscientes de estar violando la ley y de que pueden ser sancionados.

17. Sin embargo, se produce un giro radical cuando el ordenamiento jurídico consagra el derecho o el deber de desobediencia civil. En ese caso, la desobediencia no nace fuera del derecho sino en su interior.

18. Esta ha sido la inclinación tanto de los desobedientes como de los doctrinarios. Si llegara a convertirse en derecho, reconocido por el propio ordenamiento jurídico, ¿qué ocurriría? ¿continuaría siendo desobediencia civil o habría que cambiarle el nombre? que violan normas jurídicas, bien sea porque se incumplen obligaciones establecidas en las mismas o se violan prohibiciones legales a favor de mejores políticas, mejores leyes o mejores gobiernos. En relación a esto, hay una importante discusión que dar en cuanto a si desobedecer leyes u órdenes injustas, es un derecho o una ilegalidad fundamentada en motivos de conciencia. Si es un derecho positivo entonces la desobediencia no sería ilegal.

(f) Son actos intencionales

La desobediencia civil tiene una finalidad, se busca un objetivo determinado, que puede ser *frustrar una ley, un programa o una política gubernamental*¹⁹ más no la intención de derribar un gobierno.

(g) La desobediencia civil debe ser un último recurso

Después de agotar otras vías políticas o jurídicas para lograr que el gobierno rectifique, mediante campañas de opinión, presión, cabildeo, etc.

La desobediencia civil no es sinónimo de desconocimiento del gobierno, pero de la desobediencia se puede pasar a no reconocer a un gobierno como legítimo. La desobediencia total y permanente de todas las normas jurídicas y de los mandatos gubernamentales puede llevar a que el gobierno tenga que renunciar, al perder su legitimidad y autoridad o a que el gobierno se defienda a través de la represión, convirtiéndose en una dictadura o gobierno de facto realimentando la desobediencia y, eventualmente, la rebelión en su contra.

2. La resistencia civil

A. Noción

Un concepto vecino con el de desobediencia civil es el de resistencia civil. Se entiende por resistencia civil el derecho del pueblo a oponerse a un gobierno que se excede en el uso del poder que le fue otorgado, atropellando a los ciudadanos. Correspondió al holandés Hugo Grocio (1583-1645) proponer la idea de un *jus resistentiae*, derecho de resistencia, contra el gobernante que abuse del poder²⁰.

La práctica de resistir a la violencia o a la injusticia, sea de un individuo o sea del Estado, fue una característica de los pueblos orientales antes de entrar a Occidente por la vía del cristianismo²¹. Era fundamentalmente resistencia pasiva y antes de convertirse en un arma política, tenía un carácter religioso y moral por el cual, el que resistía estaba consciente de que debía ser tolerante, paciente, aceptar el sufrimiento personal con el fin de lograr su objetivo. Por ejemplo, un hombre en la India que sufría una injusticia de un vecino, al no pagarle una deuda, se sentaba frente a la puerta de éste dispuesto a morir de hambre. La amenaza era suficientemente creíble porque si el acreedor moría su fantasma perturbaría permanentemente al deudor.

El acto típico de resistencia pasiva consiste en un rechazo tranquilo y no violento para hacer desistir a alguien de su propósito, a pesar de las órdenes o violencia de la autoridad²².

19. BEDAU, Hugo Adam, citado por MALEM, Jorge, *ob. cit.*, p. 72.

20. BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, p. 841.

21. BRAILSFORD, H. N., "Passive Resistance And Non-Cooperation", en *Enciclopedia of the Social Sciences*, Volumen XI-XII, Mac Millan, New York 1944, pp. 9-10.

22. *Ibid.*, p. 10.

Sin embargo, al entrar en Occidente la resistencia pasiva cobró un carácter más ofensivo por cuanto ya no fue sólo rechazo pasivo sino oposición a decisiones del Estado mediante boicots, huelgas, sabotajes, marchas, huelgas de hambre, etc. Desde entonces, la resistencia civil pasiva se convirtió en un método de lucha política de amplio espectro.

La formación de esta doctrina se arrastra a varios siglos atrás, incluso se señala que comenzó a elaborarse en la antigüedad²³. Ejemplos notables en la historia de la humanidad son el de Sócrates, quien se preguntó si el hombre debía obedecer a las leyes injustas o realizar actos injustos obligado por el Estado; igualmente los cristianos primitivos desarrollaron una oposición no violenta contra Roma fundamentados en que Dios debe ser obedecido antes que el hombre²⁴.

B. Evolución de la teoría de la resistencia

La teoría de la resistencia evolucionó al calor de las luchas religiosas y políticas y no ha estado exenta de disputas entre sus partidarios. Se debate fundamentalmente sí es legítimo que el individuo use la fuerza para resistir al gobernante que se excede en la conducción del gobierno. De esta disputa surgió el llamado derecho a la resistencia que estableció “que la facultad de mandar de los gobernantes está condicionada a que respeten los derechos humanos y se mantengan dentro del marco de las leyes. Tan pronto como un gobernante se coloca fuera de la norma jurídica *rompe el pacto social* y, en ese caso, desaparece para los gobernados su deber de obediencia”²⁵.

Obsérvese que dentro del concepto de resistencia civil está inmerso el de desobediencia civil. Lo cual significa que esta última es una forma de la primera y, por tanto, pueden darse en forma conjunta. Algunas muestras del debate, en el siglo XVI, son las ideas expuestas por diversos autores como Johann Bugenhagen quien, en una carta enviada al elector de Sajonia en 1529, señalaba “que si el emperador rebasaba los límites de su cargo y actuaba *como un turco y un asesino* entonces podría argüirse que *ya no era señor ni magistrado genuino*”²⁶.

Lutero estableció igualmente que había que distinguir los actos genuinos del emperador, frente a los cuales cabe la obediencia y los actos de los tiranos, ante los cuales está justificada la resistencia armada²⁷, señalando “que era un derecho positivo imperial el que *en casos de notoria injusticia*, al gobierno se puede resistir por la fuerza”²⁸. Otros autores estelares de la teoría de la resistencia fueron John Knox y Mornay.

El primero, en su defensa contra la sentencia de muerte que le impusieron los obispos católicos, titulada La Apelación, explicaba que se debe obedecer a los gobernantes siempre que promuevan “la verdadera religión y tengan el debido cuidado de sus súbditos, cumpliendo así con el cargo para el cual fueron ordenados. Pero ya no estamos

23. DE LOJENDIO, Ignacio María, “El derecho de revolución”, Editorial, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1941, p. 84.

24. BAY, Christian, “Civil Disobedience”, en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan and Free Press, 1968, Tomo 2, p. 475.

25. BORJA, Rodrigo, “Resistencia”, en *Enciclopedia de la Política*, FCE, México 1997, p. 841.

26. SKINNER, Quentin, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, Tomo II, Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 205.

27. V., SKINNER, *ob. cit.*, pp. 205-206.

28. *Ibid.*, p. 207.

obligados a obedecerlos si empiezan a desentenderse de estos deberes”²⁹. Para Knox la resistencia era un derecho y un deber cuando los soberanos faltaban a su deber de defender la moralidad y la religión verdadera³⁰. Mornay escribió un Tratado en apoyo al derecho de resistir conocido como *La Vindiciae contra Tyrannos*³¹.

Un siglo después John Locke desarrolla su teoría del derecho a la resistencia frente a quien “ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece”³². En este momento el gobernante deja de ser un magistrado y “se le puede ofrecer resistencia”, lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro³³.

Locke sostiene que no en todos los casos se puede resistir a los mandatos de un monarca: “¿Se puede ofrecer esa resistencia en cuántas ocasiones cree uno haber sido perjudicado y también cuando supone que el monarca se ha conducido injustamente con él?”³⁴. Su respuesta es que “únicamente debe oponerse la fuerza a la fuerza injusta e ilegal”³⁵ porque de lo contrario se desquiciarían y trastocarían todas las instituciones políticas prevaleciendo la anarquía y el desconcierto.

Cuando el gobernante se coloca “efectivamente en un estado de guerra con su pueblo, disolviendo el Parlamento”, no les deja “otra defensa que la que poseen todos los hombres en el estado de naturaleza”:³⁶ defenderse atacando.

Para Locke el derecho a la resistencia es, por una parte, un derecho natural a la legítima defensa del pueblo contra un gobernante tiránico y, por la otra, es una medida preventiva para evitar la pérdida de la libertad y caer en la tiranía, de ahí pues “que siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un pueblo arbitrario, se colocan en estado de guerra con el pueblo y éste queda libre de seguir obedeciéndole, no quedándole entonces a ese pueblo sino el recurso común que Dios otorgo a todos los hombres contra la fuerza y la violencia”³⁷. Lo mismo vale para el gobernante supremo.

C. Resistencia activa y resistencia pasiva

La doctrina ha distinguido entre resistencia activa y resistencia pasiva. La diferencia fundamental entre una y otra estaría en los métodos empleados más que en los fines: en la primera puede utilizarse la violencia, la fuerza, incluso hay autores que se refieren a resistir mediante la insurrección³⁸. En la segunda las acciones son pacíficas, no se recurre a la violencia, sino más bien a la no cooperación. Aunque para algunos la resistencia pasiva se limita a la inobservancia de las normas y de las órdenes, o sea, a la desobe-

29. *Ibid.*, p. 218-219.

30. RANDLE, Michael, *ob. cit.*, p. 40.

31. *Ibid.*, p. 40.

32. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar Ediciones, Madrid 1973, p. 154.

33. *Ibid.*, p. 154.

34. *Ibid.*, p. 155.

35. *Ibid.*, p. 155.

36. *Ibid.*, p. 155.

37. *Ibid.*, p. 167-168.

38. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Montevideo 1986, p. 671.

diencia civil, en tanto que la activa comporta la oposición abierta, ya por medios legales o por resistencia armada³⁹.

D. La resistencia civil en la era contemporánea

En cuanto a la definición actual de lo qué es la resistencia, algunos la consideran como legítima defensa del pueblo contra la tiranía, en protección de su libertad⁴⁰. Para otros es un método de lucha política colectiva, basada en la idea de que los gobiernos dependen de la colaboración o por lo menos de la obediencia de la mayoría de la población y de la lealtad de los militares y policías⁴¹.

Entendemos, pues, por resistencia el derecho del pueblo a oponerse, por diferentes mecanismos, contra un gobierno que se excede en el uso del poder que le fue otorgado, atropellando a los ciudadanos. La resistencia supone desobedecer y rechazar las órdenes y mandatos del gobierno, pero va más allá, pues abarca, y esto es lo que la caracteriza, la no cooperación o no colaboración con el mismo. Todos los gobiernos requieren para funcionar “la lealtad de las instituciones claves -las fuerzas armadas, los funcionarios, las administraciones. Además de eso necesitan la colaboración, o por lo menos la conformidad, de la mayoría de la población que pretendan gobernar”⁴².

La resistencia civil busca socavar las bases del poder del gobierno, “desafiar la autoridad y legitimidad del gobierno y privarlo de esa manera de su fuente de poder residente en la colaboración de las instituciones de la sociedad y del Estado. Cuando el objetivo es acabar con una injusticia específica -como la discriminación racial- se hace un desafío limitado a la autoridad del gobierno; por lo general no se discute su legitimidad, sino simplemente su derecho a aprobar o a hacer valer determinadas leyes (...). En una batalla más fundamental, la resistencia civil desafía el derecho del gobierno a mandar y puede poner incluso en entredicho el sistema entero político y social dentro del que se desenvuelve”⁴³. Esto significa que los fines de la resistencia civil pueden ir desde acabar con decisiones del gobierno que sean injustas, que violen derechos humanos o que sean contrarias al orden jurídico o a los principios democráticos, hasta lograr que el gobierno renuncie.

Contemporáneamente el tratamiento del tema de la resistencia civil ha sufrido diversos cambios. Autores como Johan Galtung y Michael Randle señalan que la resistencia pasiva o no violenta puede ser vista como un modo positivo o negativo de concluir un conflicto⁴⁴. El primero resuelve los conflictos a través de la persuasión y la conversión; se hace énfasis, al principio, en el diálogo y en la negociación hasta llegar a la no colaboración y la desobediencia civil. No se plantea la coerción sobre el oponente, sino llegar a un entendimiento a través de la sensibilidad moral del adversario. El segundo se basa en la coerción. Cuando hay choque de intereses profundos es más factible solucionarlo por medio de una lucha de poderes que tratando de convencer una parte a la otra de la justicia de su causa. “Entonces no se trata ya de convencer al oponente, sino que

39. SERRA ROJAS, Andrés, *Diccionario de Ciencia Política*, Tomo II, Facultad de Derecho-UNAM, Fondo de Cultura Económica, México 1999, p. 983.

40. SERRA ROJAS, Andrés, *ob. cit.*, p. 983.

41. RANDLE, Michael, *ob. cit.*, p. 25.

42. *Ibid.*, p. 113.

43. *Ibid.*, p. 114.

44. GALTUNG, Johan, “On the Meaning of Non-Violence”, en el *Journal of Peace Research*, vol. 2, número 3, 1965, pp. 228-257. RANDLE, Michael, *ob. cit.*, p. 199.

hay que minar su autoridad -ya sea en general o en relación con algún aspecto particular de su política”⁴⁵.

Los métodos de la resistencia no violenta, siguiendo a Gene Sharp, pueden ser clasificados en tres categorías: a) métodos de protesta y persuasión como las marchas y manifestaciones públicas; b) no colaboración en lo social, económico y político. La no colaboración social incluye los boicots a instituciones sociales; la no colaboración en lo económico supone las huelgas, las jornadas de trabajo ralentizadas, los boicots económicos; y, la no colaboración política abarca los boicots a las asambleas legislativas, a las organizaciones e instituciones del gobierno, etc.; c) intervención no violenta, donde se citan los ayunos, las huelgas de hambre, la obstrucción⁴⁶.

Con la resistencia civil se pueden obtener cuatro resultados distintos que Sharp denomina mecanismos sociológicos del cambio: la conversión, la acomodación, la coerción o la desintegración del oponente. Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

1. *La conversión*: situación en la cual los resistentes, gracias a soportar privaciones, encarcelamientos o incluso la muerte por sus convicciones, logran por medio del razonamiento que su oponente cambie.

2. *La acomodación*: situación en la cual el grupo opositor escoge la negociación y el arreglo, porque continuar con la lucha tiene un costo político elevado y hay posibilidades de una derrota final.

3. *La coerción*: situación en la cual la resistencia civil logra imponerse a la voluntad del oponente, porque aquella está tan extendida que no puede ser reprimida o porque se ha perdido la capacidad de represión por la no colaboración de la policía y de las fuerzas armadas. Además, una resistencia muy extendida puede paralizar la administración pública y la economía, hasta llegar a una paralización de un país.

4. *La desintegración*: situación en la cual por la presión de la resistencia la estructura de poder del oponente se desintegra⁴⁷.

E. Resistencia civil y resistencia militar

Hemos definido la resistencia civil como un derecho de los ciudadanos, pero también podemos hablar de resistencia militar, para referirnos a la oposición pacífica, sin violencia, de los militares a un gobierno que nació en forma ilegítima o que, si bien fue electo por el voto de la mayoría de la población, se volvió ilegítimo en su desempeño. Esta oposición implica desobedecer las órdenes del gobierno y retirarles su apoyo y lealtad. Realmente parece bien difícil que un gobierno se pueda mantener por mucho tiempo sin la colaboración permanente de la ciudadanía, con continuos actos de oposición al mismo y sin la lealtad de las fuerzas armadas. La resistencia militar va a implicar que el gobierno pierde su fuerza para poder reprimir en un momento dado a la ciudadanía. La unión de los ciudadanos con los militares en un movimiento de resistencia puede garantizar la caída del gobierno.

45. RANDLE, Michael, *ob. cit.*, p. 121.

46. SHARP, Gene, citado por RANDLE, Michael, *ob. cit.*, p. 124.

47. SHARP, Gene, citado por RANDLE, Michael, *ob. cit.*, pp. 117 a 119.

3. La rebelión

A diferencia de la desobediencia y la resistencia, la rebelión siempre tendrá un carácter armado y violento. No obstante, hay que distinguir entre diversos tipos de rebelión. Existen, al menos tres tipos de rebelión: la social, la religiosa y la político-militar. Aquí no vamos a tratar cada una de ellas ni de la rebelión en términos generales, pero sí es necesario comenzar por un concepto de rebelión, para luego entrar en la discusión de qué es o puede ser la rebelión en términos jurídicos, quienes son los sujetos de la misma y, en qué se diferencia de la desobediencia y la resistencia civiles, así como el tratamiento que le han dado al tema algunos autores fundamentales.

A. Noción general de rebelión

No existe unanimidad de criterios en relación a la definición de rebelión. Proviene inicialmente del latín *rebellio* que significa rebelión, que a su vez deriva del latín *bellum* que significa guerra. En distintas definiciones se pueden encontrar elementos comunes que son los que queremos destacar. En forma muy general se señala que el término hace referencia al enfrentamiento y oposición violento contra algo establecido⁴⁸.

La rebelión es un alzamiento de varias personas, con cierto grado de organización, que emplea algún tipo de violencia contra un objetivo considerado abusivo o enemigo político. Este alzamiento puede ocurrir por distintas razones: socio-económicas, religiosas y políticas.

Se diferencia de las revoluciones en su finalidad limitada por cuanto lo que busca la rebelión es corregir o detener el abuso que se comete por algún gobernante o por algún sector social, mientras que la revolución persigue cambiar el orden social e institucional⁴⁹. Sin embargo, la revolución puede estar alimentada por rebeliones.

En esta definición se pueden destacar los siguientes elementos:

- a) La rebelión se caracteriza por ser un alzamiento por reivindicaciones, contra un estado de cosas o contra un gobernante abusivo.
- b) Es un alzamiento colectivo: aunque muchas rebeliones pueden ser iniciadas por una persona, sólo la incorporación de otras le da el carácter de rebelión.
- c) Posee algún grado de organización: es una acción con niveles diversos de concertación, es decir, con algún tipo de acuerdo mínimo entre los participantes.
- d) Es una acción violenta: porque busca imponer la voluntad propia sobre la voluntad de otro por la fuerza.
- e) El objeto de la rebelión puede ir desde lograr alguna reivindicación socio-económica hasta el derrocamiento de un gobernante, pasando por el alzamiento contra abusos generalizados.

48. *Diccionario de Ciencias Sociales*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976, p. 693.

49. Sobre el concepto de revolución, TODD, Allan, *Las revoluciones 1789-1917*, Alianza Editorial, Madrid 2000, cap. 1; SKOCPOL, Theda, *Los Estados y las revoluciones sociales*, Fondo de Cultura Económica, México 1984; LENK, Kart, *Teorías de la revolución*, Editorial Anagrama, Barcelona 1978. Sobre el tema de la rebelión, LANDSBERGER, Henry A., ed., *Rebelión campesina y cambio social*, Editorial Crítica, Barcelona 1978.

B. Noción jurídico-política de rebelión

Desde el punto de vista jurídico-político, la rebelión es un alzamiento o levantamiento en armas con la finalidad de derrocar un gobierno y/o sustituir las instituciones de un país por otras. En la mayoría de las legislaciones contemporáneas se considera que la rebelión es un delito y, la doctrina discute si se trata de un delito político o un delito común. Sin embargo, en la antigüedad se planteó el tema de la rebelión no como delito, sino como un derecho de los pueblos de rebelarse contra gobiernos tiránicos.

En cuanto a los sujetos que pueden participar en una rebelión debemos indicar que puede haber rebeliones de ciudadanos, de militares o de ambos. Algunos autores opinan que la rebelión militar es más grave porque los militares se alzan haciendo uso de las armas que el Estado le entregó para la defensa de los poderes públicos,⁵⁰ y, además, por estar violando su deber de obediencia y su deber de proteger la Constitución y las instituciones del Estado.

Las preguntas que nos surgen son ¿puede considerarse la rebelión como un derecho cuando se trata de un alzamiento contra un gobierno ilegítimo o tirano?, ¿sólo es un delito cuando se utiliza para derrocar un gobierno legítimo y democrático? o, por el contrario, ¿siempre es un delito, independientemente de los fines que persiga?

Es importante señalar que el derecho o deber de rebelión ha sido establecido en dos situaciones: contra el gobernante usurpador, que carece de título para gobernar legítimamente y/o contra el gobernante que, teniendo título para el ejercicio del poder, actúa de modo injusto⁵¹.

En el siglo XIII Santo Tomás de Aquino sostenía que el ejercicio injusto del poder justifica en el pueblo el derecho a la rebelión. Razonando acerca del mal y el buen gobierno planteó que la monarquía era la mejor forma de gobierno pero, cuando ésta deviene en tiranía, lo primero que hay que hacer es tener paciencia para evitar males mayores. Si la tiranía se hace insoportable el pueblo puede intervenir⁵².

La tiranía para Santo Tomás se presenta en dos casos: cuando el gobernante se adueña del poder por la fuerza e instaura un gobierno tiránico y cuando el gobernante legítimo atiende sólo su interés personal, sin preocuparse por el interés de la sociedad, incurriendo en abuso de autoridad al ordenar mandatos “contrarios al fin mismo para el cual la autoridad ha sido constituida”⁵³ con lo cual se hace ilegítimo. En estas dos situaciones injustas el pueblo no está obligado a obedecer sino, por el contrario, obligado a desobedecer “como hicieron los santos mártires que sufrieron la muerte por no obedecer las impías órdenes de los tiranos”⁵⁴. Se puede desobedecer “cuando el poder es ilegítimo o manda cosas injustas”⁵⁵; más aún, “aquel que por liberar a la patria mata al tirano, es alabado e incluso premiado”⁵⁶. Frente al príncipe tiránico -el que usurpa el poder- el

50. OSORIO, Manuel, *ob. cit.*, p. 640.

51. RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Doctrina del Derecho de Resistencia frente al Poder Injusto y el Concepto de Constitución” en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Derecho UCV, Caracas 1975, pp. 911-912.

52. GARRIGOU-LAGRANGE, P. Reginald, O.P., *La Síntesis Tomista*, Ediciones Desclée, Buenos Aires 1946, pp. 31-32.

53. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Escritos Políticos*, Instituto de Estudios Políticos-UCV, Caracas 1962, pp. 124-125.

54. *Ibid.*, p. 125.

55. *Ibid.*, p. 122.

56. *Ibid.*, p. 126.

súbdito no está obligado a la obediencia porque tiene “la potestad de rebelarse”⁵⁷. Tomás era partidario del derecho a la rebelión y, algunos autores sostienen que no estaba de acuerdo con el tiranicidio⁵⁸.

Del mismo modo, ya vimos que Locke propone el derecho de resistir por la fuerza frente al gobernante que la utiliza en forma injusta e ilegal contra el pueblo. En tal situación, frente al *estado de guerra* en el que se sitúa el gobierno que usa la fuerza contra el pueblo ilegalmente, a éste no le queda otra opción que la del estado de naturaleza: ponerse en guerra contra el gobierno. Este planteamiento es sinónimo de rebelión del pueblo frente al gobierno abusivo.

De igual manera, las primeras Declaraciones Constitucionales usaron este lenguaje. Así encontramos en la Declaración de los Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 la idea de “que todo poder está investido en y, por consiguiente, deriva del pueblo; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él”, por tanto, el “gobierno es o debe ser instituido para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; (...) y que cuando un gobierno fuera manifiestamente inadecuado o contrario a estos principios”, y no produjera “el mayor grado de felicidad y seguridad”, “una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible de reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que juzgue más conveniente al bienestar público”⁵⁹.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 consagró, en su artículo 35, la insurrección como un derecho y un deber del pueblo en los siguientes términos: “Cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte de él el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”. Además los artículos 33 y 34 se refieren a la opresión y a la resistencia a la misma: hay opresión contra la sociedad cuando uno sólo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando la sociedad está oprimida (art. 34). La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre (art. 33)⁶⁰.

Obsérvese que en ambos textos, fundadores del constitucionalismo moderno, se otorga al pueblo el derecho y el deber de abolir el gobierno y/o de alzarse en insurrección contra el gobernante que viola los derechos del pueblo. Este derecho se conoce como el derecho de rebelión.

A su vez, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, estableció que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”⁶¹. La Declaración señala que para impedir el uso de la rebelión deben protegerse los derechos humanos. Caso contrario, indirectamente, parece desprenderse que si no hay mecanismos institucionales que funcionen para resguardar los derechos humanos, el pueblo podría hacer uso como supremo recurso a la rebelión para luchar contra la tiranía y la opresión.

57. *Ibid.*, p. 123.

58. FABAL, Gustavo, *ob.cit.*, p. 48.

59. “Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776” en ARTOLA, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza Editorial, Madrid 1986, p. 89-90.

60. “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793” en ARTOLA, Miguel, *ob. cit.*, p. 111.

61. V., la “Declaración en Derechos Humanos Textos Internacionales”, Tecnos, Madrid 2001, p. 51.

Podemos, entonces, decir con Artola que “la expresión doctrinal más característica fue, sin embargo, la *declaración del derecho a la resistencia* (cursivas del autor), fórmula que sólo se menciona en las Declaraciones de 1789 y en la fugaz Constitución jacobina de 1793. Se admite en ella la posibilidad de rechazar por la fuerza cualquier acción que atente contra la ley”⁶².

C. Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión

Como mencionamos en la introducción entre estas tres figuras hay semejanzas y solapamientos y, en ocasiones, una puede abarcar a otra, como ocurre, por ejemplo, con la resistencia que puede incluir entre sus métodos a la desobediencia civil. También puede suceder que para enfrentar una situación determinada los ciudadanos escojan el mecanismo de la desobediencia civil y al final la misma se resuelva por la vía de una rebelión. A pesar de estas afirmaciones trataremos de establecer los elementos que las separan:

a) *La primera diferencia está en los métodos*: la desobediencia implica dejar de cumplir alguna ley u orden emanada del gobierno, es pacífica, no implica el uso de la fuerza ni la violencia; la resistencia incluye toda una serie de mecanismos como marchas, boicots, huelgas, paros cívicos; en general, formas de no colaboración, al igual que la desobediencia es pacífica pero, en algunas circunstancias, puede emplearse la violencia convirtiéndose en resistencia activa. A diferencia de estas dos, la rebelión es, siempre, un método violento y armado.

b) *En cuanto a los fines*: la desobediencia tiene unos fines limitados a la modificación o derogación de la ley o mandato desobedecido, no se busca derrocar un gobierno, sino tener un mejor gobierno. La resistencia puede tener fines diversos: cambiar decisiones o políticas del gobierno ilegales o injustas, reformar alguna institución del Estado o lograr que el gobierno renuncie por la falta de apoyo y colaboración de los ciudadanos y militares. La rebelión parece tener un fin más preciso: derribar o derrocar por la fuerza un gobierno.

c) *En cuanto a las consecuencias*: La desobediencia implica siempre violar la ley, es ilegal no cumplir con las leyes o con los mandatos del gobierno y esta ilegalidad puede acarrear la aplicación de sanciones por parte del Estado. La resistencia no siempre implica realizar actos que constituyan una violación de las leyes, porque realizar una marcha o una huelga no es ilegal si se cumplen los requisitos previstos en la legislación. En relación con la rebelión, cuando el ordenamiento jurídico la considera como delito, aquellos que incurran en la misma estarán sujetos a las penas previstas en los Códigos Penales.

62. ARTOLA, Miguel, *ob.cit.*, p. 74.

III. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN

1. El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances

La discusión acerca de la desobediencia y la resistencia civiles así como el del derecho de rebelión es de muy reciente data en Venezuela. En realidad, se ha desencadenado como tema de opinión pública y de interpretación jurídico-política, gracias al artículo 350 de la CRBV. La única Constitución que consagró -casi en los mismos términos que la Declaración de Virginia de 1776- el derecho de abolir un gobierno cuando éste fuera incapaz de producir protección, seguridad y felicidad al pueblo, fue la de 1811. De allí en adelante, una disposición tal no volvió a establecerse en las Constituciones posteriores.

No obstante, el tema relativo a la rebelión ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico como delito pero no como derecho, tal como se establece en el Código Penal. La jurisprudencia del más alto Tribunal ha tratado el asunto bien como delito militar, por la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ)⁶³; bien como delito político por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)⁶⁴.

La discusión actual en Venezuela se caracteriza por el uso indiscriminado e indistinto de los términos derecho a la rebelión y desobediencia civil. Poco o nada se ha dicho acerca del derecho a la resistencia pasiva o activa. Incluso se han usado nuevos conceptos como el de *desobediencia militar*, *desobediencia legítima*, lo que ha agregado aún más confusión y dificultad a la hora de interpretar el artículo 350. Cuando todavía la opinión pública y los académicos no han digerido conceptos como desobediencia, resistencia y rebelión, se agregan nuevas definiciones al calor de la lucha política. Esto tiene que ver con un efecto doctrinal puesto que, como ya lo pusimos en evidencia, la doctrina también muestra un manejo de los términos como si fueran unos sinónimos de otros. Igualmente el uso de estos términos y la interpretación del señalado artículo, tiende a estar influido por las posiciones políticas del momento lo que acentúa la necesidad de un mayor esfuerzo de interpretación.

2. Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999

Existe un antecedente directo que encontramos en toda la historia constitucional venezolana sobre estos temas: es el artículo 191 de la Constitución de 1811, según el cual:

Los Gobiernos se han constituido para la felicidad común, para la protección y seguridad de los pueblos que los componen, y no para benéfico honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia o de alguna clase de hombres en particular que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad, y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración, y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitablemente el derecho inajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público.

63. DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Treinta Años de Casación Penal*, Livrosca, Caracas 1990.

64. Sentencia 869 del 10-12-2001, del Magistrado ponente ANGULO FONTIVEROS, Alejandro, en DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*, Livrosca, n° 6 Nov. Dic. Caracas 2001, pp. 186 y ss.

Para obtener esta indispensable mayoría, sin daño de la justicia ni de la libertad general, la Constitución presenta y ordena los medios más razonables, justos y regulares en el capítulo de la revisión y las provincias adoptarán otros semejantes o equivalentes en sus respectivas Constituciones⁶⁵.

Este artículo está inspirado, como ya mencionamos, en la Declaración de Virginia de 1776, y consagra por una parte, el deber del gobierno de producir bienestar y felicidad para el pueblo y, por la otra, el derecho de éste a abolirlo, cambiarlo o reformarlo cuando no cumpla con estos fines.

También puede señalarse el artículo 250 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 como un antecedente del 350. En efecto, el 250 en su primer párrafo, establece que “esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

Se observa acá el deber de salir en el reestablecimiento de la vigencia de la Constitución cuando ésta fuera derogada por la fuerza o por medio distinto al que ella establece, lo cual supone una actitud de desobediencia, resistencia y, eventual rebelión, frente al agresor de la Constitución. Por ello creemos que puede considerarse un antecedente del 350 aunque no del mismo tipo directamente establecido por la Constitución de 1811.

3. Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente

Establecer la génesis del artículo 350, tal como quedó finalmente redactado en la CRBV, es una labor realmente difícil. Si nos atenemos a la fuente primaria de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente⁶⁶, donde se recoge la propuesta original de la Comisión Para la Modificación y Protección de la Constitución tenemos la siguiente redacción en la cual aparecen mezclados dos temas distintos: por un lado, el encabezamiento del artículo que terminó siendo el 350 y la segunda parte del mismo, relacionada con los efectos de las decisiones del Poder Constituyente en cuanto a que los poderes constituidos no podrían obstaculizar lo decidido por la Asamblea Constituyente, que terminó siendo el artículo 349 de la CRBV.

Artículo 393. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos (resaltado nuestro). Una vez aprobada la nueva Constitución en referendo, el Presidente de la República estará obligado a promulgarla dentro de los dos días siguientes a su sanción. Los Poderes Constituidos no podrán objetar en forma alguna las decisiones de la Asamblea Constituyente. A los efectos de la promulgación de la nueva Constitución, cuando el Presidente no la promulgare o los Poderes Constituidos la obstaculizaran, el Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación, sin perjuicio de las responsabilidades en que los Poderes Constituidos ocurran en su omisión o actuación. En este caso, el acto de promulgación podrá publicarse en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Constituyente, según fuera el caso.

65. Capítulo VIII Derechos del hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado. Sección segunda: Derechos del hombre en sociedad.

66. V., República de Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente*, (Diario de Debates) Noviembre 1999-Enero 2000. Imprenta del Congreso de la República, Caracas 2000, pp. 40-41.

Esta fue la propuesta de artículo recibida por la plenaria constituyente el 9 de noviembre de 1999. La misma fue sometida a discusión entre los asambleístas y, de lo recogido en el Diario de Debates de ese día, se desprende que la primera parte del artículo que da lugar al 350 fue, totalmente ignorado, centrándose la preocupación de los constituyentes en la segunda parte de la propuesta que trataba de otro asunto conexo, evidentemente, pero distinto. La discusión de la segunda parte del artículo fue enigmática como puede verse en un resumen de la misma.

El Constituyente Francisco Visconti comienza el debate señalando que “evidentemente que la redacción de ese artículo niega totalmente la voluntad general del soberano. Nosotros no podemos condicionar en un artículo como el que fue leído, la voluntad que un colectivo pueda tener dentro de 40, 50 o 100 (*sic*). Nosotros no podemos obligarlo a respetar aquellas cosas que nosotros estamos señalando en estos momentos como supuestos valores de esta sociedad, que va a ser una sociedad muy diferente a la que se esté (*sic*) en 50 o 100 años en el futuro”⁶⁷. A continuación solicita que el artículo se elimine.

¿A qué se está refiriendo el Constituyente? ¿Está aludiendo a la primera parte del artículo 393 -luego 350- es decir, está previendo que la sociedad del futuro no tenga valores democráticos o irrespete los derechos humanos y esta Constitución no pueda imponer al pueblo tales valores? ¿O está reflexionando sobre la segunda parte del artículo, sobre la obligación que se le pretende imponer al Presidente de la República de promulgar la Constitución decidida por la Asamblea Constituyente del futuro? ¿Estaba preocupado por la imposición constitucional al Presidente de la República, Hugo Chávez de una eventual Asamblea Constituyente contraria y, por ello, propuso su eliminación? Ateniéndonos a lo recogido en el Diario de Debates de lo expuesto por éste y otros Constituyentes, no es posible responder a estas preguntas⁶⁸.

El Constituyente Elías Jaua, por su parte, respaldó los comentarios de Francisco Visconti, señalando que en el artículo “se intenta someter a los poderes constituidos la voluntad originaria de un pueblo (*sic*) al decir que es el Presidente el que promulga lo que la Asamblea Constituyente ha decidido o si no es la Asamblea Nacional, o si no un conjunto de poderes constituidos que nada tienen que ver porque son preexistentes, porque son posteriores a la voluntad originaria de un pueblo”⁶⁹. Concluyó su intervención con la afirmación de que “los pueblos no se detienen ante las normas constitucionales, sino que avanzan y construyen hacia el futuro”⁷⁰.

Para el Constituyente Guillermo García Ponce, “es todo lo contrario. (...) Aquí lo que pasa es que la secretaria se comió (*sic*) lo de la Constituyente”⁷¹. García Ponce introduce una suerte de fe de errata: donde se dice Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional, debe decir Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional Constituyente.

El Presidente de la ANC, Luis Miquilena, interviene para aclarar “a los que han intervenido que se están refiriendo a la Asamblea Constituyente como institución, cualquiera sea la época -puede ser dentro de 100 años- y el concepto de Asamblea Constituyente

67. *Diario de Debates*, 9-11-99, p. 40.

68. La posibilidad de consultar otras fuentes como los *Informes de la Comisión para la Modificación y Protección de la Constitución* y las *Actas de la Comisión Constitucional*, se ha hecho sumamente difícil por la poca accesibilidad a las mismas. De manera que la única fuente disponible al investigador es el *Diario de Debates* con las características que tiene.

69. *Diario de Debates*, 9-11-99, p. 40.

70. *Idem*.

71. *Idem*.

tenga otro contenido. De tal manera que no se refiere a que nosotros estamos normando hacia el futuro lo que se debe hacerse (*sic*) dentro de 100 años”⁷².

El Constituyente Luis Vallenilla interviene para señalar que tiene la impresión “de que no se aclara suficientemente, en primer lugar, en este capítulo la manera cómo el pueblo, que es la fuente fundamental originaria del poder constituyente, puede ejercer ese derecho”⁷³. Propone a los miembros de la Comisión que se revisen los artículos consagrados en el capítulo. Jaua, en una segunda intervención, insiste en lo innecesario de reglamentar la forma cómo se convoca al poder constituyente y propone revisar el artículo y “recoger el espíritu señalado”⁷⁴. Acto seguido se votó la proposición de devolverlo a la Comisión para que “lo adapte a las circunstancias y tome en cuenta la idea”⁷⁵.

Posteriormente el Constituyente Elías Jaua, en comunicación dirigida al Presidente de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente Dr. Hermann Escarrá, el 28 de octubre de 1999, planteó la reforma del capítulo III, denominado De la Asamblea Constituyente, del Título IX del proyecto constitucional discutido en plenaria⁷⁶.

En su comunicación propone una nueva redacción en los términos siguientes: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder puede convocar una Asamblea Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución democrática. Dicha convocatoria se considerará tema de especial trascendencia nacional. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición de lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríen nuestros valores y principios republicanos y menoscaben los derechos humanos y las garantías democráticas”⁷⁷.

La segunda discusión plenaria, realizada el 14 de noviembre de 1999, fue mucho más breve que la primera. En ella cobró cuerpo la redacción cuasi definitiva del artículo 350. Del artículo 393 nacieron tres artículos que formaron parte del anteproyecto: el 347, el 349 y el 354 que, luego, aparecerían en el Proyecto de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en diciembre de 1999, sometido a referendo aprobatorio el 15 de diciembre de 1999, convertidos en los artículos 347, 349 (antes 354) y 350 (antes 349).

Con posterioridad al referendo aprobatorio de la CRBV, se redacta y aprueba la Exposición de Motivos de la Constitución, el 30 de enero de 2000 y, en ella, no se hace ningún comentario sobre el artículo 350.

Como puede observarse de la reseña hecha de los debates de la ANC, los Constituyentes nunca abordaron el alcance del artículo 350. Por una parte, no tenemos ningún

72. *Idem*.

73. *Diario de Debates, cit.*, p. 41

74. *Idem*.

75. *Idem*.

76. JAUA sostiene que la carta fue enviada el 28-10-99, pero parecería que hubiera sido redactada después de la primera discusión del tema en plenaria el 9-11-99. Si no fuera así no se explica que el Constituyente no planteara la redacción del artículo en los términos señalados en su carta. Su intervención en plenaria revela que aún no parecía tener tan claro el asunto como lo expresa en la carta. Por ello, parece ilógico que la carta esté fechada antes de la discusión.

77. JAUA, Elías, “La Historia y el Espíritu del Artículo 350” remitido en *El Universal*, domingo 3-11-2002, cuerpo 4, p. 8.

criterio constituyente en cuanto al verbo rector del artículo que es *desconocer*. Por otra parte, nadie discutió si en la disposición comentada se establecía el derecho de rebelión, de resistencia civil, desobediencia civil o todas estas figuras en forma concurrente. Tampoco hay evidencias de que la motivación de los Constituyentes fuera celebrar algún hecho histórico como el artículo de la Constitución de 1811, que consagró el derecho de rebelión; o la apología del levantamiento militar del 4 de febrero de 1992 (4-F).

Esta falta de discusión sobre el artículo 350, tanto por el apresuramiento en las discusiones como por desconocimiento de sus eventuales alcances debido a la ausencia de experiencia histórica previa, no nos permiten descubrir la intención del constituyente respecto de tan crucial materia. Sin embargo, se ha desatado un gran debate que, si bien comienza a finales del 2001 es, después de los sucesos del 11 de abril de 2002, cuando adquiere grandes dimensiones, tal como veremos a continuación.

4. Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350

El artículo 350 de la Constitución ha dado lugar a distintas interpretaciones y a encendidos debates jurídicos en la coyuntura actual de nuestro país. Tal debate es la manifestación de la confrontación política que se ha desatado entre adversarios y partidarios del gobierno. Por ello, no es fácil encontrar interpretaciones que no sean acomodaticias a los intereses políticos respectivos. Este sesgo de la opinión se potencia en virtud de la redacción del artículo 350 que permite múltiples interpretaciones alrededor del verbo *desconocer*.

En tal sentido, el sector que se opone al gobierno del Presidente Chávez si bien lo está invocando para tratar de lograr la salida del mismo, no obstante, no tiene una interpretación compartida acerca de la naturaleza y alcances del 350. Por su parte, el gobierno y sus seguidores tampoco tienen una posición común respecto del alcance del 350, pero en lo que si están contestes es en que no están dadas las condiciones para su aplicación, ya que el gobierno no ha vulnerado los principios democráticos ni los derechos humanos. Sin embargo, es importante destacar las diferencias entre la visión expresada por el Presidente de la República y las opiniones de algunos de sus seguidores. De esto se puede deducir que en cuanto al uso político del artículo 350 ambos sectores están claros de que para la oposición están dadas las condiciones para su aplicación y para el gobierno de que no las hay.

Más allá de estas posiciones encontramos igualmente otras posturas que ubicadas o no en una preferencia política, han criticado la inclusión del artículo porque genera crisis e inestabilidad políticas. A continuación describiremos someramente algunas expresiones de estas posturas sin pretender abarcarlas todas, debido al poco espacio con que contamos.

A. Las interpretaciones de la oposición civil

Dentro del amplio y variopinto mundo de lo que se ha venido llamando oposición, se pueden distinguir tres posiciones: una que sostiene que el 350 consagra el derecho a la rebelión; otra que señala que el 350 sólo recoge la desobediencia y la resistencia civiles y una tercera, para la cual lo que se dispone en el 350 es únicamente la desobediencia civil.

(a) El 350 como derecho a la rebelión

En esta línea se encuentra el ex constituyente Jorge Olavarría para quien se consagra el derecho a la rebelión, que al igual que el derecho a la legítima defensa, “sólo puede ejercerse válidamente cuando un cúmulo de hechos constituyen un estado de necesidad por una inminente amenaza de extrema peligrosidad para la preservación de la libertad, la vida y los bienes de las personas”⁷⁸. Las condiciones en las cuales procede el ejercicio del derecho a la rebelión es cuando “la ciudadanía se encuentra en estado de indefensión, pues las agresiones a sus derechos más sagrados se agravan por la deliberada omisión del Estado de cumplir su función de ampararlos, o porque el Estado es el origen de la agresión”⁷⁹.

El ex constituyente Ricardo Combellas sostiene que el artículo 350 establece tanto el derecho a la rebelión como la desobediencia civil: “recoge una rica tradición que se enmarca dentro del derecho de rebelión, la resistencia a la opresión y más actualmente, la manifestación de resistencia activa y no violenta denominada como desobediencia civil. Se trata de un derecho esencial (natural e imprescriptible, de acuerdo con la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), el medio más extremado de defensa, inalienable, pero también inorganizable, en certeras palabras de Carl Schmitt”. Para Combellas son expresiones de la rebelión constitucional las marchas cívicas, cacerolazos, paros y huelgas que rechazan la autoridad gubernamental⁸⁰.

(b) El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles

En un documento titulado “La democracia venezolana a la luz de la Carta Interamericana Democrática” el ex constituyente Allan Brewer-Carías sostiene que el 350 establece no el derecho a la rebelión sino el derecho a la desobediencia y resistencia civiles: “frente a leyes inconstitucionales, ilegítimas e injustas dictadas por los órganos del Poder Público, en realidad, no estamos en presencia del deber-derecho a la rebelión, sino del derecho a la resistencia y, particularmente, a la desobediencia civil, que tiene que colocarse en la balanza de la conducta ciudadana junto con el deber constitucional de la obediencia a las leyes”⁸¹.

(c) El 350 como desobediencia civil

Para otros, como el Diputado José Luis Farías y el experto tributario José Rafael Bermúdez, el 350 lo que establece es la posibilidad de la desobediencia civil. Mientras que el primero no aclara las razones por las que, a su juicio, hay desobediencia civil, el segundo está preocupado por las condiciones de aplicabilidad del artículo: “El verdade-

78. OLAVARRÍA, Jorge, “Lo que no ha sucedido” en *El Nacional*, martes 29 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 5

79. *Idem*.

80. COMBELLAS, Ricardo, “Alcance del artículo 350 de la Constitución bolivariana” en *El Nacional*, martes 2 de julio de 2002.

81. BREWER-CARÍAS, Allan, “La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática” en *El Nacional*, domingo 3 de noviembre de 2002, cuerpo D, p. 4.

ro problema en la aplicación de este artículo está en predecir qué pasaría en Venezuela después de que se instrumente la desobediencia para desconocer un gobierno⁸².

B. Las interpretaciones de la oposición militar

A raíz de los sucesos del 11 de abril de 2002 ha surgido claramente una oposición militar al gobierno del Presidente Hugo Chávez, la cual ha justificado toda su actuación, tanto la del 11 de abril como la *toma* de la Plaza Francia en Altamira, el 22 de octubre de 2002, en el artículo 350.

En efecto, un grupo de quince militares activos de la Fuerza Armada Nacional han expresado en un Comunicado a la comunidad internacional que “en todos los países del mundo existe la potestad de los pueblos a desconocer los gobiernos que violen los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es la resistencia a la opresión a la que alude el artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789”⁸³. Esta potestad está recogida, a su entender, en el artículo 350 que plantea la desobediencia civil y la resistencia pacífica y pasiva a la opresión.

Hasta ahora los militares son los únicos que se han aproximado a una interpretación del verbo rector del 350: desconocer un régimen, legislación o autoridad implica no aceptar la autoridad, rechazarla, oponerse a ella, considerarla ilegítima⁸⁴. El desconocimiento de la autoridad opresora es un principio ético aplicable a los ciudadanos de todo el mundo.

C. Las interpretaciones del gobierno en torno al 350

Hay que destacar las diferencias de enfoque entre el Presidente de la República, Hugo Chávez, y algunos de sus seguidores que han fijado posición respecto del artículo 350. Para el Primer Mandatario el 350 es un instrumento utilizable por el pueblo para defender a un gobierno legítimo y democrático, incluso por la fuerza. En efecto, en declaraciones dadas el 26 de octubre de 2002, el Presidente señaló:

Es mentira la invocación del artículo 350 de la Constitución por parte de los militares alzados. “¡Mentira!, artículo 350 fue el que el pueblo ejerció el 13 y el 14 de abril. Vamos a decirnos las cosas como son. Vamos a amarrarnos los pantalones y las faldas las mujeres, a ponernos los zapatos y a defender nuestra patria, nuestra verdad. No podemos permitir que un grupo de fascistas y golpistas manipule a una parte de la población a la que han inyectado odio y pongan en marcha un proyecto perverso apoyado por una campaña mediática a través de diversas vías”⁸⁵.

Como puede observarse para el Presidente el artículo 350 permitiría al pueblo salir a la calle, tomar todas las calles y las plazas del país, a defender la democracia venezolana y la Constitución. Tal como lo hizo el pueblo, *a capa y espada* los días 13 y el 14 de

82. FARÍAS, José Luis, *El Nacional*, miércoles 23 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 3 y BERMÚDEZ, José Rafael, “La desobediencia tributaria no es válida porque implica un provecho”, *El Nacional*, martes 8 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 4.

83. “Comunicado a la Comunidad Internacional”, remitido en *El Nacional*, lunes 28 de octubre de 2002, cuerpo A, p. 11.

84. *Idem*.

85. *El Nacional*, sábado 26 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 1.

abril de 2002 para lograr su regreso al poder. Es decir, el pueblo tendría el derecho a levantarse, alzarse contra un gobierno ilegítimo lo cual está en la onda doctrinaria del derecho a la rebelión aunque el Presidente Chávez no se manifiesta expresamente en este sentido.

En otras palabras, lo que Chávez está afirmando es que el pueblo tenía derecho a alzarse contra el gobierno de Carmona porque éste era un gobierno dictatorial; en cambio, la oposición no tiene derecho a alzarse en contra de él porque su gobierno es democrático y legítimo. De su razonamiento se deriva lógicamente que, entonces, el pueblo tiene la posibilidad de alzarse contra un gobierno que nazca como autoritario o se convierta en autoritario; y es justamente esta segunda posibilidad la que están utilizando los adversarios del gobierno.

A diferencia de la posición del Presidente de la República, algunos de sus colaboradores, han afirmado que en el 350 lo que se establece es la desobediencia civil. En tal sentido, la Procuradora General de la República Marisol Plaza, afirmó que “el artículo 350 de la Constitución no es para ser utilizado con fines golpistas. Están muy claras las situaciones en que se puede invocar el derecho a la desobediencia civil”⁸⁶.

El Alcalde del Municipio Libertador Freddy Bernal señaló “ahora el artículo 350 sirve para todo y cada quien lo aplica a su conveniencia; hay una minoría de venezolanos que está empeñada en gobernar el país y apela a este artículo, pero se olvida de que no es aplicable porque aquí no hay un gobierno dictatorial no deslegitimado (...)”⁸⁷.

Para el ex constituyente Elías Jaua “en el artículo 350 se colocan frenos, apelando a referentes políticos e históricos de nuestra formación como nación, al desarrollo de tendencias políticas y sociales retrógradas en la normativa constitucional y legal de nuestra sociedad”⁸⁸.

Para el General Raúl Baduel, Jefe de la IV División Blindada de la Fuerza Armada Nacional (FAN), “si uno revisa la Constitución, puede darse cuenta que el artículo 350 no plantea, en ninguno de sus títulos o subtítulos, el derecho a rebelión (...) Tiene que haber una instancia que determine si se ha dado la violación a algunos de los presupuestos enumerados en el 350. No puede ser que un grupo de personas por muy respetables que sean digan aquí ya no queremos a este gobierno: eso sería un juicio sumario”⁸⁹.

D. El 350 como fuente de inestabilidad política

Algunos analistas han criticado la inclusión de este artículo en la Constitución porque favorecería la inestabilidad del sistema político. Así, José E. Molina explica que este artículo “fue puesto allí para justificar la acción golpista de 1992. Según esa norma, un grupo de ciudadanos puede desconocer a un gobierno cuando ellos crean que contraría los principios democráticos. Esto es absolutamente inaceptable en cualquier democracia. Es la tesis del chavismo golpista: si nosotros creemos que un gobierno no es democrático lo podemos cambiar por cualquier vía e instaurar un gobierno al margen de la voluntad popular”. Termina afirmando “la promoción del militarismo cívico-militar y la

86. *El Nacional*, lunes 28 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2.

87. *El Nacional*, viernes 25 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2.

88. JAUJA Elías, “La historia y el espíritu del artículo 350” en *El Universal*, domingo 3 de noviembre de 2002, cuerpo 4, p. 7.

89. General BADUEL, Raúl, “Un referendo consultivo será respetado por el Ejército”, en *El Universal*, jueves 24 de octubre de 2002, cuerpo 1, p. 8.

exaltación del golpismo (artículo 350) son dos de los peores y más antidemocráticos aportes del chavismo a la vida nacional. Valerse de ellos, sólo porque ahora parecen favorecernos, es hacerle un flaco servicio a la democracia venezolana, y como el aprendizaje de brujo desatar fuerzas que luego no se van a poder controlar⁹⁰.

En esta misma línea encontramos la posición del ex Fiscal General de la República y ex Procurador General de la República Javier Elechiguerra, para quien el artículo 350 es “absolutamente inconveniente e inútil para este sistema democrático. El origen de todos nuestros males. Es tan impreciso, tan genérico, tan amplio, que da para cualquier cosa. Por eso es que unos lo invocan para tumbar al gobierno y otros para hacer exactamente lo contrario. Lo peor de todo es que no tenemos árbitros confiables, y mientras no tengamos Tribunal Supremo de Justicia ni Ministerio Público confiables nadie podrá poner orden aquí y aclarar cuál es la interpretación correcta⁹¹”.

Por último hay que señalar que, en los actuales momentos, han sido introducidos tres recursos de interpretación del artículo 350 en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En ellos se solicita aclaración en relación a las condiciones de aplicabilidad de la comentada disposición. Tales recursos aún no han sido decididos.

5. Nuestra interpretación del artículo 350

El artículo 350 de la Constitución establece que el pueblo de Venezuela *desconocerá* cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos. El tema de interpretación fundamental del artículo es la clarificación del verbo *reconocer*. Para proceder con nuestra interpretación proponemos un esquema de análisis que enfrente tres tipos de problemas: primero, qué se entiende por pueblo, es decir, el sujeto destinatario de la norma; segundo, qué significa desconocer un régimen, legislación o autoridad; tercero, en qué tipo de circunstancias se puede aplicar esta norma, es decir, que significa contrariar valores, principios y garantías democráticas así como menoscabar los derechos humanos.

A. ¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?

El 350 señala al pueblo de Venezuela como el sujeto actuante de la conducta exigida por la norma. El concepto pueblo ha generado no pocas controversias por las dificultades que ha habido en definir un sujeto colectivo tan complejo, cuyos límites son imprecisos por la rica variedad de referentes a los que alude. Sin embargo, no se concibe que Constitución democrática alguna pueda establecer el sujeto pueblo a partir de exclusiones de algún sector del mismo. Puede haber pueblo sin Estado, varios pueblos en un mismo Estado. Pero lo que no puede existir es un Estado sin pueblo.

Por ello la teoría constitucional al uso, ha señalado reiteradamente que el Estado tiene tres elementos fundamentales, como son el gobierno, el territorio y el pueblo. En este caso el pueblo se define como noción jurídica, es decir, uno de los tres elementos fundamentales del Estado. Así lo define Biscaretti: El pueblo está formado por el conjunto de personas que, debido a su pertenencia al Estado, están sometidas de modo permanente e institucional a la autoridad del gobierno, pero no considerándolas individualmente

90. MOLINA, José E., “Militarismo hoy y mañana?” en *El Nacional*, miércoles 30 de octubre de 2002.

91. *El Nacional*, jueves 24 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2

en un momento determinado sino estimándolas como una compleja unidad⁹². El pueblo se compone de una pluralidad de individuos, mas no se identifica con la suma de los mismos, sino que constituye una entidad superior y concreta⁹³.

Por tanto, el artículo 350 cuando se refiere al pueblo de Venezuela está abarcando a todos aquellos que estamos sometidos de modo permanente e institucional a la autoridad del gobierno. Es decir, incluye a todos sin ninguna excepción; a civiles y militares, pobres y ricos, negros y blancos, partidarios o adversarios del gobierno, etc.

B. ¿Qué significa “fiel a su tradición”...?

El pueblo de Venezuela fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, significa que en respeto a su propia historia, a su ser nacional, a sus valores políticos fundamentales, a la trayectoria de sus libertadores y luchadores a lo largo de su existencia como pueblo, no debe permitir cualquier régimen, legislación o autoridad que violen los principios y garantías democráticas y los derechos humanos. Este componente de la norma refuerza en ella la obligación político-constitucional que configura en su conjunto. Esta convocatoria al respeto de si misma como nación nos lleva a la conjugación verbal que rige a la norma.

C. ¿Qué significa que el pueblo “desconocerá”?

El 350 exige al pueblo de Venezuela una determinada conducta en ciertas circunstancias. Esa conducta exigida le imprime carácter imperativo a la norma a partir del verbo desconocer. El constituyente optó por establecer un mandato: ordena al pueblo desconocer a un régimen, autoridad o legislación que viole las garantías democráticas y los derechos humanos. Si el constituyente hubiese querido consagrar una norma facultativa hubiera empleado un verbo permisivo como por ejemplo el pueblo podrá desconocer, permitiéndole al pueblo decidir libremente sobre el uso del desconocimiento. Este no es el caso. Más que un derecho, el 350 impone, pues, un deber. Estamos, en realidad, en presencia de la obligación constitucional de defender la democracia y los derechos humanos frente a cualquier violación.

¿Qué significa desconocer un régimen, autoridad o legislación? Según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), el verbo desconocer tiene varias acepciones, de las cuales podemos utilizar dos para tratar de explicar el artículo 350: desconocer es no conocer; es darse por desentendido de una cosa. En principio, desconocer sería no reconocer, desentenderse del régimen, legislación o autoridad y, al no reconocer a un régimen o a una autoridad, dejar de tener relación con él, no obedecer sus leyes, ni sus órdenes y mandatos, no aceptar la autoridad llegando hasta oponerse a ella.

Para el derecho internacional público el no reconocimiento de un Estado por parte de otro Estado, implica que no habrá relaciones de cooperación, ni relaciones diplomáticas entre ellos⁹⁴. En nuestra historia podemos mencionar, como ejemplo, la doctrina Betan-

92. V., BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1982, p. 102

93. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2002, p. 178.

94. V., CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid 1999, p. 47.

court que consistía en no reconocer diplomáticamente a aquellos gobiernos que no provinieran de elecciones libres⁹⁵. Si esto lo llevamos al plano nacional, además de no obedecer, al no reconocer a un régimen o a una autoridad estoy dejando de cooperar con ella, no colaboro, lo cual conlleva, en términos políticos, quitarle el apoyo y la lealtad. Y ya sabemos lo que significa para los gobiernos la pérdida de la colaboración y la lealtad por parte de los ciudadanos: el colapso de su legitimidad, de su autoridad moral para gobernar. Por esta vía al gobierno se le desintegra su base de sustentación.

Para captar mejor los efectos posibles del verbo desconocer, habría que ver el desconocimiento en dos planos: cuando es el pueblo el que desconoce y cuando es otra autoridad la que lo hace. Esta segunda posibilidad no parece estar recogida en el artículo 350, pero dado que algunas autoridades militares han hecho uso de él como fundamento de su acción de desconocimiento de la orden del Presidente de la República ordenando la activación del Plan Avila, el 11 de abril de 2002, luce pertinente una reflexión al respecto.

El efecto más radical del desconocimiento de un régimen o autoridad es, en general, el desafío a la autoridad formal ya sea por parte del pueblo (o una parte de él); ya sea por parte de otra autoridad. En ambos casos, las consecuencias político-jurídicas son severas por cuanto puede conducir a una crisis de autoridad (gobierno incapaz de imponer su autoridad); o a un vacío de poder; o, peor aún, a una dualidad de poderes -uno formal y el otro de facto- que se disputarán el control de la situación y, eventualmente, la toma del poder por el gobierno de facto y/o la consolidación del gobierno formal aplastando cualquier desconocimiento a su existencia. En política los vacíos de poder se *llenan* rápidamente y una posible consecuencia del desconocimiento es que estemos en presencia de dos *gobiernos*: el gobierno formal, legal; y el *gobierno* paralelo que podrían crear aquellos que no reconocen al gobierno formalmente establecido. Esta suerte de dos poderes que aspiran a imponerse ha sido observada en situaciones revolucionarias, en las cuales, pueden aparecer focos de poder que desafían al poder establecido. Finalmente la solución a este problema de dualidad de poderes se logrará según la fuerza militar de cada sector.

Cuando el pueblo es quien desconoce a alguien como Presidente de la República, Alcalde o Gobernador, o jefe de la policía, están implicadas varias posibilidades de acción. Por una parte, la desobediencia civil; por otra parte, la resistencia civil pasiva, como no colaboración y, por último, la rebelión.

D. ¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?

El artículo 350 dispone que el pueblo desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Una de las cuestiones fundamentales a dilucidar es qué significa *contrariar* los principios y garantías democráticas y en qué consiste *menoscabar* los derechos humanos. Según el DRAE, *contrariar* significa contradecir, procurar que no se cumpla. Es lo opuesto a cumplir, es impedir que algo se realice. Por tanto, *contrariar* los principios democráticos es procurar que no se cumplan los mismos.

95. *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Editorial Ex Libris, Caracas 1988, p. 1086.

Entre los principios democráticos fundamentales podemos mencionar los siguientes:

1. Elecciones libres, iguales, periódicas e imparciales;
2. El respeto a la decisión de la mayoría;
3. El derecho de las minorías a ocupar un espacio en la vida política sin temor a ser desconocida por la mayoría;
4. El principio pluralista por el cual pueden existir distintos partidos y organizaciones de intereses con derecho a que sus exigencias sean oídas y canalizadas institucionalmente;
5. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;
6. Acceso y ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho;
7. El principio de representación por el cual las decisiones competen a los elegidos por el ciudadano;
8. Principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos;
9. Libertad de asociación de los ciudadano para lograr sus derechos;
10. Libertad de expresión como ausencia de restricciones a la difusión del pensamiento y de sanciones por adversar al gobierno;
11. Acceso a fuentes alternativas de información que no están bajo el control del gobierno ni de cualquier grupo político individual;
12. La división y autonomía de los poderes públicos⁹⁶.

Por otra parte, la CRBV define en su artículo 2 cuales son los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado democrático y social de derecho y de justicia: “la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Menoscar los derechos humanos significa la disminución o amputación, de los mismos e impedir su libre ejercicio, violándolos o afectándolos en cualquier medida. Los derechos humanos son valores superiores para el Estado venezolano y cualquier gobierno que con sus actos, leyes, mandatos, decisiones, atente contra los mismos debe ser desconocido por el pueblo, de acuerdo con el deber que se establece en el artículo 350.

Por tanto, para aplicar esta disposición es necesario que se estén contrariando los principios, valores y garantías de la democracia o que se estén violando o menoscaban-do los derechos humanos, por medio de leyes injustas o inconstitucionales, por órdenes o actos de la autoridad injustos, ilegítimos, inconstitucionales o ilegales.

El objeto del 350 es la defensa de la Constitución, de la democracia y de los derechos humanos ante la posibilidad de que cualquier régimen, legislación o autoridad intenten vulnerarlos. Pero el problema se presenta cuando no hay acuerdo en el pueblo sobre si se está atentando o no contra la democracia o los derechos humanos. Y este es el gran dilema que se presenta en los actuales momentos donde, una parte del pueblo, considera que el gobierno de Presidente Hugo Chávez está incurso en los supuestos del artículo 350, por violar los derechos humanos y realizar acciones que contrarían la democracia y, otro sector del pueblo, defiende al gobierno y opina que es el más democrático que hemos tenido desde hace más de cuarenta años. Al margen de la actuación de los órga-

96. V., *Carta Democrática Interamericana*, 11-9-2001, *Resolución de la Asamblea General de Estados Americanos* y DAHL, Robert, *La Democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid 1999.

nos jurisdiccionales en la dilucidación de las violaciones a los derechos humanos y el irrespeto a los principios y valores democráticos, el artículo 350 otorga al pueblo, en cualquiera de sus sectores, un amplio poder o discrecionalidad en la valoración de las circunstancias que permiten su aplicación.

E. ¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?

El artículo 350 atribuye un mandato amplísimo al pueblo -por no tener límites-, a través de varias obligaciones que pueden ejercerse cada una por separado o formar parte de un continuo. En efecto, esta norma recoge -a nuestro juicio- la desobediencia civil, la resistencia pasiva y activa, y en última instancia, frente a un gobierno tiránico, la rebelión.

(a) *La desobediencia civil*

Se establece, en primer lugar, la desobediencia civil cuando el artículo impone el desconocimiento de actos y legislación de un régimen o autoridad que atenten contra la democracia y/o los derechos humanos. Se trata de no cumplir con los mandatos de la autoridad, en forma pacífica, sin emplear por ninguna razón la violencia. El desconocimiento de la autoridad o del régimen debería comenzar con la desobediencia civil, pero si ella no es suficiente para que el gobierno cambie sus políticas o sus leyes antidemocráticas, el pueblo se verá forzado a emplear otros medios que van más allá de la desobediencia.

(b) *La resistencia pasiva y activa*

El artículo 350 abarca también la obligación de resistencia cuando impone el desconocimiento de un régimen que viole los derechos humanos y/o los valores y garantías democráticas. Este desconocimiento se plantea como no colaboración, el retiro del apoyo y de la lealtad al gobierno, no reconocerlo como legítimo, cuestionar su autoridad y buscar socavar sus bases. Aquí nuevamente se plantean acciones no violentas como huelgas, paros cívicos, marchas, boicots.

Como hemos señalado el desconocimiento puede ir por fases, de menor a mayor, comenzando por la desobediencia civil y, si ésta no es suficiente, continuar con la resistencia pasiva mediante métodos pacíficos. Cuando los medios pacíficos se hacen insuficientes para lograr los fines de los que resisten, se abre la posibilidad de pasar a la resistencia civil activa, que implica el uso de algún grado de fuerza, sin llegar a la rebelión, por ejemplo, las trancas de carreteras o autopistas, el enfrentamiento con las fuerzas policiales con objetos contundentes, repeler la agresión armada del gobierno por el mismo medio, etc.

F. La rebelión

Ningún régimen sensato y responsable frente a la ciudadanía puede establecer, en una norma constitucional, la obligación o el derecho del pueblo a rebelarse en su contra derrocándolo, porque se parte del supuesto de que existen mecanismos para la defensa de los derechos humanos y de los principios y garantías democráticos, tal como lo refleja

el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”⁹⁷.

Se observa una tendencia en el constitucionalismo comparado a desincorporar normas que autoricen u obliguen al pueblo a rebelarse derrocando gobiernos tiránicos, por cuanto éstos, han venido extinguiéndose o los sistemas políticos democráticos ofrecen otras vías para canalizar las exigencias y preferencias de los ciudadanos.

Pese a ello, la CRBV incorporó una disposición afín con la doctrina del derecho a la resistencia y/o el derecho a la rebelión dejando en manos del intérprete la tarea de determinar el alcance de del artículo 350. El verbo desconocer, tal como está establecido en el artículo, puede conducir a una manifestación radical por parte del pueblo. Si el artículo permite la desobediencia civil a una ley y la resistencia civil pasiva y activa a un régimen ilegal o violador de la Constitución, probablemente autoriza o exige al propio pueblo defenderse por medios más fuertes, cuando es atacado por la fuerza por dicho régimen o autoridad, o cuando éste es tiránico o deviene en tiránico.

¿Se abre, entonces, la posibilidad del alzamiento en armas en contra del gobierno para derribarlo, como forma de autodefensa y sobre vivencia del propio pueblo? Llamamos la atención acerca de que la norma no establece límite alguno a la acción de desconocimiento de un régimen. Porque si no ¿Qué significa desconocer un régimen sino quitarle el consentimiento y, por tanto, no obedecerle, oponérsele, resistírsele? ¿Y si el gobierno arremete contra el pueblo, qué alternativa le queda a éste: aguantar, resistir o rebelarse? Son todas preguntas pertinentes a la luz del artículo 350, pero cuyas respuestas son, indudablemente, difíciles. Nuestra hipótesis es que, en casos extremos, en los cuales estén en peligro nuestras vidas y, en general nuestros derechos humanos así como el sistema democrático, puede utilizarse el 350 como fundamento de una acción de derrocamiento de un gobierno, haciendo uso del derecho a la legítima defensa colectiva. Tal como lo afirmara el Presidente de la República al justificar la salida del pueblo a la calle, para defender y restituir su gobierno *a capa y espada*.

Se trataría del derecho a la rebelión del pueblo para defenderse contra un gobierno o régimen tiránico, o que se convierte en tiránico, de la misma manera que los ciudadanos, individualmente considerados, poseen el derecho a la legítima defensa.

IV. CONCLUSIONES

1. No hay acuerdo en la doctrina sobre los conceptos de desobediencia civil, resistencia civil y rebelión. Autores importantes manejan estos términos indistintamente, lo cual hace difícil saber, en la práctica, cuándo existe desobediencia, derecho a la resistencia o rebelión.

2. A esta dificultad se suma que estos conceptos tienen rasgos comunes, explicable en virtud de que aluden a la misma problemática: la justificación de la obediencia del gobernado frente al gobernante.

97. Resolución 217ª (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, de 10 de diciembre de 1948 en *Derechos Humanos textos internacionales, ob. cit.* p. 51.

3. En algunos casos se pueden distinguir claramente los actos de desobediencia civil de los actos de resistencia y éstos de los actos de rebelión, pero en otras ocasiones aparecen mezclados, solapados y como eslabones de una misma cadena de acción colectiva.

4. La desobediencia civil es la negativa individual o colectiva, legítima, consciente y voluntaria, de los ciudadanos a acatar las normas y mandatos dictados por las autoridades competentes, con la finalidad de que esas normas o políticas sean cambiadas por considerarse que son inconstitucionales, ilegales o injustas. La desobediencia es una violación de la ley, se trata de no cumplir con los deberes que nos imponen la Constitución o las leyes. Se caracteriza por ser pacífica y por tener objetivos limitados.

5. La resistencia civil es el derecho del pueblo a oponerse a un gobierno que atropella a los ciudadanos, al excederse en el uso del poder que le fue otorgado. La resistencia supone desobedecer y no colaborar con el gobierno hasta socavar las bases de su poder. En cuanto a los métodos, en principio es pacífica, pero algunos autores sostienen que en determinadas situaciones puede utilizarse la violencia (en el caso de la resistencia activa) para defenderse del gobierno.

6. La rebelión es, desde el punto de vista jurídico, un levantamiento o un alzamiento en armas para derrocar a un gobierno y/o cambiar las instituciones de un país. Siempre es violenta y parecería que la tendencia actual de las legislaciones es a no consagrar un derecho a la rebelión sino a considerarla como un delito, sin distinguir si se trata de derrocar a un gobierno legítimo o a uno ilegítimo o injusto.

7. El artículo 350 de la CRBV ha planteado la discusión acerca de la desobediencia civil, de la resistencia y de la rebelión, pues al utilizar el constituyente la expresión *desconocerá* se ha consagrado un mandato amplísimo al pueblo lo cual ha creado una gran confusión, contribuyendo a que se le dé un uso indiscriminado a estos términos y a que cada quien lo interprete de acuerdo a su posición política.

8. El artículo 350 no consagra, como se ha venido diciendo, un derecho a la desobediencia, resistencia o rebelión, sino una verdadera obligación política de actuar, por parte del pueblo, frente a violaciones de los derechos humanos y los principios y garantías democráticas.

9. El artículo 350 al disponer que “el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, por la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”, está consagrando la obligación a la desobediencia civil y a la resistencia y, en casos extremos de agresión armada del gobierno contra el pueblo, o de un gobierno tiránico, la rebelión.

10. El desconocimiento del régimen, legislación o autoridad comienza con la desobediencia civil, es decir, no acatar las leyes ni órdenes del gobierno, pero además, contempla la resistencia, entendida como retirar el apoyo y la lealtad al gobierno, no reconocerlo como un gobierno legítimo y en este sentido, negarle por medios pacíficos y, eventualmente, violentos, la colaboración que él necesita para mantenerse vigente.

11. La obligación de rebelarse sólo estaría presente si el régimen o la autoridad que viola la democracia o los derechos humanos, se convierte en tiránico, empleando la fuerza contra el pueblo y atentando contra sus vidas y libertades. Sólo en una situación así el pueblo podría alzarse contra el tirano.

BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, Tomás de, *Escritos Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1962.
- ARENDET, Hannah, "Sobre la Revolución", *Revista de Occidente*, Madrid 1967.
- ARTOLA, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza Editorial, Madrid 1986.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1982.
- BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México 1977.
- CALLEJA, Hernando, *Diccionario Político-Social*, Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona.
- CARTA DEMOCRATICA INTERAMERICANA
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.
- CASARES, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona 1990.
- COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional*, MacGraw-Hill, Bogotá 2000.
- DAHL, Robert, *La Democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid 1999.
- DE LOJENDIO, Ignacio María, *El Derecho de Revolución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941.
- DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*, año 2-número 6, noviembre-diciembre 2001, Livrosca, Caracas 2001.
- 5 Años de Casación Penal (1989-1993)*, Livrosca, Caracas 1995.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona 1970.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona 1999.
- FABAL, Gustavo, *Pensamiento social desde el medioevo hasta el siglo XIX*, Editorial Ayuso, Madrid 1973.
- FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Editorial Ex Libris, Caracas 1988.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2002.
- LANDSBERGER, Henry ed., *Rebelión campesina y cambio social*, Editorial Crítica, Barcelona 1978.
- LENK, Kart, *Teorías de la Revolución*, Editorial Anagrama, Barcelona 1978.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Editorial Aguilar, Madrid 1973.
- MALEM SEÑA, Jorge, *Concepto y Justificación de la Desobediencia Civil*, Editorial Ariel, Barcelona 1988.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Obra Grande, Montevideo 1986.
- RANDLE, Michael, *Resistencia Civil*, Editorial Paidós, Barcelona 1998.

RUBIO LLORENTE, Francisco: "La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución" en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y GONZÁLEZ VEGA, Javier, *Derechos Humanos. Textos internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid 2001.

SERRA ROJAS, Andrés, *Diccionario de Ciencia Política*, Facultad de Derecho-UNAM, Fondo de Cultura Económica, México 1999.

SKINNER, Quentin, *Los fundadores del pensamiento político moderno*, Tomo II La reforma, Fondo de Cultura Económica, México 1986.

SKOCPOL, Theda, *Los Estados y las revoluciones sociales*, Fondo de Cultura Económica, México 1984.

SELIGMAN, Edwin ed., *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1944.

SILLS, David ed., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan and Free Press, Estados Unidos 1968.

THOREAU, Henry, *Desobediencia Civil y otros escritos*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

TODD, Allan, *Las revoluciones 1789-1917*, Alianza Editorial, Madrid 2000.

LEGISLACIÓN, *Constitución Federal Para los Estados de Venezuela* (1811). En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1965.

Constitución de la República de Venezuela de 1961 en MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1965.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extra. de 24 de marzo de 2000.

ARTÍCULOS PUBLICADOS EN PERIÓDICOS:

BREWER-CARÍAS, Allan, "La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática" en *El Nacional*, 3 de noviembre de 2002.

COMBELLAS, Ricardo, "Alcance del artículo 350 de la Constitución bolivariana" en *El Nacional*, 2 de julio de 2002.

JAUA, Elías, "La historia y el espíritu del artículo 350" en *El Universal*, 3 de noviembre de 2002.

MOLINA, José Enrique, "Militarismo hoy y mañana?" en *El Nacional*, 30 de octubre de 2002.

OLAVARRÍA, Jorge, "Lo que no ha sucedido" en *El Nacional*, 29 de octubre de 2002.

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

Francisco Fernández Segado
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela
España

I. INTRODUCCIÓN

LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES

1. El Estado federal, como acertadamente escribiera Scheuner¹, es, gracias a su complicada construcción y a su estrecha vinculación con las cambiantes situaciones históricas, una formación estatal cuya esencia y peculiaridad debe siempre captarse, realmente, en el caso concreto. Su imagen debe ser construida más bien desde una consideración histórico-pragmática, antes que desde una teoría abstracta. La estructura móvil y delicada del Estado federal requiere ser comprendida y vivida antes que ser construida teóricamente.

Precisamente porque el federalismo debe ser contemplado como un proceso dinámico y no como un proyecto estático, cualquier designio o modelo de competencias o jurisdicciones será meramente, como bien significa Friedrich², una fase, un ensayo de cierta realidad política en constante evolución.

Quizá por este permanente dinamismo de la realidad federal, resulta harto dificultoso, si no imposible, formular una definición universal y abstracta del federalismo, cuando se pretende utilizarla para sustentar las bases de una cierta tipología. Y es que no hay un modelo acabado de Estado federal que pueda ser universalmente utilizado. Como al efecto dice Rosenn³, no hay fórmula mágica para el federalismo.

Ello no significa que no puedan vertebrarse determinadas tipologías en base a ciertos elementos configuradores del Estado federal. Así, por poner un ejemplo relativo al Continente americano, en América Latina es clásica la tipología formulada por Sánchez

1. SCHEUNER, Ulrich: "Struktur und Aufgabe des Bundesstates in der Gegenwart. Zur Lehre vom Bundestaat", en *Die öffentliche Verwaltung*, 1962, p. 641. *Cit.* por SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", en *Documentación Administrativa*, n° 193. enero-marzo 1982, pp. 77 y ss., en particular, p. 80.

2. *Cf.*, al efecto, FRIEDRICH, Carl J., "Trends of federalism in theory and practice", *The Mall Pall Press*, Londres 1968, "Federalism -dirá Friedrich (p. 7)- is also and perhaps primarily the process of federalizing a political community, that is so say, the process by which a number of separate political communities enter into arrangements for working out solutions, adopting joint policies, and making joint decisions on joint problems, and, conversely, also the process by which a unitary political community becomes differentiated into a federally organized whole".

3. ROSENN, Keith S., "El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva", en el colectivo, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México 1988, p. 791 y ss., en concreto, p. 809.

Viamonte, que agrupa los Estados federales en un tríptico, según la intervención que los Estados miembros tengan en la reforma de la Constitución federal⁴. Sin embargo, este tipo de clasificaciones, que en el fondo son tributarias de la continua propensión formal de los análisis del federalismo, sobre la que previniera Wheare⁵, no son, *per se*, reveladoras de una caracterización común de los Estados agrupados en cada tipo, más allá del rasgo puramente formal que sirve de criterio clasificador.

La realidad de cada Estado federal es muy dispar y se halla en permanente evolución. Ello propicia una multiplicidad de fórmulas federales. Wright⁶ ha llegado a diferenciar cuarenta y cuatro tipos distintos. Esta pluralidad llega al extremo de que algunos Estados federales se hallen muy próximos al Estado unitario, como puede sostenerse en relación con algún Estado federal iberoamericano. Por otro lado, el ideal simétrico del sistema federal no siempre se corresponde con la realidad de muchas Federaciones, caracterizadas por la existencia de rasgos asimétricos, como ya señalara en la década de los sesenta Tarlton⁷.

2. La muy notable diferencia que en la realidad presentan los Estados federales no impide tratar de individualizar aquellos elementos que podrían ser considerados como característicos del Estado federal. Su análisis particularizado es necesario, en un estudio comparado como el que pretendemos realizar, para tratar de discernir si los Estados federales de América Latina, esto es, Argentina, Brasil, México y Venezuela, responden a un modelo no digamos -en sintonía con lo anteriormente expuesto- común, pero sí mínimamente homogéneo, que pueda propiciar hablar de un *federalismo latinoamericano* con algunos rasgos peculiares, o si, por el contrario, se nos presentan como Estados federales en los que priman las divergencias sobre las posibles similitudes.

Los rasgos que, de forma general, identifican al Estado federal, y a los que vamos a atender, son los siguientes:

a) La existencia de una Constitución, rígida normalmente, en cuya reforma han de participar, como regla general, los entes territoriales constitutivos de la Federación.

b) El reconocimiento a los Estados miembros de la Federación del principio de autonomía política, cuya manifestación primigenia es la elaboración o reforma de su propia Constitución, siempre dentro del marco delimitado por la Constitución federal.

c) La existencia de un órgano, normalmente jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros, así como de salvaguardar la primacía de la Constitución federal.

d) El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, cauce que suele encontrar su manifestación peculiar en la estructura bicameral del poder legislativo federal con la subsiguiente existencia de una Cámara de los Estados.

4. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires 1967, p. 79.

5. *Cf.*, al efecto, KENNETH C., Wheare: "Federal Government", Oxford University Press, 4a. ed., Londres 1963.

6. WRIGHT, Deil S., "Del Federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: Una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local", en *Revista de Estudios Políticos*, n° 6 (nueva época), noviembre-diciembre, Madrid 1978, pp. 5 y ss. *Cf.*, asimismo, WRIGHT, Deil S., "Understanding intergovernmental relations", Brooks/Cole Publishing Co., 2a. ed., Monterrey 1982.

7. TARLTON, Charles D., "Symmetry and Asymmetry, as elements of Federalism: a theoretical speculation", en *The Journal of Politics*, vol. 27, n° 4, 1965, pp. 861 y ss. Entre la doctrina española, *Cf.*, SEIJAS VILLADANGOS, Esther, "Un nuevo estadio en el discurso federal: el federalismo asimétrico", en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 7, Lima 2000, p. 343 y ss.

e) El reparto constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros.

f) La compensación financiera, que se manifiesta en un conjunto de reglas ordenadoras de la división de competencias tributarias entre la Federación y los Estados miembros.

g) La intervención federal, que es una técnica específica encaminada, como dice Machado Horta, a mantener, caso de violación, la integridad territorial, política y constitucional del Estado federal⁸, mecanismo que ha revestido una excepcional importancia en el funcionamiento del federalismo de algunos países del área, por lo menos en determinados momentos históricos.

3. El federalismo no puede ser interpretado en clave de relaciones jerárquicas o estratificadas. Bien al contrario, el espíritu inicial del Estado federal, dar cabida tanto a las tendencias particularistas como a las unionistas, asegurar su coexistencia, temperar las unas mediante las otras y provocar transacciones entre ellas⁹, sigue hallándose plenamente vigente.

Esa dualidad de aspectos de difícil ensamblaje a que ya aludiera en los años treinta del pasado siglo Mouskheli¹⁰, quizá sea una de las razones que explique que el federalismo siga siendo una vía institucional perfectamente válida o, como afirma Ribeiro¹¹, que se nos presente todavía en nuestros días como un principio rector que encuentra gran receptividad y resonancia en la vida de muchos países, posiblemente porque el principio federal, lejos de desactualizarse, ha sabido encontrar nuevos fundamentos más allá de aquellos en los que halló su origen.

II. EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA

Latinoamérica nos ofrece algunos rasgos peculiares que han de ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo un análisis de los cuatro sistemas federales existentes en el área¹².

Ante todo, parece obligado destacar el fuerte influjo que en América Latina ha ejercido el constitucionalismo norteamericano en general y, en lo que ahora interesa, el sistema federal estadounidense. De la Cueva¹³ se haría eco de la atracción ejercida por el

8. MACHADO HORTA, Raúl, "Problemas do Federalismo", en *Perspectivas do Federalismo Brasileiro* (Estudos sociais e políticos), Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte 1958, pp. 14-15.

9. DURAND, Charles, "El Estado federal en el Derecho positivo", en BERGER, G., CHEVALLIER, J.J. y otros: *Federalismo y Federalismo Europeo*, Tecnos, Madrid 1965, p. 171 y ss., en concreto, p. 209.

10. MOUSKHELI, M., "La théorie juridique de l'Etat Fédéral", A. Pedone, Editeur, París 1931, p. 125. Traducción española de LÁZARO, A., y ROS, publicada por Edit. Aguilar, Madrid 1931.

11. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1992, p. 246.

12. En el pasado existieron algunas otras experiencias federales en el área. Así, los Estados centroamericanos, al independizarse de México en 1821 crearon la República Federal de Centroamérica. Chile adoptó el sistema federal en 1826, dividiéndose el país en ocho provincias, pero un año más tarde la Asamblea Nacional dejó en suspenso dicha forma de Estado, bien que en Chile ha subsistido en alguna medida un cierto espíritu federal que hoy tiene su reflejo en una limitada autonomía regional. También en Colombia la Constitución de 1853 optó por la fórmula federal, que perduraría hasta la Constitución de 1886 que la abolió.

13. DE LA CUEVA, Mario, "La Constitución de 5 de febrero de 1857", en el colectivo, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, UNAM, publicaciones de la Facultad de Derecho, México 1957, p. 1224.

modelo norteamericano sobre México y los demás pueblos de la América española que, escarmentados del centralismo ejercido durante siglos desde Madrid, contemplaban con aprensión el nuevo centralismo que se pretendía ejercer sobre los hombres y los pueblos desde las ciudades de México o Buenos Aires. Tan fuerte ha sido esa influencia que, con bastante frecuencia, el federalismo iberoamericano se ha medido por su aproximación o alejamiento del modelo federal norteamericano.

Sin embargo, no puede olvidarse ni minusvalorarse la fuerte influencia de la estructura territorial implantada por España en América, a través de los Municipios, Cabildos, Intendencias y Diputaciones Provinciales, en la implantación del sistema federal por algunos países tras la Independencia, Argentina y México muy particularmente. Quiere ello decir que la adopción del modelo federal no responde a una mera mimesis del modelo norteamericano. Todo ello al margen ya de que entre los sistemas federales latinoamericanos existen diferencias notables.

Una serie de circunstancias de dispar naturaleza, social, cultural, política e incluso jurídicas, han incidido de modo muy notable en ocasiones sobre el asentamiento del federalismo en Latinoamérica, impidiendo, como significa Wheare¹⁴, o por lo menos dificultando seriamente, su firme establecimiento, su consolidación:

La endémica inestabilidad constitucional de algunos países, como es el caso de Venezuela, ha lastrado el arraigo de la forma de organización federal del Estado.

Otro factor peculiar ha sido el hiperpresidencialismo latinoamericano. La tradicional concentración de poder en el Gobierno federal y, dentro de éste, en el Presidente, de lo que constituye ejemplo paradigmático el presidencialismo mexicano, ha contribuido fuertemente a la *desfederalización*, en tanto que el federalismo, como lúcidos estudiosos del mismo (entre ellos, Georges Scelle y Michel Mouskhely) han subrayado, se asienta en una ley no escrita, la ley de la colaboración y del equilibrio.

Las frecuentes quiebras del sistema constitucional no han dejado de impactar sobre el sistema federal. Así, como recuerda Rosenn¹⁵, la militarización del régimen político brasileño entre 1964 y 1985 se tradujo en una fuerte centralización del poder en detrimento de los Estados miembros de la Unión, lo que en buena medida fue la resultante de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno federal. El retorno a la democracia constitucional no alteraría esta situación; bien al contrario, como ha subrayado Pinto Ferreira¹⁶, el poder creciente de la Unión sobre los Estados miembros en el ámbito financiero cada día se ha acentuado más.

El funcionamiento del sistema federal se ha visto asimismo afectado por condicionamientos de carácter cultural, tal y como ha puesto de relieve Valadés¹⁷ en relación a México, aunque su reflexión, a nuestro juicio, puede extrapolarse a otros países latinoamericanos.

Como circunstancia sociológica de relevancia habría que recordar la inhibición de amplios sectores ciudadanos ante unos sistemas que en la realidad práctica ignoran los postulados a los que teóricamente deben responder, lo que, por ejemplo, ha conducido

14. KENNETH C., Wheare, "Federal Government", *op. cit.*, p. 22.

15. KEITH S., Rosenn, "El federalismo en las Américas...", *op. cit.*, p. 808.

16. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1991, p. 553.

17. VALADÉS, Diego, "Presupuestos históricos del federalismo mexicano", en VALADÉS, Diego y CARPIZO, Jorge, *Problemas del federalismo mexicano*, en TRUJILLO, Gumersindo (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, CEC, Madrid 1979, p. 197 y ss., en concreto, p. 206.

en Venezuela a que el federalismo carezca de los necesarios cimientos sociopolíticos que su instauración real, que no puramente formal, requiere¹⁸.

Una nueva circunstancia la encontramos en el sistema de partidos. La ausencia de partidos de ámbito estatal (o regional o provincial, si así se les prefiere tildar), de un lado, y, por encima de todo, el arraigado centralismo y falta de sensibilidad hacia la idea federal de los partidos de ámbito nacional, de otro, incidirían aún más si cabe en la desvirtuación del sistema federal. Se ha dicho¹⁹ que la verdadera garantía del federalismo residiría en la existencia de partidos estrictamente regionales o estatales. No compartimos esta opinión, que la realidad política de bastantes Estados federales se encarga por lo demás de desvirtuar. Pero lo que sí nos parece irrefutable es que las fuerzas políticas de los cuatro países cuyo régimen federal analizamos han carecido históricamente de la necesaria sensibilidad requerida por el principio federal.

Si la estructura federal, como es opinión doctrinal comúnmente compartida²⁰, se encuentra en íntima conexión con la democracia, que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión, a la vista de todo lo expuesto, se comprende que el déficit democrático de estos países, especialmente patente en algunos de ellos y en determinadas etapas históricas, haya ido estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte Schambeck²¹.

Para tratar de delimitar el cúmulo de circunstancias que han dificultado la consolidación del federalismo en América Latina hemos de recordar una que aunque no forma parte del contexto, pues se trata, sin más de un empleo desviado de un instrumento característico del sistema federal, bien podríamos considerar que se ha contextualizado por su empleo frecuente y desnaturalizado. Nos referimos al exagerado y abusivo recurso a la técnica de la intervención federal. Loewenstein²² ha considerado que el recurso a la práctica de la intervención federal de forma constante y frecuentemente por razones mínimas, ha hecho del federalismo iberoamericano una ficción y ha eliminado ampliamente la verticalidad recíproca de la estructura federal.

III. FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA

1. En un momento anterior ya nos referimos al dinamismo del sistema federal y a la multiplicidad de sistemas federales o, si así se prefiere, de los rasgos peculiares de los distintos Estados que han adoptado esta forma de organización, no siempre reconduci-

18. Así lo entiende RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino", en COMBELLAS, Ricardo, (coord.), *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. I, Konrad Adenauer Stiftung (y otras Editoriales), Caracas 1996, pp. 367 y ss., en concreto, p. 372.

19. SIGMANN, Jean, "Las aplicaciones del federalismo en Alemania, especialmente desde 1945", en BERGER, G., CHEVALLIER, J.J. y otros, *Federalismo y Federalismo Europeo*, op. cit., pp. 281 y ss., en particular, p. 297.

20. Así, por ejemplo, VOGEL, Juan Joaquín en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Capítulo XII, "El régimen federal de la Ley Fundamental", IVAP-Marcial Pons, Madrid 1996, p. 622.

21. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", op. cit., p. 87.

22. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2da. Edición, Ediciones Ariel, Barcelona 1970, p. 380.

ble a un modelo. Ello, sin embargo, no ha impedido que la doctrina trate de reconducir los sistemas federales, o un mismo sistema en su devenir histórico, a un conjunto de modelos²³.

Por nuestra parte, nos referiremos, sucesivamente, al federalismo dual, al centralizado y al cooperativo, en cuanto que, en mayor o menor grado y en uno u otro momento histórico, estos modelos identifican, a veces en una versión distorsionada, los distintos sistemas federales latinoamericanos en su trayectoria histórica.

2. El concepto de *federalismo dual* (*dual federalism*) empezó a ser popularizado por Corwin en 1934²⁴, remitiendo su origen a las tesis de Hamilton, plasmadas en los artículos 39 y 46 de *El Federalista*²⁵. El *federalismo dual* se asienta en la concepción de la Constitución federal de 1787 como un convenio o acuerdo entre los Estados, de acuerdo con el cual éstos mantendrían su soberanía sobre una serie de cuestiones. Fruto de ello sería la existencia de dos ámbitos de poder, mutuamente exclusivos y recíprocamente limitados, con unos respectivos gobiernos situados en un plano de absoluta igualdad en cuanto igualmente soberanos.

La doctrina del *dual federalism* sería expresada por el celeberrimo texto de la Décima Enmienda²⁶, que venía a establecer una esfera reservada a la Unión frente a otra privativa de los Estados miembros, propiciando que en 1835 Tocqueville interpretara esta cláusula en el sentido de que el gobierno de los Estados era el derecho común y el gobierno federal la excepción²⁷.

La doctrina del *federalismo dual*, como señala Matioth²⁸, no estaba exenta de segundas intenciones políticas que le iban a dar una vida más dilatada de lo que se hubiera sospechado. La doctrina se iba a presentar como la resultante lógica de la desconfianza inicial de unos Estados que acababan de renunciar a su independencia con respecto a la Unión que acababa de nacer.

El Tribunal Supremo, ya en el siglo XIX, adoptó esta doctrina, considerando que los dos niveles de gobierno, federal y estatal, eran igualmente cosoberanos y cada uno de ellos supremo dentro de su propia esfera. La teoría del *federalismo dual* recibió su más clara enunciación en el caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), como bien recuerda Pritchett²⁹. Por una votación muy ajustada (de cinco contra cuatro), el Tribunal invalidó una ley del Congreso que limitaba la circulación, en el comercio interestatal, de mercancías producidas por el trabajo de los menores. Por la mayoría, el Juez Day expresaba que nunca podía olvidarse que “los poderes no expresamente delegados al gobierno nacional” son reservados a los Estados y al pueblo, por la Décima Enmienda.

23. Entre la doctrina española, LÓPEZ ARANGUREN diferencia los siguientes modelos: el federalismo dual, el federalismo cooperativo, con sus variaciones conceptuales del federalismo creativo y del nuevo federalismo, y el federalismo centralizado. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en Estados Unidos*, IEAL, Madrid 1987, pp. 33 y ss.

24. CORWIN, Edward S., “The twilight of the Supreme Court. A history of our constitutional theory”, Yale University Press, New Haven 1934.

25. MADISON, Hamilton, y JAY., *El Federalista*, 2ª ed., la reimpr., FCE, México 1974, pp. 158-163 y 199-204.

26. Según la Décima Enmienda: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos y no expresamente negados a los Estados son reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

27. DE TOCQUEVILLE, Alexis, “La Democracia en América”, Alianza, 2ª reimpr. de la 1ª ed., en *El Libro de Bolsillo*, vol. 1, Madrid 1989, p. 107.

28. MATHIOT, André, “El federalismo en Estados Unidos”, en BERGER, G., y CHEVALLIER, J.J., y otros, *Federalismo...*, op. cit., pp. 216 y ss., en particular, p. 229.

29. PRITCHETT C. Herman, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1965, p. 94.

La citada jurisprudencia perduraría hasta que el fallo dictado en el caso *United States v. Darby Lumber Co.* (1941). La crisis económica, las necesidades derivadas de la guerra y las transformaciones de las colectividades públicas contribuirían notablemente al abandono del modelo del *federalismo dual*, que respondía a unas finalidades opuestas a las que inspiraron el *New Deal* y a las nuevas exigencias del intervencionismo económico y social. Bien es cierto que, doctrinalmente, habrían aún de pasar unos lustros hasta que dicho modelo fuera objeto de un enjuiciamiento crítico³⁰.

3. El modelo del *dual federalism* sería, formalmente al menos, seguido de cerca por los primeros sistemas federales latinoamericanos, dejando su impronta en ellos. Como recuerda Carpizo³¹, los cuatro países siguen el llamado sistema norteamericano de acuerdo con el cual, todo aquello que no está expresamente concedido a la Federación ha de ser entendido como facultades reservadas a las entidades federativas. Bien es verdad que aunque la regla parecía clara, en la práctica, la cuestión no iba a ser de tan fácil solución. Pero al margen ya de la formalización de este sistema distributivo de competencias, por lo menos en las primeras etapas del federalismo de algunos países del área, el rasgo peculiar del *federalismo dual*, esto es, la concepción de dos ámbitos de poder mutuamente exclusivos y recíprocamente limitados, se iba a manifestar con claridad.

En Argentina, la unión de provincias preexistentes que fragua la Constitución de 1853-1860 se lleva a cabo, según Linares Quintana³², sobre la base de la transformación de la soberanía originaria de las provincias en autonomía, delegando una medida definida de poderes originarios en el gobierno federal que se crea por dicha unión, y reservándose el remanente de tales poderes en una medida indefinida. En esta dirección, el art. 121 de la Constitución Argentina seguía el modelo de la Décima Enmienda.

También en México el art. 40 de la Constitución de 1917 se sustenta en el principio de la cosoberanía. De acuerdo con esa norma, México es un Estado federal por voluntad del pueblo, hallándose constituido por Estados libres y soberanos, pero unidos en una Federación. Sin embargo, como advierte Carpizo³³, siguiendo al maestro Mario de la Cueva, el concepto de la cosoberanía está asentado en una contradicción, pues el art. 39 declara que: “La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo”. Entonces, ¿cómo es que los Estados miembros son cosoberanos, si el único soberano es el pueblo mexicano?.

En Brasil, la doctrina que ha examinado el federalismo clásico no olvida destacar, como uno de sus rasgos más significativos, la coexistencia dentro de la Unión, que goza de soberanía, de Estados y Municipios, que gozan de autonomía, o sea, de la capacidad decisoria en todo aquello que les es propio. No obstante no poder sostener el principio de cosoberanía en la Constitución de 1891, ni siquiera formalmente, lo cierto es que se

30. La tarea de demolición crítica del modelo del *federalismo dual* en la vida académica, como advierte LÓPEZ ARANGUREN en *El federalismo americano...*, op. cit., p. 43, se debe sobre todo a GRODZINS, formulador de la hipótesis de las “funciones compartidas” (en el sistema federal, todos los niveles de poder participan significativamente en todas las actividades de gobierno) e inspirador fundamental de un modelo alternativo en cuya base se encuentra el concepto de “cooperación”. Cf., al respecto, MORTON GRODZINS, “The American system. A new view of government in the United States”, Rand Mac Nally, Chicago 1966. Añadamos que ya en 1957 el mismo CORWIN había reformulado sus tesis iniciales en torno al *dual federalism*. Cf., al efecto, CORWIN, Edward S., “The passing of dual federalism”, en MCCLOSKEY, Robert G., (ed.), “Essays in constitutional law”, KNOPE, Alfred A., New York 1957.

31. CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica*, UNAM, México 1973, p. 35.

32. LINARES QUINTANA, Segundo V., “La garantía del principio federal en la Constitución Argentina”, en el colectivo *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, Tomo I (Derecho Constitucional), México 1988, pp. 403 y ss., en concreto, p. 404.

33. CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 11ª ed., Editorial Porrúa, México 1998, p. 228.

seguirá muy de cerca el modelo federal norteamericano, entre otras razones, por el gran influjo del insigne jurista Rui Barbosa, uno de los principales autores de la Carta republicana de 1891. Por lo demás es opinión compartida de la doctrina³⁴ que los Estados, durante la Primera República (1889-1930), gozaron de una más que notable autonomía. Por todo ello, en alguna medida, también el modelo del *federalismo dual* puede ser válido para identificar la primera etapa de la evolución de su régimen federal.

En Venezuela, la Constitución de 1864, primera que proclama el sistema federal, reunió a veinte provincias que se declaraban independientes y reconocían recíprocamente su autonomía, pero la Federación venezolana, como escribe Oropeza³⁵, no fue un producto espontáneo de la historia, sino una creación artificial, lo que se tradujo en que la Federación no pudo funcionar en los términos establecidos por la Carta, porque la soberanía de los Estados no era originaria sino concedida por la ley, circunstancia que podría contribuir a explicar el porqué las poblaciones de los Estados nunca protestaron por las continuas vulneraciones a su independencia de parte del poder nacional. Formalmente, también en Venezuela fue notorio el influjo del modelo federal norteamericano, pero en la realidad de los acontecimientos difícilmente puede recurrirse al modelo del *dual federalism* para identificar el federalismo venezolano ni tan siquiera de la primera época.

En definitiva, aunque el primer federalismo de algunos de los países que examinamos pudiera acomodarse al *dual federalism*, la realidad federal iberoamericana sería bien pronto muy diferente de la estadounidense, pues ya desde los primeros momentos aparecería una pauta tendencial centralizadora del poder político en la Federación y, particularmente, en el Ejecutivo federal, alejándose con rapidez estos sistemas federales de los presupuestos encarnados por el federalismo dual.

4. Al *federalismo dual* se ha querido oponer al *neofederalismo*, en el que los Estados miembros no tendrían prácticamente más que lo que el legislador federal quisiera darles. En tales casos, como dice Durand³⁶, lo que se está produciendo más bien es un deslizamiento del federalismo hacia la noción bien distinta de la descentralización administrativa. Dicho de otro modo, el marco jurídico del Estado federal subsiste, pero apenas se corresponde con su contenido propiamente dicho ni con el espíritu que anima la vida política.

De alguna manera, el federalismo en Venezuela respondería a esta situación. Como de modo rotundo afirma Rivas Quintero³⁷, nunca en Venezuela pudo hablarse de una verdadera Federación; la importación del clásico modelo norteamericano no se ajustó a la realidad sociopolítica de la nación venezolana a la hora de erigirse en Estado compuesto, pues faltaron los factores determinantes para catalogar a las provincias como centros de poder perfectamente diferenciados entre sí.

La catalogación como *sistema neofederal* no parece, sin embargo, adecuada en relación a los demás Estados compuestos del área, siendo más ajustada la etiqueta de modelos de *federalismo centralizado*, cuyos supuestos esenciales son: el inequívoco predominio del poder nacional o central, la naturaleza jerárquica del poder y de la autoridad y la existencia de una relación de dependencia de unos poderes respecto de otros³⁸.

34. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1992, p. 257.

35. OROPEZA, Ambrosio, *La nueva Constitución Venezolana, 1961*, Editorial Panapo, Caracas 1992, p. 200.

36. DURAND, Charles, "El Estado federal en el Derecho positivo", *op. cit.*, pp. 212-213.

37. RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Análisis crítico del proceso federativo venezolano...", *op. cit.*, p. 375.

38. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano...*, *op. cit.*, p. 57.

Ciertamente, el fuerte incremento de las funciones del Estado, fruto de la transformación experimentada por el mismo, que de ser un Estado guardián del orden se ha convertido en un Estado de actuación e intervención en la vida social y económica, ha incidido en el federalismo. Al referirse a este proceso, Friedrich³⁹ ha llegado a la conclusión de que es una nueva forma de democracia la que ha modificado el concepto americano del federalismo. Y Konrad Hesse concluye⁴⁰ que las nuevas circunstancias, expuestas con anterioridad, nos conducen a lo que gráficamente denomina la *Unitarisierung* del Estado, esto es, al *Estado federal unitario*. Por su parte, Vogel⁴¹, refiriéndose a la Alemania de Bonn, subraya que aunque desde que entró en vigor la *Bonner Grundgesetz* no se ha cuestionado el federalismo, como principio jurídico-político, se ha lamentado, sin embargo, un desplazamiento de la balanza hacia el lado de la Federación y un paulatino vaciamiento de las competencias de los *Länder*.

En definitiva, es denominador común de todos los sistemas federales de nuestro tiempo, y ello viene de lejos, la tendencia al fortalecimiento del poder federal más allá incluso de las previsiones constitucionales y el subsiguiente debilitamiento de los Estados miembros, rasgo que es casi consustancial al siglo XX, pues en los Estados Unidos comenzó a manifestarse patentemente a través de la interpretación cada vez más extensiva de los *implied powers* de la Administración federal, desde el momento de la aprobación de la Enmienda XVI (1913), que facultaba al Congreso para imponer y recaudar contribuciones sobre la renta, sea cual fuere su origen, sin necesidad de distribución proporcional entre los varios Estados. Análoga sería la evolución en Alemania, como recuerda Pule⁴², por el progresivo crecimiento de la Administración federal en la vía administrativa cotidiana de la República de Weimar.

Es claro, pues, por todo lo expuesto, la existencia de un proceso que podríamos llamar *centralizador* en el seno de los Estados federales, proceso que se retrotrae a las primeras décadas del pasado siglo XX. Sin embargo, el modelo del *federalismo centralizado* no pretende identificar esta evolución generalizada de los sistemas federales, sino, por el contrario, pretende visualizar un federalismo diferente, en el que los poderes estatales, provinciales o regionales y los locales dependen totalmente de decisiones de alcance nacional adoptadas por el poder central, siendo al unísono insignificante el impacto de los centros de poder estatal, provincial o regional y local en las decisiones políticas de mayor relevancia.

5. El modelo del *federalismo centralizado*, tal y como acaba de delinearse, bien puede servirnos para identificar los Estados federales de Latinoamérica, con la ya expuesta salvedad de Venezuela, donde es más propio hablar de una suerte de *neofederalismo*.

En Argentina, la garantía federal de la autonomía política y económica de las provincias ha sido quebrantada hasta en sus mismos cimientos por el paulatino, pero firme e ininterrumpido, avance del poder central sobre el ámbito de gobierno propio reservado a las provincias, y ello, como sostiene Linares Quintana⁴³, a través de un completo proceso sociológico-político-económico de centralización, que ha ido acelerando su ritmo,

39. FRIEDRICH, Carl J., "Origin and development of the concept of federalism in the United States", en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tomo 9, Tübingen 1960, pp. 36-37.

40. Cit. por DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., "Autonomía y consenso", en TRUJILLO, Gumersindo, (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, op. cit., pp. 51 y ss., en particular, p. 63.

41. VOGEL, Juan Joaquín, "El régimen federal de la Ley Fundamental", op. cit., p. 619.

42. HANS-JÜRGEN PUHLE: "Problemas del federalismo alemán", en TRUJILLO, Gumersindo, (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, op. cit., pp. 87 y ss., en concreto, p. 103.

43. LINARES QUINTANA, Segundo V., "La garantía del principio federal en la Constitución Argentina", op. cit., p. 408.

favorecido aún más todavía por los frecuentes y prolongados interregnos *de facto* soporados por el país, siendo un ejemplo ilustrativo de semejante involución institucional el sistema de coparticipación nacional/provincial de impuestos, a través de leyes-contratos nacionales que establecen el régimen al que se adhieren sin reserva alguna las provincias.

En Brasil, aunque la Primera República (que abarca hasta el año 1930), como antes se dijo, va a posibilitar una notable autonomía de los Estados, lo cierto es que ya desde la primera Constitución republicana y federal, la de 1891, se iniciará un proceso de declive del orden federal, como fruto de la acción cada vez mayor del poder central⁴⁴. Aunque con alguna salvedad, como la de la Constitución de 1946, en la que, como constata Afonso da Silva⁴⁵, hubo un período de práctica real del federalismo, con un razonable ajuste entre la norma y la realidad, lo cierto es que el proceso de centralización no ha hecho sino avanzar con el siglo XX, hasta culminar en la Carta constitucional de 1988, respecto de la cual se han formulado juicios verdaderamente demoledores acerca de la virtualidad del sistema federal que formalmente reconoce⁴⁶.

No muy diferente ha sido la situación de México, por lo menos hasta hace muy pocos años. En 1983, Moreno⁴⁷ constataba que el federalismo mexicano se había ido deslizando cada vez más hacia el centralismo. Y Carpizo⁴⁸, con mayor contundencia, afirmaba que desde 1828 a la última década del siglo XX, el Anáhuac⁴⁹ había vivido realmente, no el sistema federal, sino un centralismo atemperado en ocasiones y recrudecido en otras. A modo de verificación empírica de tal hecho, Carpizo trae al recuerdo una peculiar situación política relativa a las autoridades estatales. Los gobernadores de los Estados, por lo general, eran designados por la voluntad del Presidente de la República o por la oligarquía en el poder, nombrando a su vez los gobernadores, a su libre arbitrio, a los diputados estatales, y no existiendo la autonomía de los poderes judiciales locales, *ya que los gobernadores son verdaderos reyecitos en sus Estados*.

6. El *neofederalismo*, como se ha dicho, vendría a caracterizar certeramente al sistema federal venezolano. A juicio de uno de los mejores conocedores de ese sistema, Brewer-Carías⁵⁰, la configuración del Estado venezolano como una Federación parecería indicar que el mismo es el resultado de un pacto entre entidades territoriales autónomas y que,

44. En tal sentido, DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Teoría Geral do Federalismo*, Editora Forense, Río de Janeiro 1986, p. 187.

45. DA SILVA, José Afonso, "Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos", en el colectivo, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, Tomo III, UNAM, México 1988, pp. 407 y ss., en particular, p. 442.

46. Así, RIBEIRO BASTOS cree que con la Constitución de 1988 el Estado brasileño alcanza niveles de centralización superiores a la mayoría de los Estados que se consideran unitarios y que, por la vía de la descentralización regional o provincial, consiguen un nivel de transferencias competenciales muy superior al alcanzado en Brasil. La conclusión del citado autor es que Brasil no sólo continúa con una Constitución eminentemente centralizadora, sino que si alguna diferencia presenta la misma respecto de anteriores códigos constitucionales, es el agravamiento sensible del rango de la centralización. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso ...*, *op. cit.*, p. 258.

47. MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, 7ª ed., Editorial Pax, México 1983, p. 365.

48. CARPIZO, Jorge, *La constitución Mexicana de 1917*, *op. cit.*, p. 238.

49. Se hace referencia con esta mención al "Pacto Federal del Anáhuac", un documento de especial interés, obra de Prisciliano Sánchez, fechado el 28 de junio de 1823, en el que Sánchez partió de la idea de que la nación, reiteradamente, se había pronunciado por el sistema federal. Este documento tuvo un influjo muy notable sobre los primeros federalistas mexicanos. *Cf.*, al respecto, SÁNCHEZ, Prisciliano, "El pacto federal en el Anáhuac", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, n° 56, México 1964.

50. BREWER-CARIÁS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, "El poder público nacional, estatal y municipal", 3ª ed., Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 340-341.

por tanto, son el centro de un esquema descentralizador, político y administrativo. Sin embargo, la realidad es por entero diferente. El Estado venezolano, desde el punto de vista institucional, se ha caracterizado por su excesiva centralización, es decir, por la excesiva concentración del poder político, administrativo y jurídico en los niveles nacionales o de la *rama* nacional del poder público, que no ha sido compartido sino muy parcialmente por los Estados y las municipalidades. Bien es verdad que esta situación no ha sido siempre idéntica; según el mismo autor⁵¹, es más realmente un producto del siglo XX, siendo, por ejemplo, un hito significativo del proceso centralizador venezolano la *nacionalización* de la justicia en 1945, con la subsiguiente pérdida por parte de los Estados de toda competencia en materia judicial.

De esta forma, la autonomía estatal se ha ido convirtiendo en Venezuela en una autonomía dependiente del poder nacional, en el sentido de que su ámbito e importancia, en cierta forma, dependía de lo que los órganos nacionales determinaran, lo que es tanto como negar o desnaturalizar esa misma autonomía que se convierte en una entelequia, en una ficción.

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público de 1989, pareció iniciar un cambio de sesgo que, como es obvio, ha quedado paralizado por el sistema cesarista implantado por el *chavismo*.

7. La última etapa de la evolución del federalismo la encontramos en el modelo del llamado *federalismo cooperativo*. Ya en 1938, Clark se refería a la absoluta necesidad de superar la rivalidad en las relaciones entre el poder central y los entes territoriales autónomos⁵². Poco más de veinte años después, en 1960, Grodzins sentaba las bases del *federalismo cooperativo*, utilizando una metáfora culinaria que viene a plasmar una imagen alternativa de la distribución del poder y de la autoridad entre los niveles nacional o federal, regional o estatal y local. Según Grodzins, la distribución de poderes y funciones en el sistema federal norteamericano no correspondería en absoluto a la distribución que se encuentra en una tarta de tres estratos (en la que las instituciones y funciones de los poderes nacional, estatal y local se hallan perfectamente separadas), sino a la que se encuentra en una tarta jaspeada (*marbre cake*) o lo que los ingleses llaman tarta de arco iris (*rainbow cake*), que se caracteriza por una mezcla inseparable de ingredientes de diferente color. Finalmente, en 1966, Grodzins publicaba la que, como se ha señalado⁵³, ha sido considerada la biblia del *federalismo cooperativo*⁵⁴.

En definitiva, este nuevo modelo de federalismo presupone la coparticipación de poderes y funciones entre las distintas entidades de gobierno, básicamente las federales y las estatales. El federalismo excluye aquí toda rigidez. Admite y fomenta diversas formas de cooperación de carácter esencialmente práctico. Se nos presenta, pues, como un diálogo cooperativo, como lo ha definido Walter Leisner. Y esta cooperación no se circunscribe a la elaboración de leyes sino que se proyecta a otros ámbitos muy dispares, como la dirección de programas, la planificación de actividades... etc. En síntesis, la competición cede el paso a la cooperación lo que, por lo demás, casa a la perfección con las exigencias y presupuestos del Estado social y democrático de Derecho.

51. *Ibidem*, pp. 345-349.

52. Cf., a este respecto, PERRY CLARK, Jane, *The rise of a new federalism*, Federal-state cooperation in the United States, Columbia University Press, New York 1938.

53. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano...*, op. cit., p. 44.

54. MORTON GRODZINS, *The American system. A new view of government in the United States*, Rand Mac Nally, Chicago 1966.

En Alemania, la expresión más clara de la idea de cooperación entre el *Bund* y los *Länder* son las tareas comunitarias y las ayudas a la inversión, conforme al art. 104 a. de la *Grundgesetz*, introducidas en 1969. Como recuerda Vogel⁵⁵, el concepto de *federalismo cooperativo* fue acuñado en el contexto del debate sobre dichas tareas comunitarias y sobre los límites genéricos a las formas de cooperación admisibles en un Estado federal. Hoy cabe entenderlo como una fórmula general para una mejor cooperación entre la Federación, los *Länder* y los Municipios⁵⁶.

También en Austria se introdujo el *federalismo cooperativo* a través de la *Bundesgesetzblatt*, Ley complementaria de la Constitución Federal núm. 444/1974, que posibilitaba los llamados contratos de los Estados miembros, habilitando a la Federación y a los *Länder* y a éstos entre sí para concertar acuerdos sobre los asuntos de sus respectivas esferas de acción.

8. Latinoamérica no ha permanecido de espaldas a esta nueva visión del sistema federal. Ciertos sectores doctrinales reivindicaron ya en los años setenta el *federalismo cooperativo*. Es de destacar especialmente a Paulo Bonavides, quien, frente a la abusiva intervención económica de la Unión, incluso institucionalizada, que a su juicio acabó con la autonomía ya muy mermada de los Estados brasileños, reivindicaría un *federalismo de las Regiones* de naturaleza esencialmente cooperativa⁵⁷.

Sin embargo, no ha sido sino en un período relativamente reciente cuando pueden encontrarse los primeros atisbos de este modelo de federalismo. Según Quiroga Lavié⁵⁸, la avanzada orgánica en el tema la ha efectuado Brasil en su nueva Constitución de 1988. Ello no obstante, no faltan autores que retrotraen a un momento mucho más lejano, en el propio Brasil, la aparición de la técnica propia del *federalismo cooperativo*. Es el caso, por ejemplo, de Afonso Da Silva, para quien esta técnica fue implantada en la Constitución de 1934 y desarrollada en la Carta de 1946⁵⁹, de lo que sería una buena prueba el sistema de reparto de ingresos tributarios entre la Unión, los Estados y los Municipios, o también el destino de cierto número de recursos a las Regiones, fruto de lo cual sería la creación de Superintendencias regionales de desarrollo⁶⁰. Aún admitiendo la existencia en el Texto de 1946 de algún elemento característico de este tipo de federalismo, habría que precisar que se trató de una experiencia fugaz y que no tuvo mucha continuidad, pues el movimiento político-militar del 1º de abril de 1964 puso punto final a la Constitución de 1946 y, con ella, a la etapa del federalismo quizá más equilibrado de la historia político-constitucional brasileña.

La Constitución brasileña de 1988, en una dirección que puede aproximarse a la del *federalismo cooperativo*, atribuye en su art. 23 a la competencia común de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, una serie de materias que, como dice Schambeck⁶¹, por su propia naturaleza, constituyen tareas que hoy son significativas para una consideración cooperadora-federalista, tales como: la protección del medio

55. VOGEL, Juan Joaquín, *El régimen federal de la Ley Fundamental*, op. cit., pp. 666-667.

56. Cf., al respecto, ROVIRA, Enoch Alberti, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid 1988, en especial, pp. 343 y ss.

57. BONAVIDES, Paulo, "O Federalismo e a revisão da forma de Estado", en *Revista de Informação Legislativa, Senado General*, nº 37, Brasília, enero-marzo 1973, p. 397.

58. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991, p. 397.

59. DA SILVA, José Afonso, "Constitucionalismo federal no Brasil...", op. cit., pp. 438-439.

60. Cf., a este respecto, MACHADO HORTA, Raúl, "Tendências do Federalismo Brasileiro", en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 28 (número especial sobre "As novas perspectivas do Federalismo Brasileiro"), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, enero 1970.

61. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites...", op. cit., p. 82.

ambiente, la preservación de la fauna y la flora, la mejora de las condiciones de habitabilidad, la protección del patrimonio artístico, la promoción de la integración social de los sectores más desfavorecidos... etc.

En Argentina, existe una cierta opinión compartida en el sentido de que la importante reforma constitucional de 1994 perfila algunos rasgos propios de un *federalismo de concertación o cooperación*, especialmente en materia económica⁶², algo que, por lo demás, se ha considerado como el único camino posible para lograr una Federación moderna que dé una respuesta inteligente a los conflictos generados⁶³. Bien es cierto que ya antes de la reforma se podían apreciar síntomas de una cesión del anterior y devaluado modelo federal hacia un nuevo federalismo de negociación y concertación⁶⁴.

En México, la doctrina ha venido reclamando un nuevo federalismo, que identifica con el *federalismo cooperativo*⁶⁵. Aunque no falta quien, en los inicios de la década de los noventa, ya consideraba que algunas normas constitucionales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (como los arts. 116. VI y 123) implicaban un virtual federalismo cooperativo al contemplar la necesaria convergencia estatal y federal en la ordenación normativa de algunas materias, como por ejemplo las relaciones laborales⁶⁶, lo cierto es que los atisbos más nítidos de un cambio de orientación en el modelo federal mexicano hay que verlos en el *Programa para un nuevo federalismo. 1995-2000*, aprobado por el Gobierno federal a través del Decreto de 6 de agosto de 1997⁶⁷, que, entre otras finalidades, pretende “impulsar diversos procesos de descentralización cuya naturaleza trasciende la esfera meramente administrativa para incidir en una redistribución del poder público, tarea que está considerada como fase necesaria y previa en el proceso de devolución de facultades a las entidades federativas”.

En Venezuela, ha sido a partir de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, de 28 de diciembre de 1989, cuando se han empezado a sentar las bases de un nuevo federalismo, estableciendo, entre otras novedades, la progresiva transferencia a los Estados de competencias concurrentes que el poder nacional había asumido en materias tales como: educación, cultura, deporte, empleo, salud, protección del medio ambiente, ordenación del territorio, protección al consumidor, obras públicas... etc. En desarrollo de la citada Ley se generaron un conjunto de relaciones intergubernamentales entre los niveles de gobierno estatal, municipal y nacional, que vinieron a presuponer la creación de una instancia institucional de diálogo y cooperación intergubernamental de carácter permanente como fue el Consejo Territorial de Gobierno, revitalizándose a la par órganos de coordinación y concer-

62. CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, “El régimen federal y la reforma constitucional”, en PÉREZ GUILLOU, DARDO y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Mendoza 1995, pp. 337 y ss., en particular, p. 365.

63. HERNÁNDEZ, Antonio Ma., “El fortalecimiento federal”, en EKMEKDJIAN, Miguel Angel y otros, “Reforma constitucional”, Ciudad Argentina, Buenos Aires 1994, p. 121.

64. Cf., al efecto, BIDART CAMPOS, Germán J., “El Federalismo argentino desde 1830 hasta la actualidad”, en el colectivo, *Federalismos latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, El Colegio de México-FCE, México 1993, pp. 352 y ss.

65. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, Editorial Porrúa-UNAM, México 1995, pp. 298-301.

66. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., pp. 397-398.

67. Cf., al efecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 940-942.

tación de políticas públicas entre los distintos niveles territoriales antes adormecidos, como es el caso de la Convención de Gobernadores⁶⁸.

La Constitución venezolana de 1999, pese a definir la forma de Estado como un *Estado federal descentralizado* (art. 4) y prever la descentralización política de la federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158), no ha entrañado, como con evidente razón advierte Brewer⁶⁹, avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando desde 1989; más bien, en muchos aspectos, significa un retroceso institucional. Y otro tanto cabe decir respecto de los tímidos pasos dados en la dirección del federalismo de concertación en los estertores de la Constitución de 1961, aunque no quepa olvidar la creación por la Constitución de algunos órganos de concertación, como sería el caso del Consejo Federal de Gobierno (art. 185) y de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación (art. 166). Habrá que esperar aún un tiempo hasta ver la aplicación real de los mecanismos constitucionales citados para constatar si son algo más que un mero *desideratum*, como Brewer considera la forma del Estado federal descentralizado constitucionalmente recepcionada, hacia el que, desde luego, se puede ir, pero que no resulta consolidado ni garantizado en el nuevo Código constitucional.

9. A modo de balance final, bien puede decirse que el modelo del *federalismo dual*, aunque presente formalmente en los textos constitucionales latinoamericanos por influjo de la Constitución estadounidense, nunca ha tenido virtualidad práctica en los sistemas federales del área, regidos por un principio centralista que desvirtuaba profundamente aquel modelo, cuando no convertía el propio régimen federal en algo puramente nominal, conduciendo a una suerte de *neofederalismo*, como aconteciera en Venezuela durante la mayor parte de su existencia como Estado formalmente federal.

En los últimos lustros, el federalismo centralizado ha entrado en crisis, crisis que, como advierte Carmagnani⁷⁰, pone en tela de juicio no tanto el pacto federal, sino el funcionamiento del mismo, lo que nos está indicando que posiblemente estemos en presencia de una nueva reformulación del principio federal, que parece evidente en las últimas reformas constitucionales y legales y que también se manifiesta en la propia dinámica federal de los últimos años, que se dirige por los caminos trazados por el federalismo cooperativo.

En definitiva, en los últimos años, no sin ciertos matices e incluso contradicciones, los sistemas federales iberoamericanos han iniciado, o así lo parece, un proceso de reversión de su tendencia centralizadora que da la impresión de tener como meta un modelo de cooperación en las relaciones entre los poderes de los distintos niveles territoriales, en sintonía con la que puede ser considerada como pauta tendencial dominante del federalismo de nuestro tiempo. En todo caso, el proceso iniciado, no sin patentes contradicciones en algunos casos, marcha a un ritmo en exceso lento y su futuro suscita aún numerosas incógnitas.

68. Cf., al efecto, DELFINO, María de los Ángeles, *La descentralización en Venezuela (Parámetros constitucionales y legales)*, COPRE, Caracas 1996, pp. 126 y ss.

69. BREWER-CARIAS, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 155.

70. CARMAGNANI, Marcelo, "Conclusión: el federalismo, historia de una nueva forma de gobierno", en el colectivo, *Federalismos latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, op. cit., p. 416.

IV. LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En sintonía con los rasgos que más atrás consideramos como más característicos del Estado federal, vamos a pasar a analizar el perfil que cada uno de ellos presenta en los cuatro sistemas federales latinoamericanos.

1. La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma

A) El Estado federal no descansa, a diferencia de la Confederación, en un contrato de Derecho internacional, sino en una Constitución, acto de Derecho interno, aún cuando su texto haya sido fijado en forma contractual, con el acuerdo de todos los Estados que ingresan en la Federación, cuya voluntad constituyente y, por lo mismo, su participación en el acto constituyente definitivo que dará origen a la Constitución federal, tendrá una gran relevancia.

El pacto federal, *pactum foederis*, tiene implicaciones que no pueden ser ignoradas por el poder constituyente. Es preciso que la reforma de la Constitución federal sea difícil, y de ahí la rigidez de las Constituciones federales. Y ello, frente a la opinión de algún sector doctrinal minoritario que constata que no hay ninguna razón que impida que un Estado federal tenga una Constitución flexible⁷¹, responde, al menos, a dos exigencias concretas:

a) En primer término, la rigidez constitucional se traduce, por lo general, en la intervención de los Estados miembros en la reforma⁷², lo que sin significar en modo alguno que se requiera el acuerdo de todos para que pueda prosperar una reforma constitucional, ni menos aún amparar el derecho de secesión de los Estados disidentes, o el derecho a anular por su sola voluntad las decisiones tomadas por los órganos federales, como defendiera Calhoun en su conocida teoría de la *nullification*⁷³, presupone una cierta garantía de los derechos de los Estados en la Federación, pues de esta forma se garantiza desde su existencia hasta la más pequeña de sus competencias constitucionales.

b) En segundo término, y en estrechísima sintonía con lo anterior, pese a sus inconvenientes, la rigidez constitucional, como sostiene Lojendio⁷⁴, proporciona a la autonomía de los Estados miembros su principal protección jurídica.

B) En América Latina, la intervención de los entes territoriales integrantes de la Federación en la reforma constitucional es muy dispar según el país de que se trate, pudiendo apreciarse además una cierta tendencia a disminuir esa participación de los Estados miembros, de lo que constituye ejemplo paradigmático la reciente Constitución de Venezuela de 1999.

Sólo Brasil y México incluyen en el proceso de reforma constitucional a los entes territoriales federales. En Brasil, la participación de las entidades federativas se produce

71. LIVINGSTON, William S., *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford 1956, p. 296.

72. FRIEDRICH ha subrayado que en todos los sistemas federales de gobierno por él estudiados se halla prevista la participación de las "unidades locales" en el poder de enmienda. FRIEDRICH, Carl J., *Gobierno constitucional y Democracia (Teoría y práctica en Europa y América)*, IEP, Tomo I, Madrid 1975, p. 408.

73. Cf., al efecto, C. PRITCHETT, Herman, *La Constitución Americana*, op. cit., p. 89.

74. DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., *Autonomía y censo*, op. cit., p. 77.

en la fase de iniciativa de la reforma. En México, por el contrario, en la ratificación de las reformas o adiciones constitucionales ya aprobadas por el Congreso de la Unión.

En Argentina, las provincias, aún no interviniendo directamente, podría entenderse que disponen de una intervención indirecta por intermedio del Senado, cuando el Congreso proceda a declarar la necesidad de la reforma con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros (art. 30 de la Constitución tras la reforma de 1994), ya que la reforma, tras esa declaración por el Congreso acerca de su conveniencia, se ha de efectuar no por el Congreso, sino por una Convención convocada al efecto. No obstante, tras la reforma de 1994, quizá haya de relativizarse un tanto esta participación indirecta a la vista del cambio estructural que se ha operado en el Senado, que puede llegar a afectar a la naturaleza de su representación territorial.

En Venezuela, la Constitución de 1999 ha acabado con lo que, paradójicamente, a la vista de la realidad federal venezolana, era el sistema más receptivo de todos los sistemas federales latinoamericanos en lo que hace a la participación de los Estados miembros en el procedimiento de reforma de la Constitución federal.

2. El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía

A) La esencia del federalismo quizá resida, como sostiene Elazar⁷⁵, en un particular conjunto de relaciones entre los participantes en un sistema político, unas relaciones que han de combinar el autogobierno y el gobierno compartido. Aparece así el principio o capacidad de autonomía que se nos presenta, en términos de Lojendio⁷⁶, como el concierto entre los actos de aquellas voluntades, la particular o local y la común, balance interno de dos fuerzas, de lo que Ulrich Scheuner llama “dualismo de centros de decisión”.

La autonomía del Estado integrante de la Federación se traduce en una capacidad de auto-organización que se manifiesta en la facultad de elaborar su propia Constitución y fijar en ella el régimen de sus órganos superiores y el de las colectividades públicas internas, pero que también se traduce en su vertiente más propia, esto es, en la que Massimo Severo Giannini calificara de autonomía normativa.

Ya la Constitución estadounidense de 1787 dejó a los Estados miembros, con la simple reserva de adoptar una forma de gobierno republicana, la mayor libertad política, bien que haya habido deformaciones de este principio, pues el Congreso, con ocasión de la admisión de nuevos Estados en la Unión, ha impuesto a veces algunas condiciones políticas a la admisión de tales nuevos miembros. Por ejemplo, cuando entró UTAH en 1887 se le impuso la condición de prohibir la poligamia.

La capacidad auto-organizativa, que como ya se ha dicho es uno de los contenidos de la autonomía, no se agota en el puro ejercicio formal de la potestad constituyente por el Estado miembro, mediante el que dicho Estado se da su propia Constitución. Siendo esto inexcusable, la autonomía organizativa requiere de una capacidad de decisión real sobre la propia organización de los poderes del Estado. Esta capacidad decisoria puede sujetarse a algún límite general, pero no a unas restricciones tan amplias que el constituyente estatal se vea convertido en mero ejecutor de los dictados que establece la

75. ELAZAR, D., *Federal Systems of the World*, 2ª ed., Longman, Londres 1994, p. XV.

76. DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., *Autonomía y consenso*, *op. cit.*, p. 66.

Constitución federal. La doctrina constitucional alemana ha sido muy elocuente y clara en este punto.

En la República Federal Alemana, para expresar plásticamente lo que en la práctica supone la condición estatal de los *Länder*, el Tribunal Constitucional Federal ha acudido al concepto de Hausgut (literalmente *ajuar*). Conforme a esta doctrina, la condición estatal de los *Länder* implica, esencialmente, la existencia de un determinado núcleo de funciones privativas, que les corresponden a título de Hausgut y de las que no pueden ser despojados. Cualesquiera que sean en particular tales funciones privativas, lo cierto es que, como señala Vogel⁷⁷, el *Land* debe retener en todo caso la libre decisión acerca de su organización, incluidas las decisiones organizativas fundamentales contenidas en la Constitución de *Land*.

B) La autonomía de los Estados miembros es formalmente recepcionada por los Códigos constitucionales de los Estados federales iberoamericanos (entre otros, arts. 123 de la Carta argentina, 25 de la Constitución brasileña de 1988...). Sin embargo, esta capacidad de libre decisión acerca de la propia organización estatal se halla, en bastantes casos, parcialmente sustraída, o por lo menos muy condicionada.

Los Estados, ciertamente, disponen de su propia potestad constituyente (aunque incluso en ello no han faltado excepciones, como fue el caso de la Constitución venezolana de 1961, que suprimió toda referencia a la potestad constituyente estatal), pero su organización, en determinados aspectos, aparece predeterminada por la propia Constitución federal. Argentina se nos presenta como la única excepción frente a la regla general. Aquí, los Estados o Provincias tienen una capacidad auto-organizativa digna de tal nombre, pero ello quiebra o se relativiza, en una escala gradual de menor a mayor condicionamiento de la autonomía organizativa, en Brasil, México y Venezuela, pudiéndose afirmar en el caso de este último país, a la vista de las previsiones de la Carta de 1999, que la autonomía estatal es un concepto vacío de contenido.

Desde luego, no puede obviarse el hecho de que en todos los Estados federales la autonomía estatal, esto es, de los Estados miembros de la Federación, encuentra una serie de limitaciones que hallan su razón de ser en la necesidad de garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y los Estados sean mínimamente homogéneas, y que también lo sean tales Estados entre sí. En esta dirección, el art. 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn vincula a los *Länder* a los principios constitucionales allí mencionados. Ello responde a la conveniencia de generar una cierta homogeneidad, como antes se dijo; sin embargo, no se exige ni la adecuación plena ni la uniformidad.

En Latinoamérica, de nuevo con la sola excepción de Argentina, las Constituciones federales incorporan normas que van mucho más allá de lo que el principio de homogeneidad debe suponer y exigir en un Estado federal, incidiendo sobre aspectos muy puntuales de la organización de los poderes públicos estatales que, por mor de la vertiente auto-organizativa que, entre otros contenidos, entraña el principio de autonomía, debieran de quedar sujetos a la propia capacidad decisoria del constituyente estatal, con lo que ello entraña de muy seria devaluación del principio de autonomía.

77. VOGEL, Juan Joaquín, *El régimen federal de la Ley Fundamental*, op. cit., p. 626.

3. La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal

A) Es un rasgo común de los sistemas federales la existencia de un órgano, normalmente jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos que puedan surgir entre la Federación y los Estados miembros, e igualmente, de salvaguardar la primacía de la Constitución federal. Un federalismo verdadero, escribe Durand⁷⁸, exige que la Constitución se imponga no sólo a los Estados miembros, sino también a los órganos federales. Por lo mismo, es necesario que se ejerza un control imparcial, que dé la interpretación definitiva de la Constitución federal. No se puede admitir que deforme su verdadero rol con un control de oportunidad.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es posiblemente el máximo exponente de esta labor de arbitraje en la distribución constitucional de poderes y competencias entre la Unión y los Estados; por lo mismo, se le considera el árbitro del sistema federal norteamericano. Más aún, se ha llegado a afirmar⁷⁹ que sin su interpretación de la Constitución en el caso *Mc Culloch v. Maryland* (1819) se habría producido un retorno a la Confederación.

En la República Federal Alemana, el Tribunal Constitucional Federal *Bundesverfassungsgericht*, contemplado por la *Grundgesetz* y regulado en detalle por la Ley de 12 de marzo de 1951⁸⁰, no sólo es el garante de las instituciones democráticas y de los derechos y libertades constitucionales, sino también quien salvaguarda, en último término, el principio federal.

B) En América Latina, aunque no ha faltado quien ha considerado⁸¹ que por la histórica debilidad de los jueces y tribunales, éstos no han sido el último árbitro del equilibrio entre los Estados y la Federación, función generalmente asumida por el poder ejecutivo o por el poder legislativo, lo cierto es que, a nuestro juicio, tal afirmación no puede sustentarse si no es como meramente expresiva de algunas situaciones *de facto* acontecidas en algunos momentos históricos concretos.

En Brasil, en México y en Venezuela existen instrumentos procesales encaminados a salvaguardar la primacía de la Constitución federal, cuyo conocimiento compete al órgano jurisdiccional supremo. En Argentina, la primacía de la Constitución está asegurada por intermedio de un sistema de control de constitucionalidad difuso, análogo al norteamericano de la *judicial review*, pudiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenir por apelación de acuerdo con lo previsto en las normas procesales.

Las Constituciones federales iberoamericanas, como regla general, no han ignorado la posibilidad de que se susciten conflictos entre los órganos federales y los estatales, como tampoco la inexcusabilidad de que en tales supuestos se atribuya el conocimiento de dichos conflictos a un determinado órgano normalmente jurisdiccional. Especial relevancia ha tenido en esta materia la reforma constitucional mexicana de 31 de diciembre

78. DURAND, Charles, *El Estado federal en el derecho positivo*, op. cit., p. 207.

79. MATHIOT, André, *El federalismo en Estados Unidos*, op. cit., p. 236.

80. Posteriormente, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz ubre das Bundesverfassungsgericht*) de 3 de febrero de 1971, modificada en varias oportunidades.

81. ROSENN, Keith S., *El federalismo en las Américas...*, op. cit., p. 798.

de 1994, que modifica de modo sustancial el texto del art. 105.I, ampliando de manera considerable el ámbito de las llamadas *controversias constitucionales*⁸².

En definitiva, la ciertamente histórica debilidad del poder judicial en buena parte de Latinoamérica, que parece tiende a superarse en nuestros días, no ha impedido que hayan sido los órganos jurisdiccionales federales, y muy particularmente la Suprema Corte de Justicia, los encargados de dirimir los conflictos constitucionales entre órganos de distintos entes territoriales, convirtiéndose así, formalmente al menos, en los árbitros del equilibrio entre la Federación y los Estados miembros. Cómo se ejerza esa función arbitral en la realidad dependerá ya de una normativa procesal que garantice realmente la independencia de aquellos órganos, además ya de que esa independencia de criterio rija la actuación de cada juez. Con todo, no puede soslayarse el hecho de que esa independencia judicial resulta harto difícil de alcanzar en regímenes necesaristas como el que representa hoy el *chavismo* venezolano, sistema mucho más cercano a la autocracia que a la democracia. Quizá a ese tipo de situaciones políticas apuntara Rosen cuando transfería el rol de árbitro, del poder judicial al ejecutivo, pues, además, es sobradamente conocido el sobrepeso de los ejecutivos presidenciales en América Latina, bien que tal rasgo parezca encontrarse en recesión.

4. El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados

A) Un rasgo característico de los Estados federales es la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, lo que, como regla general, se realiza por intermedio de la segunda Cámara de los Parlamentos federales, la llamada Cámara de los Estados, que puede revestir dos modalidades en función, como se ha señalado⁸³, de que los miembros de esa Cámara sean delegados de los gobiernos de los Estados miembros, que siguen, pues, las instrucciones de esos ejecutivos estatales, actuando directamente sobre los asuntos federales, les transmiten (Cámara tipo Consejo, como el *Bundesrät* alemán), o de que los miembros de la Cámara tengan carácter electivo, con independencia ya del sistema de elección: por sufragio popular directo o por la Asamblea Legislativa del Estado (Cámara tipo Senado, como el Senado estadounidense).

Una Cámara de esta naturaleza, como advierte Burdeau⁸⁴, viene requerida no como Cámara de segunda lectura, ni como Cámara de reflexión o ponderación, ni menos aún como órgano de solución de posibles crisis gubernamentales, sino, por las propias necesidades dimanantes del federalismo, como Cámara canalizadora de una cierta participación de los Estados miembros en las decisiones federales y, particularmente, en la formación de las leyes de la Federación. Schambeck⁸⁵, quien fuera presidente del *Bundesrät* austríaco, afirma convincentemente que el federalismo, mediante una Cámara de los *Länder*, puede contribuir a unificar el panorama político, y esto incluso cuando en ambas Cámaras estén representados los mismos partidos políticos, pero las elecciones han sido en distintas épocas y con distintos criterios para cada una de las Cámaras parlamentarias.

82. Cf., al efecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, UNAM, México 1999, pp. 833 y ss.

83. BOWIE, R., y FRIEDRICH, Carl J., *Etudes sur le fédéralisme*, LGDJ, París 1960, pp. 20-23.

84. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tomo II, LGDJ, París 1949, pp. 426-427.

85. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", *op. cit.*, p. 84.

B) En América Latina, como recuerda Carpizo⁸⁶, tradicionalmente, se ha considerado que las entidades federativas en cuanto tales intervienen en la integración de la voluntad central a través del Senado donde están representadas. Y en términos similares, Quiroga Lavié⁸⁷ significa que en los cuatro países federales (hoy, como veremos de inmediato, ya no es así, pues Venezuela ha dejado de tener un Congreso bicameral tras la Carta de 1999) la participación estatal en la formación de la voluntad federal se traduce en la integración de la Cámara de Senadores en el Congreso, como cuerpo de reflexión, idea esta última algo equívoca.

En síntesis, Argentina, Brasil y México siguen la pauta general de todos los sistemas federales de canalizar la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal a través de una segunda Cámara parlamentaria tipo Senado que se acomoda a los rasgos siguientes:

a) El principio de igualdad en la representación de cada Estado miembro, con independencia del tamaño de su territorio, de su importancia económica o política o de su población, inspira la composición del Senado en los tres Estados federales que cuentan con una Cámara de esta naturaleza.

b) La elección senatorial se acomoda hoy en los tres países al sistema de sufragio universal directo. La elección popular de los senadores no ha sido siempre la regla general en estos Estados federales. Bien al contrario, en una primera etapa, se impuso como preponderante al sistema de elección indirecta, por las Legislaturas de los Estados, adoptado por la Constitución estadounidense de 1787 en un primer momento. A este respecto, conviene recordar la importante modificación introducida en la reforma constitucional argentina de 1994, que elevó de dos a tres el número de senadores por provincia y por la capital federal, decantándose por la elección popular de los mismos, esto es, por sufragio universal directo, otorgando dos senadores a la mayoría y uno a la primera minoría, reforma que ha desencadenado una ardua discusión doctrinal⁸⁸.

Nos resta efectuar una última referencia a la desaparición del Senado en la Constitución venezolana de 1999. Pocas reflexiones se requieren para poner de relieve la inmensa contradicción institucional que tal innovación entraña en un régimen que se autodefine (art. 4 de la Carta de 1999) como un Estado federal descentralizado. Ignorancia constitucional, nominalismo en las formulaciones constitucionales y autocracia revestida de populismo son algunas de las explicaciones que pueden coadyuvar a la comprensión de tal sinsentido.

Como dice Brewer⁸⁹, con la desaparición del Senado quiebra la garantía que el principio de igualdad de los Estados daba la representación igualitaria en el Senado y se establece una contradicción con la forma federal del Estado, suponiendo un atentado contra la descentralización política efectiva, todo ello al margen ya de quebrar, sin razón alguna (pues no se puede considerar como tal la desconfianza en las instituciones representativas propia de todos los autócratas), una tradición constitucional que en Venezuela se remonta a 1811. Desde otra perspectiva crítica, mucho más tamizada, Com-

86. CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica*, op. cit., p. 60.

87. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., p. 406.

88. Cf., al efecto las posiciones de CASTORINA DE TARQUNI, María Celia, "El régimen federal y la reforma constitucional", op. cit., p. 367, y de HERNÁNDEZ, Antonio Ma., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires 1997, pp. 36-42.

89. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999...*, op. cit., pp. 148 y 155-156.

bellas⁹⁰ advierte acerca del peligro de crisis de gobernabilidad, mucho más real en el unicameralismo, cuando la mayoría sea desafecta al Presidente.

En resumen, omisión hecha de Venezuela, los Senados federales de Argentina, Brasil y México han seguido un caminar muy semejante al que ha caracterizado la vida del Senado estadounidense, por lo menos desde una perspectiva orgánica. No parece, sin embargo, que desde la óptica funcional pueda apreciarse en estas segundas Cámaras una evolución política análoga a la que capta Burdeau⁹¹ en relación al Senado norteamericano, a evolución que le ha conducido a atenuar su carácter de órgano protector de los derechos de los Estados miembros de la Unión para acentuar, por el contrario, su función moderadora de la voluntad popular, esto es, de la Cámara baja del Congreso que es la que con más propiedad parece reflejar la soberanía popular.

5. La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros

A) El Estado federal entraña, como elemento imprescindible, un reparto de poder político y administrativo entre la Federación y los Estados miembros, lo que a su vez se traduce en la articulación de un sistema de distribución de competencias entre la primera y los segundos, con el que trata de rellenarse de contenido la autonomía de estos últimos.

Muy diversas son las técnicas con las que los Estados federales han tratado de responder a la siempre compleja problemática de la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales. La técnica del llamado *sistema de lista* es la más característica del Estado federal. Como dice Pizzorusso⁹², cuando existe un reparto de competencias administrativas o legislativas entre el centro y los entes autónomos, generalmente se produce sobre la base de una enumeración de materias que pueden atribuirse al uno o al otro con asignación de las competencias no enumeradas al titular de los poderes residuales. Bien es verdad que el recurso a los listados de materias ha experimentado a lo largo del tiempo una gran evolución.

En el primer federalismo, lo común es la existencia de una única lista en la que se recogen las competencias que asume la Federación. Este es el caso de la Constitución norteamericana de 1787, cuyo art. 1, en su sección octava, enumera las facultades del Congreso de los Estados Unidos que, lógicamente, se consideran competencias de la Unión. Será asimismo la pauta seguida por la Constitución suiza de 1874.

Las atribuciones que se encomiendan a los poderes federales son más bien pocas, lo que se explica porque, originariamente, la competencia federal era la excepción, pero bien pronto se modularía esta regla por intermedio de los llamados *implied powers*, doctrina que corroboraría al Tribunal Supremo estadounidense a raíz de los litigios de que tuvo que conocer por virtud de la creación de un Banco nacional, auspiciada por Hamilton, pero con la oposición de Jefferson. En los casos *U.S. v. Fisher* (1809) y, sobre todo, el muy conocido de *Mc Culloch v. Maryland* (1819), el Tribunal Supremo fijó la doctrina de que las competencias específicamente otorgadas a los órganos federales también incluyen los poderes que están razonablemente implícitos en ellas, por lo que el Con-

90. COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional (Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)*, McGraw Hill Interamericana, Caracas 2001, p. 140.

91. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tomo VI, 2ª ed., LGDJ, París 1971, p. 314.

92. PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona 1987, p. 109.

greso dispone de la facultad de elaborar todas las leyes necesarias para poner en ejecución los poderes que le son conferidos.

En cuanto a las competencias de los Estados miembros, al no hallarse expresamente contempladas por la Constitución norteamericana, había que inferir que, como titulares del poder residual, les habían de corresponder todas aquellas no expresamente encomendadas a la Federación. Sin embargo, prefiriendo que esto no se infiriese, se incorporó a la Constitución por mor de la presión de los Estados la Décima Enmienda, a cuyo tenor: “Las facultades que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservadas a los Estados respectivamente, o al pueblo”. Aunque, como señala Pritchett⁹³, la intención y el efecto de esta Enmienda ha sido objeto de gran disputa, lo cierto es que, en la práctica, la Décima Enmienda se considera protectora del control estatal sobre las funciones *de incumbencia local* tales como: la educación pública o la regulación del matrimonio y el divorcio.

La notabilísima evolución que han sufrido las normas constitucionales ordenadoras de la distribución competencial en Norteamérica ejemplifica paradigmáticamente una regla o pauta que ha de ser tenida muy presente: que la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar y, cuando ella sea preciso, debe seguir siendo desarrollada.

B) En América Latina, el modelo distributivo competencial seguido ha sido el norteamericano, de *federalismo residual o remanente*, como lo ha llamado Quiroga Lavie⁹⁴, a favor de los Estados, y no *taxativo*, como se podría denominar el modelo canadiense⁹⁵. Bien es cierto que en el caso de Brasil habría que acoger esta pauta con notables puntualizaciones, por el impacto que en dicho país ha ejercido la evolución del *sistema de lista* en los federalismos europeos.

Normas que corroboran este diseño propio del *federalismo residual* a favor de los Estados o Provincias las encontramos en las Constituciones de los cuatro países. Así, por ejemplo, en Argentina, el art. 121 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”. Similares previsiones hallamos en el art. 25.1 de la Carta brasileña de 1988, el art. 124 de la Constitución de Querétaro o el art. 164.11 de la Constitución venezolana de 1999.

Las citadas cláusulas constitucionales son tributarias de la Décima Enmienda, no obstante lo cual en algunas de ellas pueden apreciarse matices de interés. El caso más sintomático es el del art. 25.1 de la Constitución del Brasil, cuya dicción (reserva a los Estados de las competencias que no les prohíbe la propia Norma Suprema, no de aquellas que no asuman los poderes federales) parece coherente con el hecho de que, al menos formalmente, la Carta brasileña parece inclinarse por un reparto no estrictamente ajustado al *federalismo residual* a favor de los Estados, pues en ese reparto competencial la

93. C. PRITCHETT, Herman, *La Constitución Americana*, op. cit., p. 90.

94. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., p. 387.

95. Canadá constituiría el contrapunto del diseño norteamericano de distribución competencial. La Constitución canadiense, basada en la *British North American Act* de 1867, optó por delimitar tanto las materias de la competencia federal como las de competencia provincial, bien que precisando que el Gobierno federal disponía de la facultad de legislar para “la paz, el orden y el buen gobierno de Canadá” en todas las materias que no fueran asignadas exclusivamente a las provincias. Una cláusula tan abierta entrañaba, de hecho, otorgar un amplísimo poder residual al Gobierno federal.

Unión, los Estados y el Distrito Federal (y los Municipios en algunos supuestos) convergen en la ordenación normativa de determinadas materias, bien mediante el ejercicio de competencias concurrentes (art. 24) -que por nuestra parte denominaremos compartidas-, bien mediante el ejercicio de competencias que llamaremos indistintas, que son aquellas que se dan cuando sobre una misma materia disponen de idénticas facultades, indistintamente, dos instancias diferentes (art. 23 de la Carta de 1988). Este sistema constitucional de reparto de competencias recuerda, en alguna medida, algún rasgo del sistema distributivo competencial acuñado por la *Bonner Grundgesetz*.

C) En los sistemas federales iberoamericanos el seguimiento inicial del modelo estadounidense se manifestó no sólo en el ya mencionado principio del *federalismo residual* a favor de los Estados, sino asimismo en la opción a favor de una distribución horizontal de competencias, de acuerdo con la cual la competencia sobre una determinada materia abarca la totalidad de funciones sobre la misma, no produciéndose por lo general un reparto vertical que posibilite la diferenciación de materias y funciones en el reparto competencial.

Entre los distintos sistemas de prestación de servicios y, más ampliamente, de ejercicio de la función ejecutiva por las entidades integrantes de un Estado federal, en los regímenes federales latinoamericanos, al igual que en el estadounidense, rige un sistema de acuerdo con el cual la Unión y los Estados mantienen su propia administración con funcionarios propios, independientes uno de otros y subordinados a sus respectivos ejecutivos, correspondiendo a cada administración la ejecución inmediata de la legislación sobre aquellos ámbitos materiales respecto de los que es competentes.

Lejos, pues, de la necesaria intervención de los Estados miembros en la ejecución de la legislación federal, a través de una Administración básicamente descentralizada y, por lo mismo, preponderantemente estatal, se asiste en algunos de estos países, como es el caso de México, al crecimiento descontrolado de una administración pública federal que, como señalan Fix-Zamudio y Valencia Carmona,⁹⁶ viene interviniendo de manera principalísima en los problemas que atañen a los Estados de la República, suponiendo un verdadero lastre para el federalismo.

Iberoamérica camina de esta forma en una dirección muy alejada del llamado *federalismo de ejecución (Vollzugsföderalismus)* que ha tenido un enorme arraigo en Alemania y que ejemplifica paradigmáticamente el art. 83 de la *Grundgesetz* que, con carácter general, dispone: “los *Länder* ejecutarán las leyes federales como asunto propio de cada uno, en cuanto la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa”. De este modo, la función ejecutiva se atribuye en su conjunto a los *Länder*, llevándose el modelo hasta sus últimas consecuencias, ya que la Ley de Bonn se encarga de precisar unas materias específicas a las que ha de limitarse la gestión en régimen de administración federal directa, con una organización administrativa propia (entre ellas, el servicio diplomático, la hacienda federal, los ferrocarriles federales, los correos federales...).

La mayor eficacia y funcionalidad del federalismo de ejecución se halla, a nuestro juicio, fuera de toda duda. En el ámbito de la ejecución del derecho federal se impone el abandono de añejos postulados propios del *dual federalism*, del que trae su causa esta opción en favor de la distribución horizontal de competencias.

D) La distribución de competencias legislativas en los cuatro Estados federales objeto de análisis exige diferenciar, de un lado, el modelo argentino y mexicano, de lista única

96. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, op. cit., pp. 936-937.

de competencias federales; de otro, el sistema híbrido venezolano de lista única de competencias asimismo federales; finalmente, el sistema brasileño de listas múltiples.

Las Constituciones argentina y mexicana siguen muy de cerca la pauta de la Constitución norteamericana, que contempla las competencias de la Unión en la sección octava de su art. 1, al enumerar las facultades del Congreso de la Unión.

No se trata, en rigor, de un listado de materias como el que, por ejemplo, establece el art. 73 de la *Grundgesetz*, sino que tanto el art. 75 de la Carta argentina (en sus treinta y un primeros apartados) como el art. 73 de la mexicana (en sus veintinueve primeros apartados), enuncian un conjunto de potestades y facultades de dispar naturaleza respecto de las cuales, en todo caso, el apartado trigésimo segundo del art. 75 argentino y trigésimo del art. 73 mexicano, reconocen la facultad del Congreso para expedir todas las leyes que se entiendan necesarias “para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” (art. 75.32) o “a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión” (art. 73.XXX de la Constitución mexicana de 1917).

La competencia legislativa de los Congresos federales de Argentina y México no se circunscribe a los poderes, facultades o materias específicamente enumeradas por los citados preceptos, sino que se amplía a cualquier otra facultad o poder propio de otro órgano federal y que haya de ser objeto de una norma legal, pues la gran masa de competencias del orden federal se encuentra en el conjunto de atribuciones de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial federales, y asimismo a cualquier otra materia que constitucionalmente se atribuya a la competencia legislativa del Congreso de la Unión, como por ejemplo, sucede con el art. 123 de la Constitución de México, que atribuye al Congreso de la Unión una amplia potestad legislativa en materia laboral.

Más allá incluso de la competencia legislativa que los respectivos Congresos asumen para poner en ejercicio cualquier poder constitucionalmente concedido al Gobierno federal, de acuerdo con el art. 75.32 argentino y 73.XXX mexicano, tales órganos legislativos asumen los llamados *poderes implícitos*, que tienen su correlato normativo en el apartado 18 de la sección octava del art. 1 de la Constitución estadounidense.

No admite la más mínima duda que las citadas cláusulas constitucionales consagran, en Argentina y México, dichos *implied powers*, que son aquellas facultades legislativas necesarias para poder ejercitar alguno de los poderes expresos. Como advierte Carpizo⁹⁷, refiriéndose a la fracción (apartado según la terminología que venimos empleando) XXX del art. 73 constitucional mexicano, la misma no autoriza facultades nuevas, sino facultades explicativas, es decir, facultades que hagan efectivas las atribuciones consignadas en las veintinueve fracciones anteriores y otras funciones ya expresadas en el Código Supremo. En síntesis, lo que el Congreso puede realizar, según la fracción XXX, es vivificar las otras veintinueve fracciones, pero lo que no puede es crear ninguna facultad autónoma respecto de las enunciadas.

Aunque el federalismo residual en favor de las entidades federativas debiera de excluir la existencia de otras listas diferentes a aquella que enumera las competencias que asume la Federación, no siempre sucede así. Tanto en Argentina como en México encontramos enumeradas algunas potestades específicas en favor de los Estados.

97. CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917, op. cit.*, p. 239.

E) La Constitución venezolana de 1999 contempla las competencias de los poderes de la Nación no en una norma enumerativa de las atribuciones del Congreso, sino en un artículo *ad hoc*, el art. 156, que a través de un largo listado de atribuciones, poderes y materias (que abarca treinta y tres apartados) enuncia las competencias del poder público nacional, que habrán consiguientemente de ejercer los cinco poderes que lo integran (recordemos que a los tres clásicos poderes del Estado, la Carta de 1999, con afán de originalidad, que si algo revela es la burda demagogia populista del *chavismo*, añade el *poder ciudadano* y el *poder electoral*).

No quedan, sin embargo, agotadas todas las competencias asumidas por la Nación en la enumeración del referido art. 156, ya que a lo largo y ancho del articulado constitucional pueden detectarse otras competencias de titularidad nacional; es por lo mismo por lo que el apartado trigésimo tercero del mismo art. 156, norma de cierre de tal precepto, alude a “toda otra materia que la presente Constitución atribuya el Poder público nacional”.

El art. 156 sigue muy de cerca los pasos del art. 136 de la Constitución venezolana anterior, esto es, la Carta de 1961, reproduciendo en sus propios términos el apartado vigésimo quinto del citado art. 136, ahora equivalente al apartado trigésimo tercero del art. 156.

En él, particularmente en el segundo de sus incisos, con mucha más amplitud que en Argentina o en México, se acoge la cláusula de los *poderes implícitos*, atribuyéndose al poder político nacional no sólo, como antes decíamos, toda otra materia que la Constitución le encomiende, sino cualquier otra “que le corresponda por su índole o naturaleza”. Una cláusula de este tenor posibilita una ilimitada absorción competencial por el poder beneficiario de la misma, esto es, por el poder nacional. Como diría Fernández Toro⁹⁸, en referencia a la cláusula análoga de la Carta de 1961, opinión que, dado el mimetismo de ambas normas, sigue siendo perfectamente válida y actual, es difícil argumentar que alguna materia pueda no ser claramente de competencia nacional. El acaparamiento de competencias legislativas por el Poder Legislativo nacional no es sólo la consecuencia de esta cláusula, pero parece indudable que la misma ha incidido también en ello, contribuyendo en alguna medida a la desnaturalización del federalismo venezolano:

Señalaremos finalmente que la Constitución venezolana, a diferencia de la argentina y de la mexicana, acoge en su articulado (art. 164) una norma que enumera las supuestas competencias exclusivas de los Estados. Ante todo, digamos que difícilmente puede hablarse de exclusividad competencial cuando en buen número de los once apartados que integran dicho precepto, tras mencionarse la competencia asumida, se lleva a cabo una remisión a las disposiciones de la ley nacional. Habrá que atender, pues, a cada materia en particular para poder dilucidar la exacta naturaleza de la competencia estatal, si bien es obvio, a la vista del art. 164, que la exclusividad, entendiéndolo por tal la integridad de la competencia, será lo excepcional.

F) La Constitución brasileña de 1988 ha intentado, frente a la inmediata anterior de 1967, reformada en 1969, rescatar el principio federal que había quedado en 1967 prácticamente convertido en un principio semántico, y a tal efecto articuló un sistema de

98. FERNÁNDEZ TORO, Julio César, “Federalismo y descentralización en el constitucionalismo latinoamericano. Estudio preliminar de las tendencias de cambio”, en COMBELLAS, Ricardo, (coord.), *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., vol. I, pp. 331 y ss., en concreto, p. 346.

reparto de competencias que, a juicio de la doctrina⁹⁹, intenta rehacer el equilibrio de relaciones entre el poder central y los poderes estatales y municipales.

La Norma fundamental recurre a un sistema de listas múltiples que, no obstante, sigue teniendo un referente importante en la técnica de origen norteamericano de enumeración de los poderes de la Unión (arts. 21 y 22) con la subsiguiente atribución de los poderes residuales a los Estados (art. 25.1), a lo que se une, en línea con el trascendental rol constitucional que asumen los Municipios, la atribución a los mismos de otro núcleo competencial propio (art. 3).

La reserva de ámbitos competenciales específicos, no siempre exclusivos, se combina con la enumeración de un conjunto de materias cuya competencia legislativa se atribuye, concurrentemente, a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal (art. 24). Anticipemos que más que de competencias concurrentes se trata, de acuerdo con la tipología que nos parece más correcta, de competencias compartidas. El esquema se completa con un nuevo listado de materias (art. 23) que se atribuye a la competencia común de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. Se trata, en este último caso, de un listado de materias de competencia indistinta.

El sistema de reparto se cierra con lo que podríamos considerar una cláusula descentralizadora, que se contiene en el párrafo único del art. 22, que habilita a los poderes federales para, por intermedio de una ley complementaria -categoría normativa que, según Ribeiro¹⁰⁰, se caracteriza por su específico ámbito material, aunque, formalmente, requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos de los miembros de las dos Cámaras del Congreso Nacional-, autorizar a los Estados para legislar sobre cuestiones específicas de materias de la originaria competencia legislativa de la Unión.

Este sistema de reparto competencial, en alguna medida, creemos que muestra ciertas influencias del sistema germano-federal, que inciden sobre el modelo federal de origen norteamericano que se halla en la base del sistema distributivo de competencias.

6. La compensación financiera

A) La Federación y los Estados miembros necesitan cobrar impuestos a fin de poder hacer frente a la prestación de los servicios públicos a que cada ente viene obligado. Consecuentemente, en todo Estado federal, como resultante ineludible de la división de competencias, se ha de llevar a cabo a su vez una división de las rentas o ingresos públicos, particularmente de los ingresos tributarios. El conjunto de reglas jurídicas que establecen la distribución de tributos o impuestos entre el poder federal y los poderes estatales es lo que ha recibido en la doctrina alemana la denominación de *compensación financiera* (*Finanzausgleich*).

En la *compensación financiera*, como afirma Schambeck¹⁰¹, es donde se pone de manifiesto con la máxima claridad la relación entre *Bund* y *Länder*, pues la Federación sólo puede disponer de los ingresos por impuestos que se han generado en sus *Länder* y, viceversa, los *Länder* necesitan de la Federación para poder realizar financieramente sus funciones. De aquí derivan posiciones contrapuestas en la realidad política: cuánto puede ir desde un *Land* al *Bund* y cuánto puede regresar de nuevo en el marco de la

99. DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 93.

100. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso...*, op. cit., p. 309.

101. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", op. cit., p. 84.

compensación financiera. Quizá por lo mismo Puhle ha podido afirmar¹⁰² que la forma concreta del ajuste financiero interno es la que determina en detalle el carácter de un Estado federal y la que, a la larga, le da su propio acento.

Un repaso superficial de la correlación financiera entre Estados y Federación en los sistemas federales más característicos nos pone de relieve la tendencia al crecimiento de la dependencia financiera de los Estados respecto de la Unión o Federación, pauta tendencial ininterrumpida a lo largo del siglo XX.

B) En los sistemas federales latinoamericanos también encontramos, notablemente acentuada, esta misma evolución.

En Argentina, con la Constitución de 1853-1860, las provincias iban lógicamente a renunciar a una parte importante de sus recursos propios, sacrificio que tendría en contrapartida en la ineludible obligación constitucional del Ejecutivo nacional de garantizar la autonomía económica de las provincias. De ahí que, como recuerda Linares Quintana¹⁰³, en forma paralela a la garantía federal de la autonomía política, los constituyentes crearon la garantía federal de la autonomía económica. En coherencia con ello, la Constitución estableció una separación de fuentes tributarias entre la Federación y las provincias. Básicamente, los impuestos directos correspondían a las provincias y sólo excepcionalmente, bajo las estrictas condiciones fijadas por el apartado segundo del art. 67 (que el Congreso declare su imposición por tiempo determinado en razón de que así lo exija la defensa, seguridad común y bien general del Estado), podía imponerlos la Nación. En cuanto a los impuestos indirectos, nada señalaba la Constitución, por lo que, conforme al principio del federalismo residual, había de entenderse que también correspondían a las provincias.

En 1897, la creación por el Gobierno federal de impuestos al consumo comenzó a alterar el sistema tributario inicialmente diseñado al producirse una concurrencia de hecho de fuentes tributarias. En 1932, al amparo del art. 67.2 de la Constitución, el Congreso procedió a establecer impuestos directos.

Con todo, el verdadero hito de la violación de las normas constitucionales se encuentra en la Ley núm. 12.139, de 1935, por la que se unificaron los impuestos internos, surgiendo el sistema de coparticipación impositiva entre la Nación y las provincias. A partir de ese momento, el abandono de las previsiones constitucionales fue constante, tergiversándose su interpretación hasta el punto de que los impuestos indirectos fueron considerados concurrentes (y hoy, constitucionalmente, así lo son a tenor del texto del art. 75.2 de la Constitución reformada en 1994) y la excepcionalidad de la creación de impuestos directos por la Nación se convirtió en normalidad, con inequívoca trasgresión de la letra y del espíritu del texto originario del art. 67.2 del Código constitucional¹⁰⁴.

El régimen de coparticipación impositiva entraña que la Nación legisle, recaude y reparta en virtud de un convenio con las provincias y éstas, a su vez, redistribuyan con sus propios Municipios. Si bien este sistema parece acomodarse a las exigencias de la siempre conveniente simplificación de los ordenamientos impositivos, como señala Frí-

102. JÜRGEN PUHLE, Hans, "Problemas del federalismo alemán", *op. cit.*, p. 95.

103. LINARES QUINTANA, Segundo V., "La garantía del principio federal.", *op. cit.*, p. 408.

104. FRÍAS ha destacado el histórico abuso que la Nación ha hecho de su facultad excepcional de establecer contribuciones directas en forma inconstitucional. FRÍAS, Pedro José, "Constitucionalidad de la coparticipación impositiva federal", en *Cuadernos de Federalismo*, nº II, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba 1988, p. 16.

as¹⁰⁵, la constitucionalidad de tal sistema no ha dejado de ser cuestionada, al menos hasta la reforma de 1994.

Los efectos prácticos del sistema han sido la total dependencia económico-financiera de las provincias respecto de la Nación, factor que ha sido comúnmente considerado como determinante en la desvirtuación del federalismo argentino.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado racionalizar la cuestión, introduciendo, entre otras varias, estas modificaciones:

1ª) Clarifica el sistema de distribución impositiva entre la Nación y las provincias (art. 75.2). A la primera, como facultad concurrente con las provincias, compete la imposición de contribuciones indirectas y la de contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común o el bienestar general del Estado lo exijan.

2ª) Define como coparticipables las contribuciones indirectas y las directas que excepcionalmente recaude el Gobierno nacional, salvo la parte o el total de ellas que tengan asignaciones específicas. Y

3ª) Eleva al máximo rango normativo la figura de la ley-convenio. Este instrumento normativo, ya preexistente aunque no reconocido constitucionalmente, era una ley federal que tenía condicionada su validez a la participación o aprobación de las provincias. En rigor, sostiene Quiroga Lavié¹⁰⁶, se trataba de acuerdos de concertación que implicaban un cierto ejercicio de poder constituyente derivado por cuanto que, a través de ellos, se modificaba el cuadro de competencias constitucionales de la estructura federal. Tras la reforma de 1994, la ley-convenio ha sido estrictamente regulada por la Constitución, que la sujeta a un conjunto de condiciones que, en síntesis, son los que siguen: 1) el Senado es la Cámara de origen; 2) la *sanción* requiere de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara del Congreso; 3) se veda su modificación unilateral; 4) no puede ser reglamentada; 5) se exige su aprobación por las provincias; 6) se precisa el factor al que habrá que atender a los efectos de la distribución entre la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires: las competencias, servicios y funciones de cada uno de esos entes; 7) finalmente, se concretan los criterios objetivos en función de los cuales se llevará a cabo el reparto: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Los juicios suscitados por la reforma constitucional llevada a cabo en este punto han sido radicalmente contrapuestos. Mientras hay quien cree que la reforma eleva a la normatividad constitucional la inversión del sistema impositivo consagrado en la Constitución de 1853-1860 y la incapacidad imponible provincial que sobrevino a las leyes de coparticipación, con los graves perjuicios subsiguientes para el federalismo argentino¹⁰⁷, hay quien, por contra, considera¹⁰⁸ que la incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre la Nación y las Provincias. En cualquier caso, desde una

105. FRÍAS, Pedro José, y otros, *Derecho Público Provincial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1987, p. 351.

106. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires 1993, p. 651.

107. CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, "El régimen federal...", *op. cit.*, p. 357.

108. HERNÁNDEZ, Antonio Mª, *Federalismo...*, *op. cit.*, p. 57.

visión realista, como es la de Pérez Hualde¹⁰⁹, parece bastante evidente que en 1994 era difícil pensar en otros métodos distintos a éste, que se venía aplicando desde 1935, y que, en términos del propio autor, ha sido *blanqueado* por la reforma constitucional.

C) En Brasil, ya desde la misma Constitución de 1891, que se decantó por vez primera por el modelo federal, los Estados dispusieron de un amplio margen de autonomía en materia financiera. El régimen autoritario de Getulio Vargas (1930-1945) y, particularmente, la dictadura militar que gobernó Brasil desde 1964 a 1985, centralizaron fuertemente el poder, lo que, entre otros mecanismos, se logró por intermedio de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno federal. Aunque la Constitución de 1988, que formalizó el retorno al régimen democrático, llevó a cabo una reasignación de los ingresos provenientes de los impuestos establecidos por los poderes federales a los estatales y municipales, lo cierto es que la misma no propició la autonomía financiera de que los entes estatales dispusieron en el primer federalismo.

Los Estados miembros de la Unión y el Distrito Federal son competentes para establecer los impuestos que enumera el art. 155 de la Carta constitucional. A estos ingresos impositivos estatales la Constitución adiciona otros ingresos provenientes del reparto de ingresos tributarios (arts. 157 y 159 de la Constitución).

En suma, aunque la Carta de 1988 ha fortalecido la posición financiera de los Estados y de los Municipios, ello no ha impedido, como constata Pinto Ferreira¹¹⁰, que la supremacía financiera de la Unión sobre los Estados se acentúe cada día más.

D) La delimitación de competencias tributarias en México ha venido condicionada por la doctrina que en el siglo XIX fijó la Suprema Corte de Justicia, que hizo suya la llamaba *tesis Hamilton* que, en lo que ahora interesa, suponía que en materia impositiva la Federación disponía de facultades expresas, y sólo ella podía fijar tributos sobre determinadas materias, pudiendo en todo lo demás ejercer la facultad tributaria tanto la Federación como las entidades federativas. Como advierte Carpizo¹¹¹, esta doctrina creó en México una anarquía fiscal de graves consecuencias al suscitar el problema de la doble tributación.

La Constitución de Querétaro mantuvo formalmente el sistema que tan graves perjuicios había causado en el siglo anterior. En su art. 73, apartado XXIX-A, a modo de facultad del Congreso de la Unión, establece la competencia impositiva exclusiva de la Federación para el establecimiento de una serie de contribuciones (sobre el comercio exterior, sobre el aprovechamiento y explotación de ciertos recursos naturales...). Si a esa enumeración se aplica el principio del federalismo residual en favor de los Estados, recogido, como ya vimos por el art. 124, habría que concluir que todos los demás impuestos y contribuciones eran de competencia de las entidades federativas.

No lo entendería así la Corte Suprema que en una conocida Sentencia del año 1965¹¹² fijaría una doctrina que ha perdurado con el devenir del tiempo. A juicio de la Corte, la Constitución no opta por una delimitación de la competencia federal y estatal para el establecimiento de impuestos, sino que sigue un sistema complejo cuyas premisas fundamentales son las siguientes:

109. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Coparticipación de impuestos: hacia un federalismo concertado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1998, p. 17.

110. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso...*, op. cit., p. 553.

111. CARPIZO, Jorge, "El federalismo mexicano en la actualidad", en VALADÉS, Diego y CARPIZO, Jorge, *Problemas del federalismo mexicano*, op. cit., pp. 210-211.

112. Parte de la Sentencia de la Corte Suprema puede verse en VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, op. cit., p. 296.

1ª) Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos.

2ª) Limitaciones a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinadas materias al Congreso de la Unión (art. 73. XXIX-A).

3ª) Restricciones *impresas* (esto es, expresamente previstas en el articulado constitucional: así, arts. 117.V, VI y VII y 118) a la potestad tributaria de los Estados.

Los efectos de esta jurisprudencia iban a incidir aún más en el ya notable desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados.

A hacer frente a tal situación ha respondido el llamado *sistema nacional de coordinación fiscal*, aprobado por una Ley de diciembre de 1978, que a juicio de Valencia Carmona¹¹³ representa un plausible esfuerzo en orden al robustecimiento de las finanzas locales (esto es, estatales) y municipales.

El objeto de este sistema es establecer una cierta congruencia entre los ordenamientos tributarios de la Federación y de los entes locales (Estados, Distrito Federal y Municipios), concretando la participación que corresponde a tales entidades territoriales respecto de los ingresos federales. La coordinación se instrumenta por intermedio de un convenio de adhesión de la entidad de que se trate, abonándose las cantidades que procedan a través de un fondo general. El acuerdo previo entre entidades federativas y Federación se asienta en el postulado de que es la Federación quien cobra el impuesto de que se trate, entregando posteriormente a los entes locales un determinado porcentaje.

El Programa para un nuevo federalismo, aprobado por Decreto de 6 de agosto de 1997, del que ya nos hicimos eco, incluía como uno de sus subprogramas el que se denominaba *federalismo hacendario*, lo que revelaba la conciencia de la necesidad de modificar las reglas que regían la compensación financiera en el federalismo mexicano.

E) La Constitución venezolana de 1864 dejó a los Estados la libre administración de sus productos naturales, y como eran las minas y las salinas las fuentes impositivas de mayor rendimiento, los Estados que disponían de tales fuentes de riqueza se obligaron a reservar, de lo recibido procedente de rentas nacionales en beneficio de los Estados, una determinada suma en favor de aquellos otros Estados que carecían de las mencionadas riquezas naturales.

La Constitución de 1881 inició un proceso de centralización tributaria que se acentuaría con la Carta de 1925. A partir de este momento los Estados pierden casi la totalidad de sus competencias en materia tributaria, pasando sus ingresos a nutrirse casi en exclusiva de una partida que había de incluirse anualmente en el presupuesto nacional y que se habría de conocer con la denominación de *situado constitucional*.

La Constitución de 1961, inmediata anterior a la hoy vigente, conservaría las normas centralizadoras antes referidas, agravando incluso el sentido intervencionista de los poderes centrales en este ámbito. En desarrollo de la misma, la Ley Orgánica de Coordinación del *Situado* de 1974 dispuso que las entidades federales podían disponer libremente tan sólo del 50 por 100 del *situado*, quedando la otra mitad sujeta a programas de inversión previstos en convenios obligatorios de los Estados con los organismos nacionales correspondientes.

La situación empezaría a cambiar ligeramente tras la aprobación de la Ley Orgánica de Descentralización de 1989 que elevaba en una pequeña medida el *situado* (que en el

113. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano...*, op. cit., p. 296.

presupuesto de 1990 se elevaba al 16 por 100 de los ingresos ordinarios estimados presupuestariamente, incrementándose cada año un 1 por 100 hasta alcanzar el nivel del 20 por 100) y contemplaba nuevas fuentes de ingresos para los Estados (como los impuestos específicos al consumo). Finalmente, en 1993, la creación federal del impuesto del valor agregado iba a permitir la financiación de un recién creado *Fondo Intergubernamental para la Descentralización*.

En este marco contextual se ha llegado a la Constitución de 1999, que en materia de competencias tributarias de los Estados sigue muy de cerca las líneas trazadas en 1961, pese a que en cierto momento del debate constituyente, como recuerda Brewer,¹¹⁴ pareció avanzarse en favor de una mayor autonomía económica de los Estados, avance que fue finalmente bloqueado, siguiendo los Estados absolutamente dependientes del *situado constitucional* que puede incluso disminuirse, y al que se fijó un tope máximo del 20 por 100 que en la Carta de 1961 no tenía, pues el único límite que en ella se fijaba era de mínimos.

F) Una consideración final de conjunto de las reglas que rigen la compensación financiera en los federalismos latinoamericanos nos revela, con la única salvedad quizá de Brasil, la existencia de un proceso histórico análogo, que ha conducido a la progresiva pérdida de potestades tributarias por parte de los Estados en beneficio de la Federación, proceso que se manifiesta de modo bien perceptible en Argentina y Venezuela. En México, más que de despojo de potestades tributarias estatales puede hablarse de una anarquía fiscal causada por la no delimitación rigurosa de las respectivas competencias en este ámbito de la Unión y de las entidades federativas, que ha terminado desembocando además en un análogo desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados miembros, rasgo también presente en Brasil, si bien la Constitución de 1988 ha establecido unas reglas de compensación financiera que denotan una mayor sensibilidad hacia las competencias tributarias de los Estados miembros de la Federación.

Para enfrentar el grave desequilibrio financiero entre la Federación y los entes territoriales que la integran, rasgo que aun siendo común a casi todos los sistemas federales de nuestro tiempo, se nos presenta con perfiles más acentuados en los federalismos de Iberoamérica, y que, innecesario es decirlo, incide muy negativamente en la autonomía de los Estados miembros, parece caminar en una dirección semejante: el establecimiento de cauces y órganos de coparticipación que posibiliten la participación de las entidades federativas en el proceso que ha de conducir a una mayor financiación de las mismas, primero mediante un más amplio trasvase de fondos impositivos recaudados por la Federación, y segundo mediante la búsqueda de soluciones más eficaces con vistas a un más efectivo, equilibrado y solidario desarrollo social y regional.

Siendo importantes estos avances, no creemos que sean suficientes. Habrá que ir a reformas constitucionales o legales que posibiliten una mayor capacidad financiera de los Estados para, por intermedio de la misma, poder acceder a una más amplia autonomía política.

7. La intervención federal

A) La intervención federal es el procedimiento a través del cual el Ejecutivo federal trata de restablecer el orden jurídico vulnerado, hay que presuponer que gravemente, en

114. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999, op. cit.*, p. 156.

un Estado miembro en los supuestos específicamente predeterminados por la Constitución federal.

Esta institución no es en modo alguno exclusiva del federalismo latinoamericano, aunque en algún país del área, como es el caso de Argentina, se haya dado en tan abusiva medida que algún autor la ha considerado¹¹⁵ el lamento clásico del federalismo argentino, esto es, una de las más graves fallas del sistema federal.

La institución remonta su origen a la Constitución norteamericana en cuyo art. 1 (sección octava, apartado decimoquinto) se faculta al Congreso “para dictar disposiciones para llamar a las armas a la milicia, a fin de que haga cumplir las leyes de la Unión, sofoque insurrecciones y repela invasiones”. Esta previsión fue desarrollada por una Ley de 1792, reformada tres años más tarde, norma que tendría ocasión de ser aplicada por el Presidente Washington en 1794 para sofocar la llamada *Whisky Insurrection*.

El Tribunal Supremo consolidó la institución en una Sentencia de 1895 en la que avaló la intervención ordenada por el Presidente Cleveland en 1894, decidiendo el envío de tropas a Chicago para reprimir un alzamiento interno.

La institución fue recepcionada en Europa por la Constitución federal suiza de 1874 y con posterioridad, entre otras, por las Constituciones de Weimar, de la República Federal Austríaca y, tras la segunda guerra mundial, por la *Bonner Grundgesetz*. Anschütz, en un trabajo clásico sobre *die Reichsexecution*, definió este instituto como el conjunto de medidas que permitían a la Federación obligar a sus Estados miembros al cumplimiento de sus deberes.

B) El común denominador de esta institución en Argentina y Brasil ha sido, por lo menos en una primera etapa político-constitucional, la imprecisión concreción constitucional del instituto y el desahogado e imparable recurso al mismo.

En Argentina, los datos ofrecidos sobre el recurso a la intervención federal oscilan entre 150 y 200 intervenciones desde 1853 hasta nuestros días, es decir, un promedio de una intervención al año. En Brasil se ha constatado que el abuso en el recurso a la misma fue uno de los baldones de la Primera República, teniendo como efecto principal, el favorecimiento del caudillismo¹¹⁶.

En Argentina, sólo con la reforma constitucional de 1994 se ha precisado el órgano facultado para decidir la intervención: el Congreso, salvo el supuesto de receso del mismo en que el Presidente podrá decretarla, debiendo convocarlo simultáneamente para que el Congreso se pronuncie (aprobándola o revocándola) sobre la misma.

En Brasil, tras el abuso en el recurso a este instituto en las décadas anteriores, la Constitución de 1946 procederá a regularla con gran casuismo, y la Carta de 1967 ampliará los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, incrementados aún más en la reforma de 1969 y reconducidos a un ámbito más razonable en la Carta de 1988.

En México, *stricto sensu*, no existe el instituto de la intervención federal, sustituido sin embargo con ventaja en su operatividad intervencionista por la denominada “declaración de que han desaparecido los poderes de una entidad federativa”. La llamada *desaparición de poderes* fue prevista por el art. 76.V de la Constitución de 1917, como facultad exclusiva del Senado que, sin embargo, ha propiciado una abusiva intervención del Presidente de la República sobre los Gobernadores de los Estados. La falta de desa-

115. FRÍAS, Pedro José, *La provincia argentina*, Córdoba 1976, p. 15.

116. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso...*, op. cit., p. 325.

rollo constitucional de aquella norma, y particularmente de las causas jurídicas conducentes a la apreciación por el Senado de la *desaparición de poderes* en un Estado, encontró su culminación el 5 de noviembre de 1970, cuando tras treinta años de tener *aparcado* un proyecto de ley reglamentaria de los apartados V y VI del art. 76 constitucional aprobado por el Senado en 1939, la Cámara de Diputados dictaminó el archivo del proyecto, en un lapso de diez minutos, al entender que este asunto “contiene más un fondo político que un problema esencialmente jurídico”¹¹⁷.

En Venezuela no existe este instituto, lo que se explica por el hecho de que desde 1925, por decisión del general Gómez, y hasta 1989, ha sido el poder nacional quien ha designado y cesado a los gobernadores estatales. En tal contexto normativo, para nada se requería de la intervención federal, pues el gobernador podía ser libremente removido y nombrado por el Presidente de la República. La Constitución de 1999 ha mantenido el sistema electivo de los gobernadores que ya se estableciera por una Ley de 1988 (que vino a desarrollar con más de un cuarto de siglo de retraso una previsión de la Constitución de 1961), reformada en abril de 1989 y aplicada por vez primera en 1990. Ello no obstante, la Carta constitucional hoy vigente no ha previsto nada en relación con el instituto de la intervención federal. Parece claro que los constituyentes no debieron considerar necesaria esta institución ante la escasísima autonomía de los Estados.

V. LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Desfederalización, desnaturalización, conculcación, deformación, desvirtuamiento, debilitamiento, quebrantamiento, nominalismo... etc., son algunas de las expresiones que han sido utilizadas por amplios sectores de la doctrina de los cuatro países (y, desde luego, de otros lugares) para tratar de reflejar con realismo la situación del federalismo en los distintos Estados con tal forma de organización territorial. Y ello, al margen ya de que otros sectores doctrinales, lisa y llanamente, hayan certificado el óbito del sistema federal en países que, formalmente al menos, adoptan en sus Constituciones esa forma de Estado¹¹⁸.

Desde luego, pocos principios de organización del Estado se han visto tan sometidos a un proceso tan fuerte de degradación como el que en América Latina ha sufrido el principio federal. Es lugar común hablar de la crisis del federalismo desde hace, al menos, medio siglo¹¹⁹. Sin embargo, no puede ignorarse que la estructura federal es fundamentalmente dinámica. El federalismo, en su esencia, entraña un equilibrio dinámico entre la unidad y la diversidad, entre las tendencias centralizadoras y las descentralizadoras, y por ello mismo, con el devenir del tiempo, su acomodo progresivo a las nuevas realidades y exigencias sociales, culturales, económicas y políticas, le ha hecho experi-

117. Cf. al efecto, CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica*, op. cit., p. 75.

118. México, que en teoría es un Estado federal, en realidad no lo ha sido, significa CÁRDENAS, aportando a continuación las razones en que se sustenta su juicio. CÁRDENAS, Jaime, “Comentario al artículo 116 de la Constitución”, en el colectivo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1997, pp. 1184 y ss., en particular, p. 1199. Y BREWER-CARÍAS en *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Tomo II, p. 369, refiriéndose a Venezuela, constata que la Federación venezolana ha encubierto durante muchos años a un Estado centralizado.

119. Recuérdese al respecto la clásica obra de PINTO, Roger, *La crise de l'Etat aux Etats-Unis*, LGSJ, París 1951.

mentar continuos ajustes. De ello ilustra a la perfección la evolución del *federalismo dual* al *federalismo cooperativo*.

En América Latina, ciertamente, la tensión a que ha estado sometida la relación entre los distintos poderes ha sido mayor, más acusada que en otros sistemas federales, desequilibrándose en favor del poder notablemente más fuerte, el poder federal o nacional. El contexto histórico en que se genera el federalismo en el área puede aportar explicaciones consistentes del por qué de esta mayor tensión y subsiguiente mayor desequilibrio.

El fenómeno no es nuevo, aunque se haya ido acentuando con el paso del tiempo. Recordemos que en su informe al Congreso Constituyente de Querétaro Venustiano Carranza, con notable realismo, razonaba del siguiente modo acerca del federalismo¹²⁰:

Ha sido hasta hoy una promesa vana el precepto que consagra la Federación de los Estados que forman la República Mexicana, estableciendo que ellos deben ser libres y soberanos en cuenta a su régimen interior, ya que la historia del país demuestra que, por regla general, salvo raras ocasiones, esa soberanía no ha sido más que nominal, porque ha sido el poder central el que siempre ha impuesto su voluntad, limitándose las autoridades de cada Estado a ser los instrumentos ejecutores de las órdenes emanadas de aquél.

El proceso de expansión de la órbita federal ha sido común a los cuatro sistemas federales latinoamericanos, impulsado galopantemente, como dijera Frías¹²¹, por el incremento incesante del predominio de los ejecutivos centrales. Desde otra perspectiva, como advierte Bidart Campos refiriéndose a Argentina, aun cuando su reflexión pueda extrapolarse a los restantes Estados federales del área, los problemas económicos han agravado la situación de las Provincias y, en general, de los Estados miembros¹²², al debilitarlos financieramente hasta el extremo de dejarlos en una situación de precariedad y de extrema dependencia financiera del poder central, convirtiendo la autonomía política en una frase vacía de toda significación. A esa degradación del federalismo ha contribuido también el abusivo recurso a la intervención federal, especialmente en Argentina y en el Brasil.

Esta tendencia centrípeta del federalismo latinoamericano, siendo, como decimos, una constante histórica, con escasas salvedades, se ha acentuado en el siglo XX¹²³.

Las reformas constitucionales y las nuevas Constituciones finiseculares no han contribuido, por lo menos en la medida necesaria, a paliar o aminorar significativamente el problema. Ello no obsta para reconocer que se han dado pasos, tímidos en unos casos, más decididos en otros, hacia un federalismo de corte cooperativo en el que los entes territoriales integrantes de la Federación tengan un muy superior protagonismo en la vida de la Federación, en sintonía por lo demás con la corriente dominante en el federalismo de nuestro tiempo.

El futuro del federalismo sigue desde luego siendo incierto, si bien en América Latina parece asistirse, con distintos niveles de intensidad y fiabilidad, a un proceso de reversión de esa tendencia centralizadora prácticamente bisecular. Al éxito final de este pro-

120. CARRANZA, Venustiano, *Informe ante el Congreso Constituyente de 1916-1917*. Cit., por MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, 7ª ed., Editorial Pax, México 1983, p. 372.

121. FRÍAS, Pedro José, *Introducción al Derecho Público Provincial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, p. 62.

122. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires 1968, pp. 523-524. En análogo sentido se pronuncia DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Teoría Geral do Federalismo*, op. cit., pp. 193-194.

123. Así lo subrayan BREWER-CARÍAS en *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Tomo II, p. 341 en relación a Venezuela y RIBEIRO BASTOS en *Curso...*, op. cit., p. 274 en referencia a Brasil.

ceso, apenas recién iniciado, puede contribuir de modo notable el hecho de que el federalismo, como ha subrayado Valencia Carmona¹²⁴ en referencia a México, que creemos puede proyectarse también a Argentina y Brasil, sigue conservando, pese a sus penosos avatares, el rango de dogma político-constitucional, en cuanto se le considera, con toda razón, garantía de libertad, de desarrollo democrático y de eficacia en la gestión administrativa de territorios tan enormemente extensos como los de los Estados federales del área.

Quizá el éxito de la misión exija reinventar el federalismo, como ha dicho Frías¹²⁵, afirmación que debe entenderse no sólo en un sentido de búsqueda de nuevos instrumentos de mayor idoneidad en orden a lograr el adecuado equilibrio entre los niveles de gobierno federal y estatal (sin olvidar el municipal), dotando a estos últimos de una real autonomía política, lo que presupone una previa autonomía económico-financiera, sino también en el de potenciar una recíproca cooperación entre los distintos entes territoriales, caminando por la senda del federalismo de concertación y redistribuyendo las competencias con la vista puesta en la mayor eficacia en la prestación de servicios al ciudadano, lo que, a nuestro entender, exige tener siempre presente el principio de subsidiariedad.

Reinventar el federalismo debe presuponer asimismo sensibilizar el sistema federal hacia nuevas colectividades territoriales como las regiones. La región debe ser tenida en cuenta no tanto como un nuevo nivel de gobierno, pero sí como un elemento socio-geográfico relevante con vistas al desarrollo económico y social¹²⁶.

124. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano...*, *op. cit.*, p. 293.

125. FRÍAS, Pedro José, en el diario *Los Andes* de la ciudad de Mendoza, edición del 13 de marzo de 1994. *Cit.* por CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, "El régimen federal...", *op. cit.* p. 348.

126. Esa es, en alguna pequeña medida, la dirección seguida por el constituyente argentino en la reforma de 1994. El art. 124 de la Constitución reformada habilita a las Provincias para la creación de regiones para el desarrollo económico y social. En Brasil, de modo insistente, ciertos sectores doctrinales encabezados por BONAVIDES, Paulo vienen reclamando desde tiempo atrás un "federalismo de las regiones". *Cf.*, al efecto, BONAVIDES, Paulo, "Reflexões: Política e Direito", Forense, 2ª ed., Río de Janeiro 1978. Del propio autor, "O caminho para um federalismo das regioes", en *Revista de Informação Legislativa*, nº 65, Senado Federal, Brasília, enero-marzo 1980.

§ 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO

Jorge Londoño
Vicerector Académico de la
Fundación Universitaria de Boyacá
Colombia

Tuve la oportunidad de conocer en el año 1999, por gracia y amabilidad de mi profesor Eduardo Rozo Acuña, al Dr. Allan Brewer-Carías, en razón de la invitación que le cursamos para que nos acompañará como ponente en el Seminario Sociedad Civil, Justicia Constitucional y Administrativa, de nuestra Universidad, Fundación Universitaria de Boyacá, en Tunja. Recuerdo el espléndido viaje que tuvimos de Bogotá a nuestra Alma Mater, no sólo por la belleza de los paisajes boyacenses, los cuales no me canso de admirar y gozar, sino por la amena conversación con el profesor Brewer-Carías. Desde el primer momento, desde su saludo quizá, percibí esa gran sapiencia y sensibilidad frente a los diversos temas jurídicos, históricos, y sociales de nuestro país, su conocimiento de nuestro pasado colombiano, sin duda hermanado con el venezolano. Confieso que me ruborizó al comentarme datos y temas no recordados por mí. Conocer a quien en nuestros textos jurídicos es continuamente citado y, lo que es más, haber compartido esos días de ejercicio académico, fueron una experiencia y un motivo de enriquecimiento intelectual incommensurable. De ahí que para mí constituya un inmenso honor participar, con un modesto artículo, en un homenaje que se le rinde a un ilustre hombre universal, pero ante todo Colombo-Venezolano, como lo es el Profesor Brewer-Carías.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, Colombia es uno de los países de la América Latina, quizá el único, en donde el fenómeno de la guerrilla no ha podido resolverse debido a la falta de estrategias claras para solucionar dicho conflicto y a las particulares circunstancias que han rodeado la lucha armada, como: el narcotráfico, la falta de una política seria y coherente de paz, la incidencia que han tenido la guerrilla y los paramilitares en los procesos electorales, la situación geográfica del país, el poder financiero que ha acrobillado a sus usuarios con altísimos intereses y con el único fin de obtener jugosas ganancias, sin importar la situación cada vez más deteriorada de sus usuarios, amén de que la clase que ha concentrado en sus manos la mayor parte de la riqueza del país no ha querido adquirir conciencia de que es necesario desprenderse de algunos de sus recursos para lograr una mejor justicia social y así poder solucionar el complejo problema de violencia. Todo lo anterior, porque no han existido propuestas atrevidas y de un alto grado y contenido de imaginación que sean atractivas para las partes negociantes. En efecto, de una parte, la guerrilla espera que el Estado colombiano de un momento a otro se convierta en un Estado marxista que socialice los medios de producción y, de otra, el Esta-

do colombiano espera que la guerrilla se rinda sin mayores prebendas con la única aspiración de que ello implicaría un mejoramiento de la democracia. Todo lo anterior se complica, aún más, con la suprema reverencia que se le rinde a conceptos jurídicos como soberanía, imperio de la ley, estado de derecho, en contra de hechos sociales evidentes que hacen necesario que se replanteen ciertas circunstancias que podrían posibilitar un salida al conflicto armado.

No estamos planteando, ni más faltaba, que dichas acepciones no sean importantes para la organización democrática de cualquier Estado, lo que estamos insinuando es que ellos deben analizarse dentro de un contexto que se adecue a la realidad y no lo contrario.

Los procesos de reordenamiento territorial han sido una herramienta para solucionar conflictos de violencia. Experiencias como las de Italia o España, por mencionar algunas, son bastante ilustrativas. Es necesario, en consecuencia, analizar si la experiencia federalista es una posibilidad que puede contribuir a que diferentes sectores en conflicto, bajo ciertas reglas predeterminadas, con compromisos adquiridos y través de un proceso que legitime tales decisiones, pueden llegar a un acuerdo. Pero para ello es necesario despojarse de prejuicios históricos, por cierto mal interpretados, de egoístas intereses y, sobre todo, de la costumbre de concebir al estado como un ente paternalista poseedor de todos los poderes que en esencia corresponden a las comunidades. Ahora bien, no es del caso copiar al pie de la letra algún o algunos de los modelos federalistas que existen o que han existido, es menester tener una alta dosis de imaginación para tratar de elaborar un modelo de federalismo a la colombiana que interprete nuestra idiosincrasia, nuestra forma de ser y concebir el estado, nuestra manera de autogestionarnos y, en fin, nuestra propia forma de resolver los problemas. La salida violenta del conflicto es una locura, por muchas razones, porque el estado desperdiciaría grandes recursos no sólo económicos sino de vidas humanas, por que después de una guerra la conciencia colectiva y la moral de sus habitantes es un problema difícil de resolver por cuanto es necesario demasiado tiempo para que se restablezcan las secuelas que dejan los conflictos armados y, finalmente, porque a pesar de lo que se diga siempre se terminará dialogando.

En este espacio pretendemos dar una macromirada al fenómeno de la violencia colombiana y propondremos la posibilidad de un nuevo ordenamiento territorial, el federalismo, como probable fuente de solución de conflictos.

II. UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

En realidad el fenómeno de la violencia en Colombia es demasiado antiguo, se remonta quizá a la conquista, cuando los Españoles de una manera desalmada y cruel iniciaron el proceso de colonización en nuestras primigenias tierras, de ahí en adelante nuestra historia ha sido un laberinto en el cual se ha debatido la inconsciencia nacional y del que no ha sido posible encontrar la salida. Este fenómeno ha irradiado a la sociedad toda, produciendo indiferencia ante realidades cotidianas como la muerte diaria de tantos y tantos ciudadanos colombianos, a tal punto que pareciera que nos hubiéramos acostumbrado al asesinato, al secuestro, a la tortura, a los genocidios, a las desapariciones. En un ejercicio de locura colectiva la sociedad colombiana se encuentra hipnotiza-

da ante la realidad que no alcanza a entender y, sobre todo, a afrontar, tanto que a raíz de innumerables investigaciones sobre el tema de la violencia, a quienes las han realizado se les ha denominado *violentólogos*; La guerra en Colombia se podría dividir en tres etapas: la primera hace referencia a la que tuvo lugar como consecuencia de los conflictos entre liberales y conservadores durante gran parte del siglo XIX, a ese periodo se le ha denominado comúnmente como la violencia bipartidista. Existe otra etapa a la que se le ha denominado, simplemente, como *la violencia*; tuvo ocurrencia a mediados del siglo XX y se desató con el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, por la época el más firme candidato a ocupar la Presidencia de la República, y quien con sus ideas socialistas había desafiado durante varios años al estamento institucional de los partidos. Su tinte de corte caudillista y de gran arraigo en la población popular habían hecho que las clases más humildes fijaran todas sus esperanzas en el líder inmolido. Por último, y como consecuencia de la anterior etapa, se puede identificar la violencia actual, la cual se caracteriza por la aparición de la guerrilla, de los paramilitares y del narcotráfico.

A mediados de los años cincuenta y como respuesta a la persecución de los gobiernos conservadores, se concentran en zonas rurales guerrillas de tinte liberal que empezaron a oponerse a la consolidación del sistema latifundista de tenencia de la tierra.

Como resultado de la cruenta violencia, los partidos tradicionales llegan a un amigable arreglo y después de la caída del General Rojas Pinilla, el 10 de mayo de 1957, se firma lo que se denominó el Frente Nacional, que duro 16 años, y el cual consistía en la alternancia en el gobierno por parte de los partidos tradicionales liberal y conservador, a cada uno le correspondía un periodo de cuatro años y era obligatorio darle participación en el poder al partido contrario. Ha hecho carrera, el achacarle la mayoría de los males presentes a este sistema. Se ha planteado que ello contribuyó a que los partidos perdieran sus fronteras ideológicas, a que el bipartidismo se adueñara del poder en Colombia y a que ante la falta de posibilidades para los partidos extraños a ellos, se reforzara y se revitalizaran la guerrilla y las fuerzas de izquierda, ya que tuvieron que hacer uso de la fuerza para ganar lo que el estado les negaba. Altamente influenciados por la experiencia cubana y por los sistemas de gobierno Soviético y en menor medida de la China, en los años sesenta surgieron diferentes y diversos movimientos guerrilleros pertenecientes a muy variadas ideologías de izquierda, tales como: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes tienen su origen inmediato en los años cuarenta cuando se organizaron como grupo opositor al gobierno de Mariano Ospina Pérez; el Ejército de Liberación Nacional (ELN); posteriormente y del seno de los anteriores surgieron otros movimientos como: el movimiento 19 de abril (M-19); el Ejército Popular de Liberación (EPL); el Grupo Ricardo Franco; el Quintín Lame y otros de menor incidencia. Hacia los años setenta comienza a surgir el fenómeno del narcotráfico especialmente en la Costa Atlántica con la marihuana y con posterioridad la cocaína. La aparición de este nuevo factor de violencia y de personajes de los diferentes Carteles, como Carlos Leder, Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha, los hermanos Rodríguez Orejuela y otros más, introdujo un nuevo elemento en la violencia del país, amen de que contribuyó, a principios de los años ochenta, a la creación de los denominados grupos paramilitares, los cuales surgieron con la idea de enfrentar a la guerrilla, pero ante la falta de dinero para financiar sus actividades decidieron entrar a percibir dineros del narcotráfico. Después de un cruel periodo de violencia por parte de los diferentes actores armados y a principios de los años noventa se firma la paz con el M-19, el Quintín Lame y el EPL, el primero de los cuales se constituiría en un importante movimiento

político que a la postre fracasaría quizá debido a su participación burocrática en gobiernos sucesivos. Hoy aún permanecen en la palestra política ex combatientes de ese grupo que han logrado escalar en las esferas del poder legislativo, como: Antonio Navarro Wolf, quien se desempeñó como Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la Constitución Política de 1991 y en la actualidad obtuvo una de las más altas votaciones para el Senado de la República, Vera Grabe, candidata a la Vice Presidencia de la República por el movimiento Polo Democrático, y otros de igual importancia.

La anterior experiencia demostró que es posible incursionar en las esferas de poder a través de los mecanismos democráticos establecidos en la Constitución Política o en las diversas leyes y que es necesario tener propuestas imaginativas que interesen a las partes para llegar al fin sustancial de cualquier sociedad civilizada: vivir en Paz.

1. Situación actual de la violencia en Colombia

Hoy podríamos plantear que los movimientos que más desestabilizan las instituciones y la tranquilidad ciudadana de Colombia son las FARC, el ELN y las Autodefensas, quienes controlan grandes zonas del territorio nacional dentro de los que ejercen los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y cuya cantidad de integrantes asciende a la suma aproximada de 32.000, lo cual representa tan sólo el 0.07 de la población¹. Dichos grupos han cometido, desde 1995 al 2001, 25.729 casos de violación de derechos humanos², en los cuales se ha utilizado el secuestro en su más escalofriante modalidad de *pescas milagrosas*; o secuestros colectivos indiscriminados, como el fatalmente famoso en la *iglesia la María* en la ciudad de Cali, y los cuales han incluido a extranjeros, asesinatos de niños, de mujeres indefensas, masacres, lo que ha producido el fenómeno de los desplazamientos a las grandes urbes y que hasta el 27 de diciembre de 2001 han involucrado a 191.885 personas³. Si bien es cierto dicha conducta fue tipificada como delito en el nuevo Código Penal⁴, ella no ha producido una disminución en su frecuencia. Es otra muestra palpable de cómo el remedio a los grandes problemas sociales, en no pocas ocasiones, no se encuentra en la simple expedición de normas sino en realidades que deben ser asumidas desde otras perspectivas mucho más coherentes con la realidad.

Dentro de este dantesco panorama es importante resaltar la situación triste y desgarradora de los menores de edad a los cuales se les entrena para el uso de todo tipo de armas, para el asesinato, para el espionaje y en fin, para cometer labores delictivas. A pesar de que dicha conducta también ha sido regulada en el nuevo Código Penal, la situación continua siendo la misma⁵. Como si lo anterior fuera poco, la situación de los aborígenes Colombianos no es la mejor. En efecto, Colombia es uno de los países con menor población indígena de Latinoamérica, 716.419, pero la que más ha protegido la

1. República de Colombia, Ministerio de Defensa, Informe Anual Derechos Humanos y DIH 2001, p. 11.

2. *Ibidem*, p. 12.

3. *Ibidem*, p. 26

4. El artículo del texto expresa: "El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurra en prisión de 15 a 30 años, en multa de 50 a 200 salarios mínimos legales y en interdicción de derechos y funciones públicas de 5 a 10 años".

5. En el artículo 162 el texto regula: "El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurran en prisión de seis a diez años y multa de seiscientos a mil salarios mínimos mensuales vigentes".

cultura y la autonomía de esas culturas. Diversas sentencias de la Corte Constitucional han reconocido su jurisdicción y sus derechos como comunidades, y a lo largo de la Carta Política se encuentran regulados diversos artículos que protegen su identidad⁶. A pesar de toda la regulación legal y de la protección efectiva que el estado les ha prestado a través de sus instituciones, durante el periodo 2000- 2001 el Gobierno ha tenido que enfrentar aproximadamente 100 casos de atentados criminales perpetrados contra los indígenas y sus comunidades, por parte de las organizaciones subversivas y de las autodefensas ilegales. Actos delictivos que van desde amenazas y señalamientos hasta agresiones físicas, desapariciones forzosas y asesinatos⁷.

Pero existe una luz de esperanza que ha sido jalonada por la sociedad civil y la cual empieza a tener una acción incipiente dentro de todo este desolador panorama. Se ha empezado a organizar la resistencia civil y pacífica; los casos más conocidos son los habitantes de Caldon y Bolívar, en el Departamento del Cauca, en donde la población frustró sendos intentos de ataques de las FARC. Estas acciones si bien es cierto, insisto, son hechos aislados, no lo es menos que ellas comienzan a divulgarse y a tener un efecto multiplicador. Sería menester que el estado o alguna Entidad Internacional acudiera en procura de defender a esos habitantes y esos territorios que haciendo gala de valentía, arrojo y convicción en los valores humanos, optaron por la vía pacífica.

2. Breve conclusión

Como se puede observar, la institucionalidad en nuestro país se encuentra seriamente amenazada, por no decir que absolutamente destruida. Se cuenta con un gran cúmulo de normas de gran calidad y una jurisprudencia que ha desarrollado de una manera impresionante todo el concepto antropocéntrico que se encuentra establecido en la Constitución. Podría decirse que la idea de Estado Social de Derecho, hoy es más eficaz y efectiva que antes, pero todo ello no es suficiente para solucionar el conflicto armado, político⁸ y social⁹ que enreda, aún más, la situación colombiana. En Colombia, así como en

6. La sentencia de tutela- que equivale a la comúnmente denominada acción de amparo- T-523 de 1.997, cuyo Magistrado ponente fue el hoy Senador de la república GAVIRIA DÍAZ, Carlos ilustra el gran avance de la jurisprudencia colombiana en el tema del pluralismo jurídico, allí se reconoce el derecho que tienen las comunidades indígenas a regirse por su propia jurisdicción y por sus particular normatividad. De otra parte en la Constitución Política se encuentran regulados, entre otros, en los artículos 246, 329,330 diversos aspectos que tienen que ver con la posibilidad de autonomía de los territorios indígenas.

7. *Ibidem*, p. 54.

8. En las elecciones llevadas a cabo el 10 de marzo del presente año se identificó un importante fraude en los comicios para Senado y Cámara de representantes, lo cual dejó establecido que el sistema electoral de cuociente es necesario repensarlo, así como la conformación de gran cantidad de listas y de los requisitos para crear movimientos y partidos políticos.

9. Es claro que la situación de violencia por la cual atraviesa el país no es, ni mas faltaba, achacable en su totalidad al fenómeno de la guerrilla, del paramilitarismo y del narcotráfico, existen unas causas mucho mas coyunturales que es necesario abordar y que hacen relación a la justicia social. En Colombia de acuerdo a las cifras del banco Mundial para 1.991, el 10% de la población de menores recursos recibe el 1.3% del ingreso nacional y en otras cifras de 1.992 se señala que el 10% mas rico percibe 41,7 veces lo que percibe el 10% mas pobre de la población. Estas cifras sin lugar a dudas se deben haber incrementado si se tiene en cuenta el desmejoramiento de la economía Colombiana. Así mismo el poder financiero y las clases económicas mas favorecidas no se han concientizado de la necesidad de ceder un poco de sus innumerables ganancias para la inversión social ya que si no se remedia, al menos en un buen porcentaje, el problema de la desigualdad social, será bastante difícil que los problemas de violencia terminen. Sin lugar a dudas la falta de educación, de salud, de oportunidades para acceder a un trabajo digno, de recreación, de vivienda y en fin de tantos servicios públicos esenciales que hacen que los coasociados puedan vivir una vida digna, producen violencia.

la mayoría de países de Latinoamérica, no es posible hacer referencia al concepto de soberanía. Él se encuentra reformulado por factores internos como los que acabamos de plantear y por fenómenos externos como las exigencias del FMI o del Banco Mundial, que condicionan gran parte de las acciones públicas del Estado. Así las cosas, es poco probable que las partes involucradas en el conflicto sedan a sus pretensiones sin que exista de por medio una propuesta coherente y sensata que satisfaga los intereses de todos y cada uno de quienes son actores del conflicto armado. Finalmente, lo que cada uno pretende es satisfacer sus aspiraciones y las de las comunidades que los conforman.

III. MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO¹⁰

1. Concepto clásico de soberanía

La soberanía¹¹ fue entendida dentro de la teoría clásica o moderna como el poder estatal, único y exclusivo sujeto de la política y como la posibilidad de ser la titular del monopolio de la fuerza en determinado territorio, y sobre una población con el fin de lograr un grado de cohesión política. El concepto de soberanía siempre estuvo ligado a aquéllos de la política, la paz y la guerra tanto interna¹² como externa. El soberano debía, en consecuencia, suplir todo lo necesario con el fin de mantener a su pueblo en una paz que hiciera posible la armonía de la sociedad. Los Estados, por lo tanto, son autónomos y ninguno otro puede intervenir en sus asuntos internos. Desde esta perspectiva el Estado soberano a nivel externo no se encuentra entre desiguales sino que los otros agentes estatales son sus iguales y a nivel interno el Estado encuentra una situación de supremacía, por cuanto los ciudadanos le deben obediencia. Pero la pregunta esencial es: ¿Cuál es la sustancia de la soberanía? A ello se responde desde varios puntos de vista: para Bodino, la esencia se encuentra en la posibilidad de hacer y de derogar el derecho, ya que es la fuerza de cohesión la que une a la sociedad y ella se logra a través del derecho; por el contrario, para Hobbes lo importante es el momento de ejecución, es decir, el poder coactivo que es capaz de imponer ciertos comportamientos y que es el medio más adecuado para hacerse obedecer. Para el primero, en consecuencia, el soberano tiene el monopolio del derecho para hacerse obedecer, y por lo tanto, la soberanía es un poder originario que no depende de otros; es absoluta puesto que no está limitada por las leyes, pues no tiene razón de ser por cuanto no existe una autoridad superior que las haga exigibles; es perpetua por que es un atributo consustancial al poder de la organización política y no coincide con las personas físicas que la ejercitan; y es imprescriptible e inalienable, ya que el poder político es una función pública y por lo tanto no se puede transferir a ningún título; para el segundo, por el contrario, es la fuerza y la coacción física. Cualquiera de las anteriores teorías interpretada de una forma unilateral podrían llevar a un derecho sin fuerza o a una fuerza sin el derecho, que son los elementos

10. Haremos relación, únicamente, a dos elementos del Estado: La soberanía y el territorio, ya que por razones de espacio y en atención a centrarnos en el problema que nos ocupa, no es procedente extendernos en la reflexión de todos ellos.

11. Al respecto es importante aclarar que la teoría de la soberanía ha sufrido diversos cambios de acuerdo al momento histórico en que se ha planteado, se podrían identificar por lo menos estas: a) Las teorías teocráticas b) las de la soberanía popular c) las de la soberanía nacional elaboradas en Francia d) la teoría del nacionalsocialismo.

12. Es lo que BODINO denominó: "summa in civis ac subditos legibusque soluta potestas".

básicos que expresan los teóricos de la soberanía¹³. De estas definiciones se deducen las posiciones de quienes entienden la soberanía como la más alta expresión del derecho basada en la justicia y de los que la conciben como la expresión de la fuerza.

2. Crisis de la idea clásica de Soberanía

Antes que todo, es necesario hacer claridad en que la discutibilidad del concepto clásico de soberanía se puede esquematizar desde dos puntos: el primero hace referencia a aquella soberanía interna que puede transferir el estado a entes territoriales, como sería el caso de los sistemas regionales, provinciales, federales, etc., de acuerdo a leyes preestablecidas legitimadas, bien sea por la Constitución o por leyes que autoricen dicha posibilidad. Es una creación que se enmarca dentro de los términos del estado de derecho que rige para determinado estado y que goza de una característica muy especial cual es la de que esa soberanía se encuentra sujeta a la del estado, es lo que se ha denominado *potestad de imperio* en cuanto que no es una soberanía originaria sino derivada de un ordenamiento superior. Pero mas allá de esta forma de relativización¹⁴ de la soberanía se encuentra otra que es igualmente válida, si se tiene en cuenta que aunque no la regula alguna norma si se da en la realidad. Hacemos referencia a hechos que traspasan la normatividad y que la convierten en normalidad por fuera de ella, es por denominarlo de alguna manera el límite de hecho a la soberanía de un país¹⁵. Pero a nivel externo existe, igualmente, una limitación y por lo tanto una reconsideración del concepto de soberanía, y es lo que hace referencia a la formación de grandes bloques de diversos países que unen esfuerzos para lograr fines comunes bien sea económicos, sociales o políticos, como es el caso de la Comunidad Europea. Es indudable que esos procesos influyen la absoluta autodeterminación de los países integrantes, los cuales deben adecuar su normatividad no tanto a sus intereses internos sino a los de la Comunidad. A pesar de que es una libre opción, formar o no parte de dichas construcciones, no es menos cierto que ella condiciona y revalúa el antiguo concepto de soberanía¹⁶. Así como un estado puede ejercitar su soberanía interna y no ser reconocido como soberano en el ordenamiento internacional, puede ocurrir lo contrario, es decir: que sea reconocido en

13. BOBBIO, Norberto y otros, *Dizionario di politica*, UTET, Torino 1990, p. 1.080.

14. Es pertinente aclarar que el término de relativización se usa no en el sentido que se le ha dado doctrinariamente sino en su sentido mas o menos literal.

15. Es aquí en donde es necesario estudiar uno de los elementos importantes que se dan en la realidad Colombiana en donde las fuerzas violentas de derecha e izquierda han creado verdaderos estados que se rigen por una normatividad propia, por poderes establecidos que regulan derechos y libertades, ejecutan y producen sentencias con fuerza de cosa juzgada, todo lo anterior en una especie de contubernio complaciente por parte de los gobiernos, que ante su impotencia o ante el desgarrador impacto de los hechos han guardado silencio.

16. Antes de la segunda guerra mundial era el derecho Internacional quien regulaba la relación entre los estados y, los sujetos eran ellos y no los individuos. Hoy, con el nuevo derecho de los pactos, las comunidades crean un nuevo tipo de derecho, de ordenamiento que no solo es obligatorio para los estados, sino que se aplica directamente a los ciudadanos de los estados partes, tal y como se observa, sobre todo, desde el tratado de Roma hasta el de Maastricht. Recordemos como en el caso del Derecho Comunitario de la Unión Europea, la aplicación de los reglamentos y directivas- a lo que se le denomina-exequatur- es directa y automática es decir nisiquiera requieren de un acto del parlamento para su adaptación y recepción, entran directamente al ordenamiento interno de los países que conforman la comunidad. La Corte Europea de Justicia ha entendido que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y el de los Estados miembros forman uno solo, esto conduce, obviamente, a que las normas comunitarias sean superiores a las de cualquier ordenamiento interno, aunque esta es una posición que no ha sido compartida por naciones como Alemania o España. Comienza a hacer carrera dicha teoría monista y estados como Italia aceptan tal prerrogativa.

el ordenamiento internacional como soberano, pero que en el ordenamiento interior no lo ejerza. Es esta la dicotomía que podría encontrarse al interior de nuestro estado.

Un ordenamiento, y por consiguiente un estado, son supremos en cuanto tengan la fuerza coactiva y la capacidad de mediar los intereses en conflicto y para hacer cumplir la observancia de los actos de autoridad. Se entendería que un ordenamiento es supremo por cuanto al interior no existen otros que tengan la capacidad de desplegar actos coactivos dotados de un aparato autoritario que haga cumplir sus mandatos.

3. A manera de reflexión parcial

Ya no existe una única y verdadera acepción de soberanía, ella se ha relativizado de acuerdo con las nuevas realidades sociales. de ahí que la defensa de la soberanía no puede llegar, incluso, al punto de desconocer otros valores fundamentales- como el de la vida- en pro de un concepto que, quizá, ya no existe más y que se trata de redefinir para dar legitimidad a metarealidades que traspasan lo jurídico. La legitimidad viene entendida ya no en referencia a un sistema fijo o ideal de valores, de reglas de tipo metajurídico, tendientes a justificar la soberanía. Ella viene concebida, tal y como lo expresa N.Luhmann, como un proceso justificativo que tiene valor no en sí mismo, sino respecto a las exigencias de la práctica política y jurídicas en acción. Por esta vía se ha hecho coincidir el sistema justificativo con la pura y simple exigencia práctica de justificar como tal.

4. El territorio

El término territorio puede observarse desde diferentes perspectivas, bien como el espacio en donde se puede desarrollar una actividad física o como aquél en el cual un sujeto puede ejercitar el poder jurídico que se le confiera y que forma la esfera de su competencia¹⁷. El territorio tiene su razón de ser en cuanto que el estado no se conforme con el simple hecho de ser el titular de dicho bien sino, lo que es más importante, de asegurar que él cumpla una función en pro de la dignidad y de las necesidades de quienes son sus verdaderos destinatarios, los habitantes, o mejor el ser humano, objeto y sujeto de este elemento que conforma la noción de estado.

El anterior elemento se concreta, por lo tanto, en la capacidad que tenga el estado de disponer de él, excluyendo a cualquier otro que lo quiera hacer valer. El territorio es de esta forma, insistimos, un elemento constitutivo del estado que no se agota en la simple pertenencia de él, sino que debe trascender en su esencialidad, es decir, en la pregunta de para qué ese territorio, de tal forma que cuando él es ocupado por vías de hecho es obligación del estado defender y hacer valer su derecho sobre el territorio no por la simple razón de ser su propietario, sino por la premisa de que el cumple una función que trasciende a la sociedad. De tal manera, que es importante agotar todos los medios para que él se convierta en un elemento de cohesión antes que en una excusa para el enfrentamiento y la confrontación. Ahora bien, es necesario diferenciar la intención de apropiación por parte de un agente extranjero o interno. En el primer caso, se trata de defender la soberanía de toda la Nación frente a la agresión de un agente extraño a la

17. Es pertinente recordar que el estado, aun hoy, puede ser titular de poderes que se den aun fuera de él, es el caso de las colonias, en vía de extinción, pero aun existentes.

sociedad como tal; en el segundo caso se trata, en cambio, de un agente que forma parte del cuerpo social al cual se le debe diferenciar y para cuyo problema se debe buscar una solución que no siempre implique el uso de la fuerza por parte del estado, máxime si se coloca en peligro la vida de agentes extraños al conflicto interno. Para eso se debe hacer uso de soluciones jurídicas que reordenen el territorio, -máxime si se tiene en cuenta que esos agentes internos o factores reales de poder¹⁸ ejercen una verdadera soberanía, de hecho, al interior de él,- tales como: la adopción de formas de organización estatal federales, regionales, o de cualquier otra índole.

5. Reflexión

El Territorio y la Soberanía del Estado tienen su razón de ser siempre y cuando ella cumpla la función sustancial de proteger la dignidad humana, tal y como lo expresa Hermann Heller en la cita que hace de Jellinek, cuando éste plantea “Sin sujetos humanos no hay territorio, sino solo partes de la superficie terrestre”¹⁹. No es dable, so pretexto de defender la propiedad, desconocer la tranquilidad y la felicidad de los ciudadanos al interior de un estado. La tierra no es un *factor* político, sino una condición, aunque ciertamente importante, de la actividad política de la población que sigue sus leyes propias y puede influir sobre su territorio, a la vez que, de acuerdo con sus fines políticos, puede transformarlo en gran medida; “la situación geográfica ofrece posibilidades y la situación geopolítica, realizaciones de tales posibilidades que se manifiestan como incrementos o como obstáculos” (Vogel, p. 55).

De esta manera, el Estado no es, en manera alguna, un *esclavo* de su territorio, como dice Kjellén, ni el territorio puede considerarse como *cuerpo* del Estado²⁰.

IV. ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

Como lo hemos sugerido a lo largo de las anteriores consideraciones, la reflexión sobre la forma de organizar el territorio es una herramienta que puede contribuir a la solución de conflictos al interior de los Estados, bien sea por que a través de él se puede repartir el poder político, o quizá por cuanto es un reconocimiento a las particularidades propias de cada población.

Por razones de la naturaleza del presente trabajo únicamente haremos referencia a algunas formas de organización autónomas, en las cuales se han reconocido ciertos grados de verdadera autonomía a las partes integrantes de esos Estados.

18. Es un término utilizado por LASALLE, Ferdinand, en su excelente obra “Qué es una Constitución”, allí hace referencia a los grupos que tienen la posibilidad de plasmar sus intereses en la Constitución. En nuestro caso lo utilizamos como aquellos grupos que tienen la capacidad e ejercer una verdadera soberanía en sus respectivos ámbitos territoriales.

19. HERMANN, Heller, Fondo de Cultura Económica, México 1971, p. 160.

20. Sëller, *ibidem*, p. 159.

1. Modelo Regional

El país en donde más se ha desarrollado esta forma de organización es, quizá, Italia, en donde histórica e inicialmente se utilizó con el fin de evitar la *piemontisizzazione* de Italia, o por lo menos con el fin de asegurar una gradual reducción de uno de los varios ordenamientos de los Estados anexos al Reino de Cerdeña; posteriormente se trató de darle a la autonomía territorial el espacio necesario con el fin de contrarrestar la asfixiante presencia del Estado-persona.

Pero se puede afirmar que a la base del regionalismo Italiano se encuentra el continuo esfuerzo por adecuar la estructura administrativa a la multiplicidad de las condiciones del país, sobre todo en lo que tenía que ver con el denominado *Mezzogiorno* de Italia y el temor del separatismo debido, por poner algún ejemplo, al carácter bilingüe de la población del Valle d'aosta, amén de sus particulares condiciones económicas.

El diseño constitucional proyecta una modalidad de relación entre el Estado y la Región basada en la repartición de competencias según el criterio de la materia. De tal forma que en las materias atribuidas a la región el Estado puede intervenir únicamente fijando principios fundamentales, lo cual significa que el sistema de relaciones entre los dos niveles se basa en la coordinación legislativa entre leyes cuadro y leyes regionales, es una expresión de la denominada *competencia compartida*. Desde el punto de vista de las relaciones financieras, en la Constitución, se denota un modelo de coordinación e integración entre sistemas sustancialmente autónomos en lo que tiene que ver con este aspecto. A las Regiones se les concede una autonomía no sólo desde el punto de vista de los gastos sino de la posibilidad de percibir recursos a través del recaudo de impuestos.

De esta manera, el modelo constitucional se caracteriza por una retroalimentación autónoma entre, el centro y la periferia, de tipo vertical, en donde por cada materia de competencia regional se presupone la existencia de principios generales y de directivas estatales²¹. En lo que tiene que ver con la participación de las regiones en la formación y en la actividad de los órganos centrales del Estado la Constitución prevé, en su artículo 57, que cada región debe tener, al menos, siete Senadores, a excepción del Valle d'Aosta y Molise²². De esta forma y según el art. 83 de la misma Carta Política, las regiones, a través de los delegados de los Consejos Regionales, participan en la Plenaria del Parlamento en la cual se lleva a cabo la elección del Presidente de la República. Así mismo, se establece que las regiones a través de los Consejos Regionales tengan:

Iniciativa legislativa, la cual comprende las leyes constitucionales o de revisión constitucional²³ (arts. 71 y 121).

Poder para solicitar el referendo abrogativo de leyes o actos Estatales que tengan fuerza de ley (art. 75).

Poder para solicitar el referendo confirmativo en el procedimiento de revisión constitucional cuando se dé el caso previsto en el inciso segundo del art. 138 de la C.P.²⁴.

21. Como se podrá observar posteriormente, si bien es cierto dentro del marco jurídico se encuentra establecido esta autonomía en la realidad las relaciones entre Estado y Región han sido complejas y no exentas de problemas por falta de un verdadero respeto de competencias.

22. FABIETTI, Renato, *La Costituzione Italiana*, Ugo Mursia Editore, 1998.

23. Estas leyes corresponden en nuestro sistema constitucional a las denominados Actos Legislativos, y deben ser Aprobadas Por la mayoría de los miembros de las Cámaras y pueden ser sometidas a referendo cuando lo solicite una quinta parte de los integrantes de cualquiera de las cámaras, cincuentamil electores o cinco Consejos Regionales.

Aparentemente, y desde la perspectiva anterior, podríamos aseverar que en Italia existe un regionalismo fuerte. Sin embargo, y debido a la falta de identidad regional y de una verdadera conciencia de la función que ellas pudieran cumplir, dicha premisa no se ha desarrollado de la manera y en la forma esperada por el constituyente²⁵.

En lo que tiene que ver con el poder normativo de las regiones que se ha definido como el poder de *darse la propia Constitución*, se ha establecido que en las Regiones con Estatuto Especial (art. 116 C.P.)²⁶, es ley constitucional y por lo tanto debe ser aprobada por el Parlamento Nacional. En lo que tiene que ver con las Regiones ordinarias, el Estatuto es una fuente normativa limitada en cuanto a su competencia, ya que debe ser aprobado no solo en el Consejo Regional sino mediante ley de la República. Sin embargo, en la aplicación de estas normas ha prevalecido la interpretación favorable a las Regiones, ampliándose su competencia estatutaria y controlando fuertemente el poder del Parlamento. A pesar de esto el poder estatutario de las Regiones es bastante restrictivo en la Constitución Italiana²⁷.

La forma de gobierno establecida en la Constitución (art.121) es igual para todas las regiones y allí se ha previsto que los órganos son: el Consejo Regional, la Junta y el Presidente, estos dos últimos elegidos por el Consejo regional (art. 122, inciso 4). Es del caso anotar que para ser Presidente o asesor Regional es necesario ser Consejero. En cuanto al sistema de elección es regulado por una ley estatal.

En lo que tiene que ver con la competencia legislativa, las regiones ordinarias la tienen garantizada en la Constitución para un determinado número de materias. De esta forma es el legislador quien tiene la competencia general a través de una especie de leyes marco o cuadro que establecen los parámetros dentro de las cuales deben desarrollar su propia normatividad. La norma común es que en cuanto a las competencias administrativas se aplica la misma materia de las legislativa (art. 118), las regiones, a su vez, pueden delegar esas competencias a las provincias y a los municipios.

En cuanto al sistema financiero, existe una ambigüedad, ya que la norma constitucional (art. 119) de un parte establece que la ley estatal define la autonomía financiera no solo de las regiones sino de los municipios y de las provincias²⁸ y de otra, expresa que a las regiones se les debe atribuir recursos y atributos propios, de acuerdo a sus necesidades, para los gastos necesarios que impliquen el cumplimiento de sus funciones normales; de todas formas, paulatinamente, y desde hace muchos años se ha dado una centralización del poder fiscal que le ha impreso a las finanzas locales la característica de unas *finanzas derivadas*²⁹.

En cuanto a la organización judicial, se establece que las Regiones pueden recurrir a la Corte Constitucional con el fin de demandar leyes estatales que invadan su competencia (art 134)³⁰.

24. Se hace referencia a lo precitado en la nota anterior.

25. COMBA M. y otros, *Federalismo, Regionalismo e riforma dello Stato*, G. Giappichelli editore, 1998.

26. En Italia se encuentran reguladas, Constitucionalmente, dos tipos de Regiones las de Estatuto especial y las de Estatuto ordinario. Las primeras son: Valle d'Aosta; Trentino-Alto Adige; Friuli- Venecia Giulia; Sicilia; Sardegna. Las segundas son: Piemonte; Lombardia; Veneto; Liguria; Emilia Romagna; Toscana; Umbria; Marche; Lazio; Abruzzi; Molise; Campania; Puglia; Basilicata; Calabria

27. *Ibidem*, p. 59.

28. Con lo cual se limita la autonomía financiera, mas que la legislativa o la administrativa.

29. Sobre el tema se puede ver. BUGLIONE R., PERANTONI I., I rapporti finanziari tra stato e regione dai decreti delegati dal 1.972 al d.p.r. 616 dal 1.972, Milano 1980.

30. Es pertinente acotar el avance que países como Colombia o Venezuela tienen respecto al control de constitucionalidad y en donde la acción pública de constitucionalidad establece que cualquier ciudadano puede acudir

En lo que tiene que ver con el territorio, la Constitución establece el número de regiones y su denominación (art. 131), amén de que no pueden ser creadas nuevas regiones con menos de un millón de habitantes y, mediante norma constitucional, se regula que la fusión o creación de nuevas regiones puede hacerse con la solicitud de los concejos municipales que representen al menos un tercio de la población interesada y la propuesta debe ser aprobada por referendo de la mayoría de sus habitantes. Cuando se trate de la anexión de un municipio o una provincia a una región, diferente a la cual pertenece, debe hacerse mediante solicitud y referendo, se puede llevar a cabo mediante ley ordinaria (art.132). Se podría decir que la Constitución le reconoce a la comunidad aquello que no le reconoce al ente territorial, nada más ni nada menos que la disponibilidad del territorio, lo cual es un elemento constitutivo³¹.

A manera de conclusión tal y como lo expresa el autor precitado a pie de página, el regionalismo Italiano es una mixtura de un regionalismo fuerte y de un regionalismo débil, en el cual se coloca como centro de articulación territorial la autonomía local, es decir, en un plano de igualdad a la región, a la provincia y al municipio, en donde se da la posibilidad de que a través de leyes estatales se dicten normas *uniformantes* para los entes territoriales. De otra parte, a los entes territoriales se les ha disminuido paulatinamente la autonomía financiera la cual, sin duda, es el elemento vital para el desarrollo de una verdadera autonomía.

2. El modelo de las comunidades autónomas

Este modelo se ha desarrollado con mayor énfasis en España. Uno de los fundamentos que inspira su Estado Social de Derecho es el llamado principio de la autonomía territorial de las nacionalidades y regiones que integran ese país.

El anterior principio se constituye a partir del siglo XV y del reconocimiento de los reinos de Castilla, Aragón y Navarra. En el siglo XVIII, se instaura con los Decretos de la Nueva Planta de Felipe V, un modelo de organización centralizada que se desarrolla como consecuencia de la guerra de Sucesión que se llevó a cabo durante los años de 1700 a 1714; durante el periodo de 1839 a 1878 se vive un periodo de centralismo exacerbado que se vera interrumpido por las Constituciones Republicanas de 1873 y 1931; la primera de corte federal pero que no se llegó a promulgar y la segunda en la cual se crean las regiones autónomas a las cuales se les da la posibilidad de dotarse de sus propios estatutos autonómicos. Solo hasta antes de la guerra civil (1936-1939) se aprobó el estatuto de Cataluña, del País Vasco y el de Galicia, el cual no fue sometido a las Cortes y por lo tanto debió ser aprobado por referendo. Durante el régimen autoritario instaurado por Franco (1939-1975) se suspendió cualquier posibilidad de autonomía. A partir del RD-Ley 41/1977 y una vez superado el trago amargo de la dictadura se comienza el reestablecimiento de la autonomía territorial³².

La Constitución Española de 1978 le reconoce tanto a las Comunidades Autónomas como a los Municipios y a las Provincias, un gran margen de autonomía para la gestión de sus intereses, quebrándose de esta forma la dependencia con el poder central del es-

directamente ante las respectivas instancias judiciales con el fin de demandar una ley cuando esta es contraria a la Constitución. Es un patrimonio democrático propio del derecho latinoamericano.

31. *Ibidem*, p. 69.

32. MERINO, José Fernando y otros, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid 1995, p. 282.

tado. Cuestión que se discutió ampliamente en la Asamblea constituyente y que junto al tema de la educación fue uno de los debates más importantes al seno de esa institución. Sin embargo, era de esperarse que dicha autonomía se asegurara en el texto constitucional, ya que el concepto de autonomía para la gestión de sus propios intereses formaba, por decirlo de alguna forma, parte de la cultura política de los españoles a pesar del ostracismo en que se encontraban las regiones debido al régimen autoritario de Franco.

Desde el punto de vista de su organización territorial podríamos plantear que la Constitución Española reconoce como entidades territoriales a las Comunidades Autónomas, a las provincias y a los municipios, las cuales, como se señaló, gozan de plena autonomía para la gestión de sus respectivos asuntos³³. Estos últimos tienen personería jurídica propia y su gobierno esta en cabeza de los respectivos ayuntamientos que están integrados por Alcaldes elegidos por los concejos o por los vecinos y Concejales elegidos popularmente (art. 140).

En cuanto a la provincia, podría plantearse que es una herencia y creación del legislador, fruto de una concepción uniformadora del estado español, la cual vendría a ser una invención del poder central hecha a imagen y semejanza del sistema francés, el país centralista por antonomasia. Sin embargo, no ha sido el estado el único creador de la provincia, ella es un producto histórico de los municipios de la época medieval y el resultado del sistema de ciudades como consecuencia de un país que desde la época romana poseía una red urbana que equilibraba y daba consistencia a su territorio. A nivel constitucional, la concepción de la provincia se encuentra regulada en los artículos: 141, numeral 1, 68 y 69, 143, 144, 150, de los cuales se deduce que es parte importante de la organización territorial española. De ahí que cualquier alteración a su territorio deberá ser aprobado por las Cortes Generales³⁴ mediante una ley orgánica (art. 141). Así mismo, ella es una verdadera circunscripción electoral en los términos señalados a pie de página.

En lo que tiene que ver con las Comunidades Autónomas podríamos decir que son entidades territoriales constituidas por provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, propicias a acceder a un autogobierno con arreglo a lo previsto en la Constitución y a sus respectivos estatutos³⁵. La Constitución permite en sus arts. 143 y 144 asumir la condición de Comunidades Autónomas a ciertas provincias. *Si la historia o el interés nacional lo reclama una sola de ellas podrá erigirse como tal*. La constitución, sustancialmente, plantea la idea de que los territorios menores forman parte de un nivel espacial más amplio³⁶.

33. En efecto, el artículo 137 de la C.E. expresa: "El estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias, y en las Comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

34. La provincia es una circunscripción electoral para la composición de las Cortes Generales de acuerdo a lo establecido en el art. 68: " 1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. 2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de diputados.....3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional" y en lo que se refiere al Senado se expresa que: " 1. El Senado es la Cámara de representación territorial. 2. En cada provincia se elegirán cuatro senadores por sufragio universal, libre, igual directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale la ley orgánica....."

35. *Ibidem*, p. 284.

36. En la Sentencia del 28 de junio de 1981, el Tribunal profundizó sobre el tema en los siguientes términos: "Es necesario, distinguir, sin embargo, de acuerdo con la constitución y desde la perspectiva territorial, entre las Comunidades cuyo ámbito comprenda varias provincias y aquellas otras de carácter uniprovincial que pueda cons-

En resumen, podemos decir³⁷ que en lo referente a las Comunidades Autónomas existe una flexibilidad del marco constitucional; una diversidad de cauces procedimentales para el acceso a la autonomía; una pluralidad territorial dentro de la unidad de la Nación española; una cláusula de la lealtad constitucional; una supremacía estatal y unos principios informantes del estado autonómico, como son: el de constitucionalidad, de autonomía, de igualdad, de solidaridad, de equilibrio, de suficiencia financiera, de interdicción de federalización de las Comunidades Autónomas.

En cuanto al *primer principio* Informante del Estado Autonómico, hace relación al valor superior de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable a todos los poderes públicos y a que no se establecieron, siquiera, unos principios mínimos para su creación, no se impuso como obligatoria su creación no se predeterminó la estructura interna de su organización y por exclusión determinó las competencias del estado; las restantes podrían ser asumidas por las comunidades.

El *segundo principio* Informante tiene que ver con la autonomía como derecho y como principio de organización y funcionamiento del Estado, lo cual se refleja en la constitución de unos entes territoriales dotados de poderes y competencias. Se establecieron varios sistemas de acceso constitucional a la autonomía: una vía de acceso a la autonomía plena con un acuerdo de su órgano preautonómico superior, la redacción de un estatuto por una asamblea de sus parlamentarios, un acuerdo con la Comisión Constitucional del Congreso, referéndum de las provincias que conformarían el ente territorial y ratificación de los plenos de las dos Cámaras de las Cortes; una vía establecida en el art. 151 de la C.E.; la vía del proceso mixto de autonomía complementado con ley Orgánica; la denominada gradual que permite, pasados cinco años, alcanzar la autonomía plena y cuya iniciativa se condiciona: a la aprobación de las Diputaciones interesadas y a la de las dos terceras partes de los municipios, a la elaboración de un proyecto de Estatuto y la aprobación de las Cortes como proyecto de ley y una última vía denominada Amejoramiento del Fuero, que prevé la actualización de los derechos históricos de los territorios forales.

El *tercer principio* implica la regulación de una igualdad por vía negativa, es decir, que las diferencias entre los diversos Estatutos de las Comunidades Autónomas no implican privilegios económicos o sociales y en caso de que esto ocurra las Cortes Generales -vía positiva-, pueden impedir esas situaciones discriminatorias mediante las denominadas leyes de armonización del artículo 150 numeral 3, obviamente, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos ya que ellos en todo el territorio tienen los mismos derechos y obligaciones. Se establece, así mismo, que la pluralidad de ordenamientos jurídicos, resultado de la configuración del Estado compuesto, no puede olvidar que existe un límite jurídico cual es la Constitución.

El *cuarto principio*, en sentido positivo, implica la participación de las Comunidades Autónomas en la voluntad estatal. En sentido negativo, el principio de solidaridad se

tituirse cuando se den los supuestos previstos en los artículos 143 y 144 de la Constitución. En el primer caso, de acuerdo con las ideas antes expuestas, parte de las competencias que hasta ese momento fueron de las provincias pasarán a ser funciones de la comunidad a la que habrá también que atribuir, en consecuencia, la parte correspondiente de los recursos provinciales, y, lógicamente, de los servicios de esa naturaleza, reduciendo, en consecuencia, por así decir, el ámbito de competencias de la entidad provincial. Esta resultará, por el contrario, potenciada en aquellos otros casos en que, bien por tener la provincia caracteres propios de región histórica (art. 143), bien en virtud de una autorización especial de las Cortes (art. 144-a) una sola provincia se erija en Comunidad Autónoma, asumiendo así un superior nivel de autonomía, y estando en este caso confiados su gobierno y administración a la Comunidad, tal y como permite el artículo 141-2 de la Constitución”.

37. *Ibidem*, pp. 284 y ss.

traduce en la limitación -material, territorial, a los principios constitucionales o valores superiores y específicos-, a la actuación de las Comunidades Autónomas como resultado de su integración en la unidad del Estado, cuyos fines deben ser respetados. La Constitución establece la supremacía del derecho estatal en todas las materias que no sean de competencia de las Comunidades Autónomas en virtud de la cual corresponden al estado ciertas facultades a través de la ley de control y coordinación de las Comunidades Autónomas.

El *quinto principio* lo regula la C.E. en su artículo 138 numeral 1, cuando faculta al estado para que vele “por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”.

El *sexto principio* se relaciona con la autonomía financiera, es decir, con los recursos que deben contar estos entes territoriales y que se encuentran establecidos en el art. 157 numeral 1 y que están constituidos por: a) impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado. b) Por sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales c) Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del estado. d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado. e) El producto de las operaciones de crédito.

El *séptimo y último principio* hace referencia a que se permite la cooperación entre Comunidades Autónomas, pero en ningún caso es posible su federalización.

A manera de conclusión, y parodiando lo que expresa el profesor Retortillo,³⁸ podríamos decir que el sistema autonómico responde a dos principios fundamentales: de una parte, se posibilita su establecimiento, pero no se impone con carácter general y de otra, las competencias de las Comunidades Autónomas no aparecen predeterminadas en la Constitución sino que las remite a sus propios Estatutos, cuya elaboración tiene un marcado sentido pactista. El primer principio condujo al oportunismo político de todos los colores y a la generalización del planteamiento autonómico y el segundo determinó la heterogeneidad de las competencias de las distintas Comunidades Autónomas, el *plato de queso* según una gráfica expresión y el efecto de *imitación* presente en el proceso de elaboración de los Estatutos. Todo lo anterior hace necesaria, según el autor, “una homogeneización de las competencias de las Comunidades Autónomas, superando la manifiesta desigualdad con que unas y otras nacieron y que se ha acentuado considerablemente en los últimos siete años”.

3. Sistema Federal

El sistema federal es quizá una de las formas de organización más discutibles y discutidas pero al mismo tiempo uno de las más interesantes por la ideología y praxis de la tolerancia que lleva implícita en su formación y funcionamiento. No es gratuito que sus más remotos orígenes se remonten a textos bíblicos en donde, sin lugar a dudas, se comenzó a difundir la idea de igualdad y libertad. En efecto, mucho antes de que se hablara del federalismo existieron sistemas políticos que encerraban elementos propios a él. Quizá el primer ejemplo fue el israelita, que practicó un sistema identificado por una unión de identidades políticas basada en la conciencia de una nacionalidad común, unas

38. RETORTILLO, Martín Sebastián, *Pasado, presente y futuro de las Comunidades autónomas*, Instituto de estudios económicos, Madrid 1989.

instituciones políticas tribales y nacionales y una división de sus funciones formalizadas en una Constitución escrita. Su principal texto, la Biblia, es el primer libro que trata sobre los problemas federales. Algunos de los grandes imperios de la Antigüedad, sobre todo el Persa, el Helénico y el Romano, estructuraron sus sistemas políticos en torno al principio de la autonomía cultural local. Recordemos que en el mundo antiguo la vida política era prácticamente inseparable de los asuntos religiosos y culturales de la sociedad, lo que suponía que el reconocimiento imperial de las constituciones locales fuese una transferencia de poder político, las cuales, obviamente, podían ser revocadas por parte de los gobernantes imperiales. De ahí que el derecho y la aparición de las constituciones en el sentido moderno de la palabra hayan sido una de las conquistas más importantes de la humanidad, no en vano tantas sociedades arriesgaron su integridad luchando para que el Estado de Derecho fuera la frontera entre los poderes omnímodos del soberano y el referente obligado tanto para los gobernantes como para los gobernados, amén de un límite entre lo religioso y lo político. Pero en la época medieval también se dieron experimentos a partir de las relaciones contractuales inmutables que se establecieron y que creaban vínculos permanentes entre los contratantes que garantizaban sus derechos. Un movimiento que requiere darle toda la importancia y atención es el que nació con ocasión de las ciudades comerciales medievales de la Europa central que formaron ligas para la defensa y la asistencia recíprocas, al estilo de los griegos. Su mayor expresión fue la primera confederación de los cantones suizos, en 1291, para la ayuda mutua en la defensa de su independencia. En el entretanto la discusión se daba por parte de diferentes entidades políticas en el Sacro Imperio Romano. Lo anterior permite establecer que la fusión de los elementos contractuales del feudalismo con los mecanismos políticos de las confederaciones comerciales dio origen a los antecedentes inmediatos del federalismo moderno. De otra parte, es importante recordar que los Estados cristianos de la Península Ibérica crearon un sistema político que en sus estadios más avanzados estuvo muy cerca de un federalismo auténtico. Durante los años de la reconquista, la mayor parte de ese territorio fue reorganizada según el sistema de los fueros que establecían gobiernos locales, con instituciones políticas relativamente liberales, para fomentar la repoblación del territorio. Bajo este esquema surgieron nuevos Estados, los cuales se unieron en un sistema cuasi federal bajo la Corona de Aragón. Los anteriores antecedentes, quizá, explican la gran vocación autonómica de la España de hoy. Con posterioridad y con la aparición del Estado Nacional en los siglos XVI y XVII, se estimuló la *adopción de soluciones federales para los problemas de unificación nacional*. En la época moderna se destaca el federalismo Norteamericano que transformó y organizó los principios del federalismo en un sistema práctico.

Decir que es el federalismo ha sido bastante complicado, se ha usado para describir una teoría del estado federal o para plantear una visión global de la sociedad. Sin embargo y debido a la complejidad del tema se ha optado por encontrar su esencia a partir de lo que no es, es decir, desde el punto de vista de lo que refuta, de allí que se defina históricamente como la negación del Estado Nacional³⁹, cuestión que ha sido criticada por algunos autores nacionales, ya que metodológicamente no es conveniente definir, opinan, a partir de lo que no es⁴⁰. De ahí que el federalismo se determina más por sus elementos que por su contenido. De todas formas algo es claro, opina el profesor Augusto Hernández, y es que el Estado Federal o la doctrina del estado federal puede estar en

39. BOBBIO y otros, *op. cit.*, p. 375.

40. Autores varios, *El Federalismo en Colombia, pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp. 141 y ss.

crisis, pero no el principio federal⁴¹. Algunos autores, como el profesor Jaime Vidal Perdomo, han ensayado definiciones en donde propone la acepción del maestro Maurice Croisat: “es una forma de gobierno que reposa sobre la autonomía de los estados federados y su participación en las instituciones federales, y sobre una cooperación intergubernamental para alcanzar los fines comunes por medio de los programas y de los financiamientos comunes”⁴². Independientemente de la validez que pueda tener el definir el Federalismo a partir de lo que es o no es, cuestión que no discutiremos en esta oportunidad, ya que el tema que nos ocupa es diverso, es pertinente plantear que el federalismo como hecho social, como organización política y económica y como una expresión de tolerancia, es una realidad que transfiere autonomía y posibilidades de autogestión a los entes territoriales permitiéndoles adecuar su propia idiosincrasia a la búsqueda de su desarrollo regional basado, sustancialmente, en la convicción de que sólo a través de su propia iniciativa, de sus recursos y de su organización será posible encontrar su identidad. Es la posibilidad de entender que el establecimiento de los “centros de poder dispersos son una forma de salvaguardar las libertades individuales y locales”. Para entender de una manera más profunda y sencilla lo que es el Federalismo se hace necesario, en consecuencia, definir sus formantes.

Es necesario, en primer lugar, que exista una *Constitución escrita*, como una expresión del pacto de Unión, que establezca las condiciones y la forma de distribución del poder político. Dicho de otra manera, las competencias que deberá desarrollar el Estado Federal y los Estados Federados en el entendimiento de que lo que no se establezca como prerrogativa para el Estado Federal corresponderá a los Estados Federados y que cada uno de éstos podrá elaborar su propia Constitución como expresión real de su autonomía.

Como consecuencia de lo anterior se deduce que debe entenderse la imposibilidad absoluta de una centralización o lo que se ha denominado la *no centralización* y que difiera de la descentralización, ya que no es una distribución de poderes por parte del órgano central a entes territoriales subordinados, sino la delegación de autonomía constitucional a entes paritarios. Lo anterior garantiza que los derechos de ambas partes, Estado Federal y Estados Federados, no puedan privarse de sus derechos sin el consentimiento mutuo y consensual.

Se hace necesario, así mismo, una *división espacial del poder*, es decir, por denominarlo de una manera pedagógica, delimitar la propiedad del territorio. Es una forma de delinear materialmente el espacio en donde los Estados Federados podrán establecer sus competencias, ya que no ha existido ningún Estado federal auténtico que no haya utilizado el territorio como base de la división Federal. Cuando el “federalismo se ha basado en la distribución funcional ha sido sustituido por el pluralismo”.

Se hace necesario, y de manera primordial, el *mantenimiento de la Unión*, ya que tanto el estado federal como los estados federados pertenecen a una nacionalidad común como elemento primordial que los une, pero que al mismo tiempo y en aplicación de los principios de alteridad, de otredad, los diferencia. Es, por decirlo de laguna manera, la identidad de fines a partir del reconocimiento de las diferencias.

41. *Ibidem*, p. 148.

42. VIDAL PERDOMO, Jaime, *El Federalismo*, ediciones rosaristas, Santa Fe de Bogotá 1999, p. 44.

4. El Federalismo en Colombia

El Federalismo no ha sido extraño a nuestra tradición, ha formado parte de nuestra historia política y de no pocas intestinas y tontas disputas por parte de los protagonistas de nuestro pasado. Cuestión que ha sido esgrimida como uno de los principales obstáculos para su implementación, olvidando que las circunstancias políticas, religiosas, sociales y económicas, son diametralmente diversas, diferentes y diferenciables. Hoy la violencia no es la misma, ni la influencia de la religión es siquiera parecida; la sociedad ha cambiado y la economía, así siempre haya sido algo extraño a las clases menos favorecidas, es producto de un nuevo orden mundial, al cual por más que se quiera no escapa ningún país; la globalización es un fenómeno que ha permeado todas las sociedades y las disciplinas del saber, incluso al derecho, que a través de mecanismos como la Corte Penal Internacional buscan proteger a la humanidad toda de delitos atroces que atenten contra ella. Las comunicaciones se han desarrollado a una velocidad vertiginosa y el conocimiento del mundo se hace más fácil y accesible, si bien es cierto no a todas las clases sociales, si a un mayor número de personas que hace unos pocos años. El mundo se ha convertido en esa aldea global de la que hablara Mac Luhan. Hoy una carta a Europa dura fracciones de segundos o minutos vía internet, a diferencia de los tres o cuatro meses que duraba en la época de la independencia. Todo lo anterior, indudablemente, ha cambiado la mentalidad del hombre colombiano, quien ha incursionado en campos internacionales de la ciencia, el deporte y la cultura, que antes hubiera sido poco probable. En resumen: si bien es cierto la historia es importante para la explicación del presente, no lo es menos que ella es una herramienta para el desarrollo y la solución de conflictos, no una talanquera o un obstáculo para resolver problemas; mucho menos puede concebirse como un elemento referencial para renovar el temor a los grandes cambios. Por todo lo anterior, es necesario echar una hojeada a nuestra historia Federalista y a algunas propuestas que se vienen dando como objeto de estudio para su implementación.

Las viejas luchas entre federalistas y centralistas son problema del pasado y hoy, quizá, después de tantos años de centralismo es necesario repensar el Estado, ya que ese antiguo modelo, máxima expresión de la intolerancia y de temores superados, no responde a las necesidades de unas comunidades que se caracterizan, ante todo, por una diversidad de costumbres, de culturas y de formas de concebir la vida. Hoy, en nuestro país, se comienzan a dar procesos de autonomía interesantes, como el de la convocatoria a una constituyente en el departamento del Tolima, como el de la unión de los gobernadores del sur del país para solicitar atención y para gritar que ellos también existen y que son parte de este adolorido territorio. Quizá, hoy, así mismo, no son suficientes los importantes procesos de descentralización que tuvieron su inicio en los años ochenta, de pronto se hacen necesarios fenómenos de autonomía que mas allá de una simple autarquía lea den la capacidad a las regiones de decidir y planear su propio futuro. Será esta una cuestión que analizaremos con mayor profundidad en el capítulo de conclusiones.

Como bien lo expresa el ilustre profesor Carlos Restrepo Piedrahita, la idea federalista en Colombia se remonta al Acta de Independencia acordada en Cabildo Extraordinario de Santafé el 20 de julio de 1810, en donde se designó una Junta interina en la cual se depositó el Gobierno Supremo y la cual debía afianzar una Constitución con la obligación de establecer una serie de principios. Dicho documento, expresa el docente, contenía cinco gérmenes que prefiguraban una hipótesis de Estado: el pueblo, a quien se le

investía de la función de soberano; la elección de un Congreso; la implementación de un improvisado órgano de Gobierno; un mandato para *formar* la Constitución, y una *forma federativa* modelada por aquella⁴³. Es indudable que dicha declaración se encontraba influenciada por el sistema federal estadounidense, pero así mismo por el afán de preservar los intereses de todos y cada uno de los sectores que participaban en el inicio de la causa emancipadora. Mientras que en Venezuela la controversia federalismo-centralismo quedó superada al aprobarse la Constitución federal de 1811, en la Nueva Granada a la postre degeneraría en una lamentable reyerta civil armada, tal y como nos lo recuerda el académico precitado. De otra parte, continua el profesor Restrepo, varias provincias como Cundinamarca, en uso de su espíritu autonomista y federativo, prefirieron no mandar delegatarios al Acta de Independencia, declarando su propia personalidad política. Recuerda la historia cómo Antonio Nariño, santafareño, proclamó el centralismo, y Camilo Torres⁴⁴, payanés, fue el que defendió el federalismo. En la Constitución de 1821, no obstante la oposición de algunos de los líderes más connotados, se estableció el sistema centralista y se adoptó a Bogotá, provisionalmente, como capital de Colombia. Pero, como era de esperarse, esta Constitución hizo crisis y el Congreso en 1827 autorizó la convención de Ocaña, en donde debía darse paso a una nueva Constitución. Primero Venezuela y después Ecuador proclamaron su separación de Colombia. En 1830 se sanciona una nueva Constitución, posteriormente, en 1832, la Nueva Granada aprobó la Constitución que la erigía en República independiente. Se conservó el régimen central con algunos cambios, los cuales se mantuvieron hasta 1853 cuando se ensayó la Constitución centralista con visos de federalismo, la cual tuvo una exigua existencia que culminaría con las Constituciones de 1858 -Confederación Granadina- y 1863 -Estados Unidos de Colombia-, que terminó con la batalla de la Humareda. Dicho régimen sería reemplazado por la Constitución de 1886, de carácter centralista y la cual duraría hasta el año de 1991.

Si algo identifica la Historia Constitucional Colombiana es la marcada crisis de sus periodos, debido a las luchas intestinas y a la ambición de poder que se sobrepuso a los intereses de la patria. Veamos, muy de paso, algunos de los sucesos durante la vigencia de cada una de estas Constituciones:

La Constitución de 1821, que se expidió en la Villa del Rosario de Cúcuta, no fue ajena a las ideas federalistas. Se planteó, incluso, por parte de Don Antonio Nariño, que una vez pasada la guerra se podría instaurar el sistema federal, se refirió en los siguientes términos: “No pudiendo por ahora establecer la federación, por el estado de guerra en que nos hallamos, por falta de recursos, por multiplicar gastos, por multiplicar soberanías, por no estar deslindados los territorios que la deberían componer, y la experiencia nos ha enseñado cuán peligroso es ese paso, cuando se decide entre partes que ya se

43. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, p. 23-24.

44. Se ha planteado que Camilo TORRES imbuido por las ideas federalistas de los estados Unidos, defendió ese sistema. Sin embargo, quizá, desde aquella época el comprendió el carácter autónomo que se encontraba arraigado en la mentalidad de las provincias de la Nueva Granada y el hecho de que sus dirigentes no se resignarían al mandato de Santafé. Era una especie de rechazo al centralismo. Tal y como lo demostrarían los hechos sucesivos, el prócer tenía toda la razón. Quizá esa excesiva tendencia centralista fue la que acabó con la Gran Colombia creyendo que era necesaria para mantener la unión y rechazar al enemigo que se cernía sobre el territorio. El federalismo había elaborado estrategias que a pesar de conservar la autonomía del territorio aseguraban la unión en torno al manejo militar de la situación. Recordemos como el Acta que escribiera Camilo TORRES y que daba nacimiento a la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, fue ratificada por la mayoría de ellas con excepción de Cundinamarca, quizá por la influencia de don Antonio Nariño, y de Chocó. El sistema federal contaba con el amplio respaldo de los Granadinos.

suponen con derecho, y finalmente, por la falta de luces suficientes para formar en todos los Estados, Legislaturas y Magistrados correspondientes a su soberanía; no debemos sancionarla ni para ahora ni para lo venidero, sin dejar la puerta abierta para que la adopten cuando crean conveniente los legisladores que nos sucedan”. En el mismo sentido opinó Fernando Peñalver cuando planteó un sistema centralista como “camino a la federación, y Colombia llegará al rango de un pueblo ilustrado en la plenitud de sus derechos”. Al interior de la Convención, decididos federalistas como José Ignacio de Márquez defendieron ese sistema con el argumento de que era: “imposible formar un todo de territorios tan vastos como el de Venezuela y Nueva Granada, la naturaleza ha fijado sus límites; a proporción que el cuerpo político se extiende, tanto más se debilita. El gobierno carece de energías para hacer ejecutar las leyes y, ocupado en los principios y más generales asuntos del Estado, no tiene tiempo ni proporción para atender a los intereses de sus partes, de donde nace el desafecto de los súbditos para con sus gobernantes, y la ninguna relación entre estos y sus gobernados. En una democracia son muy lentas las operaciones y a medida que aquélla se extiende, más lentas se hacen éstas”. Es de anotar que la legislación de este periodo fue de importante relevancia, en un lapso de seis meses, y en las condiciones incomodas en que se encontraban dejó organizada la República en diversos aspectos como: las libertades públicas, la educación, la libertad de partos, abolición del tráfico de esclavos, reguló la libertad y la responsabilidad de la prensa y extinguió el tribunal de la inquisición, se adoptó el proteccionismo industrial, se prohibió la importación de diferentes productos como: añil, azúcar, melazas, café, cacao y otros, en fin, se ocupó de diferentes e importantes temas que contribuyeron a la organización del naciente Estado. No pocos fueron los desafortunados sucesos que ocurrieron a lo largo de los años que transcurrieron mientras dio a luz la nueva Constitución, sucesos, sobre todo, entre, quizá, los dos mas grandes hombres de nuestra historia, Bolívar y Santander, atizados por amigos de ambos bandos y celosos del poder que tanto el uno como el otro, por razón de su inherente naturaleza, poseían. En un ambiente de hostilidad y distanciamiento entre los dos próceres se reuniría en abril de 1828 la Convención de Ocaña la cual, como se preveía desde el comienzo, no tuvo un buen final ya que terminó disolviéndose por el retiro de algunos de sus integrantes muy a pesar de los esfuerzos que hiciera el general Santander. Tampoco fue extraño a este pasaje histórico el tema del centralismo y del federalismo, el cual fue agitado por Bolívar y Santander. El 20 de enero de 1830 se instala una nueva constituyente con 47 diputados de las más importantes provincias de Nueva Granada, Ecuador y Venezuela que daría como resultado la Constitución de 1830 del 5 de mayo. La Constitución ratifica el centralismo y a ella se sigue un periodo de inestabilidad institucional, hasta 1832 en que se erige la República de la Nueva Granada que dividió su territorio en quince provincias: Antioquia, Barbacoas, Bogotá, Cartagena; Cauca, Magdalena, Neiva, Panamá, Pasto, Pamplona, Popayán, Socorro, Tunja, Vélez, Veraguas a las cuales se les daba la posibilidad de proponer al Poder Ejecutivo una lista de seis individuos para que de ellos se escogiera el respectivo gobernador. Era una formula que “intentaba armonizar la tendencia centralista con la federalista”. En 1843 se restablece en su plenitud el sistema centralista.

A partir de 1858 se inicia un periodo de federalización con la Constitución de 1858 la cual en su artículo 1º expresaba: “Los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander se confederan a perpetuidad, forman una nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de Confederación Granadina, y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución”.

El sistema federal fue aprobado tanto por conservadores como por liberales quienes, incluso, lo habían establecido en su programa. El gobierno era popular, representativo, alternativo, electivo y responsable. Todas las funciones que no fueran atribuidas por la Constitución a la Confederación eran competencias de los Estados. En el artículo 11 se encontraban numeradas todas las funciones que le eran prohibidas a los Gobiernos de los estados federados. Durante aquel periodo se desató una guerra civil, promovida por Mosquera, que a la postre daría como vencedor al primero y quien como Presidente Provisorio expediría el famoso decreto de tuición que sometía a la Iglesia a la autorización del gobierno para el desarrollo de sus actividades. Llevó a cabo emisiones de billetes con el fin de saldar las deudas de guerra; realizó la desamortización de bienes de manos muertas, que condujo a la expropiación de inmuebles propiedad de la Iglesia, grandes latifundios, que no eran propiedad únicamente de las diferentes comunidades religiosas, como producto de donaciones de personas piadosas, sino de grandes señores a los cuales se habían visto obligados los indígenas a vender a exiguos precios. Aunque Mosquera había defendido la Constitución vigente, convocó a una Convención Nacional con el fin de expedir una nueva Constitución en la ciudad de Rionegro, en el estado de Antioquia, que dio origen al Gobierno de Estados Unidos de Colombia. Cabe resaltar de esta Constitución su preocupación por los derechos fundamentales y el alto grado de federalización. El artículo 36 regulaba: “El Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por naturaleza de los principios constitutivos, republicano, federal, efectivo, alternativo y responsable; dividiéndose para su ejercicio en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial”. El legislativo se dividía en dos Cámaras el Senado y la Cámara de Representantes. La primera representaba a los Estados y la integraban tres Senadores por cada Estado en tanto que la primera representaba al pueblo, directamente, y estaba conformada por representantes a razón de uno por cada cincuenta mil habitantes. Existía una Corte Suprema Federal que se elegía por el Congreso de una lista presentada por la Legislatura de cada Estado, en número igual al de plazas que debían proveerse, de los cinco que reunieran más votos se escogían los dignatarios. El ejecutivo era ejercido por un Magistrado que se denominaba Presidente de los estados Unidos de Colombia.

A pesar de que esta Constitución fue criticada por su excesivo federalismo, es quizá la que mayor reconocimiento le dio al ciudadano. De todas formas es importante destacar que durante aquel periodo los estados se desarrollaron y se observó un progreso importante fruto de su autonomía y autogestión⁴⁵. A pesar de todo ello no existió una verdadera federalización al interior de los estados Federados tal y como puede comprobarse en el hecho de que, por ejemplo, los Alcaldes eran nombrados por el Poder Central. Una clara muestra del espíritu centralista que se vivía, aun, en los Estados federados⁴⁶.

Pasado este periodo federalista y por convocatoria del presidente Rafael Nuñez se instaura la Constitución centralista de 1886, la cual tuvo vigencia hasta la actual Constitución de 1991, y la que sufrió innumerables reformas producto de la adecuación que era obvia y necesaria a las vivencias presentes. La Constitución de 1991 se erige como un sistema unitario, descentralizado, con autonomía de sus regiones, producto de las más diversas tendencias políticas, sociales, económicas, culturales y culturales. Es, sin duda,

45. V., *Federalismo en Colombia pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, *Un Ejemplo del Federalismo en Antioquia: La Presidencia de Pedro Justo Berio*, MEJIA VELILLA, David, pp. 197 y ss.

46. *Ibidem.*, *La Égida del Centralismo en Colombia*, MORELLI Sandra, edit., Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp. 113 ss. En un juicioso estudio, la articulista hace un análisis de las diferentes constituciones federales y demuestra como al interior de los Estados federados se reprodujo el esquema centralista.

la más pluralista de la historia colombiana y en la cual tuvieron asiento guerrilleros amnistiados, diversas tendencias religiosas, indígenas y en fin toda la gama representativa de la sociedad Colombiana. Fue el producto de un sentimiento nacional que, a diferencia de las anteriores constituciones, no buscaba elaborarla después de la guerra, sino, por el contrario, evitar a través de ese mecanismo jurídico la confrontación.

5. Breve conclusión histórica

Como se puede observar, a lo largo de la historia de Colombia, la paz ha sido, salvo en cortos periodos, un elemento extraño a nuestro desarrollo institucional, esquiva a los intereses de los Colombianos, no tanto por efecto de las formas de organización territorial y política que se hayan implementado sino en virtud de problemas sociales mucho más complejos que no fueron resueltos desde el inicio de nuestra independencia y que produjeron la injusticia social que hoy vivimos. No es del caso achacarle un determinado periodo de violencia al sistema federalista, ello no es exacto, la calentura no está en las sábanas sino en las cobijas, dice un dicho nuestro. Insisto, el caos es producto de un Estado que aún hoy no ha sido capaz de erigirse como Nación, que no encuentra su identidad y que se ha acostumbrado a vivir en medio de la violencia. Se trata, en consecuencia, de aprovechar el potencial creativo que se haya inmerso en cada uno de los Colombianos con el fin de proyectar un Estado Nación a muchos años, dejando de lado el afán inmediatista que también nos identifica.

6. Propuestas federalistas para Colombia

A lo largo de muchos años y especialmente en los últimos tiempos se viene dando en Colombia una reflexión, sobre todo doctrinaria y académica, respecto a la urgente necesidad de cambiar nuestro sistema territorial, dándole mucha más capacidad de verdadera decisión a las entidades territoriales y, sobre todo, planteando que el proceso que se inició con la elección popular de alcaldes y que culmina con la Constitución de 1991 ha madurado nuestro espíritu autonómico y ha demostrado que él sigue latente en gran parte de la población. Diversas reflexiones y proyectos se han presentado, las cuales plantearemos, muy brevemente, con el fin de dar una idea de lo que se esta pensando a nivel del tema que nos ocupa.

En principio, se ha expresado que la Constitución de 1991 estableció lo que se ha denominado por parte del Dr. Carlos Restrepo Piedrahita, *un germen de federalismo*. A lo largo de muchos de sus artículos, se regula una especie de autonomía la cual se refleja en la asignación de competencias legislativas a las entidades territoriales para regular funciones propias tanto a los municipios como a los departamentos, a las regiones y a las comunidades indígenas y que según el comentario del Dr. Augusto Hernández Becerra⁴⁷ podrían sintetizarse en los siguientes artículos constitucionales:

Artículo 151. Se le asigna al Congreso la obligación de expedir leyes orgánicas, entre otras, para lo que tiene que ver con lo relativo a la asignación de competencias normativas de las entidades territoriales.

47. *Ibidem*. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *El Fermento Federalista en la Constitución de Colombia*, pp. 160 y ss.

Artículo 288. Le asignaba a la ley orgánica de ordenamiento territorial el establecimiento de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Artículo 298. Establece que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y que ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios.

Artículo 305. Se faculta a los gobernadores para revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y, por motivos de constitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para decidir sobre su validez.

En materia de naturaleza política la Constitución estableció la elección popular de las comunidades locales y seccionales: asambleas departamentales, gobernadores, concejos municipales, alcaldes, ediles para integrar las juntas administradoras locales (arts.299, 303, 312, 314 y 318, respectivamente).

Estableció, así mismo, garantías de naturaleza económica en el título XII en los arts. 294, 356, 362, 317, 356, 357.

En materia normativa hizo lo propio en los artículos 300, 313 numerales 7 y 9.

Igualmente, le reconoce la Constitución una serie de derechos a las entidades territoriales en el art. 287.

Así mismo, expresa el Dr. Hernández, a través de los mecanismos de participación ciudadana regulados en los arts. 40, 103 y siguientes y desarrollados por la ley 134 de 1994 se le da una verdadera garantía institucional a la autonomía local. Si bien es cierto es una ley timorata e insípida, ya que fue tacaña en la posibilidad de haber regulado mecanismos muchos más acordes con la realidad municipal del país⁴⁸.

A manera de conclusión, plantea el autor precitado, “La descentralización territorial en Colombia ya no es un concepto de naturaleza estrictamente administrativa, es decir, no se mantiene dentro de la órbita del Estado unitario, porque presenta algunas características que son propias del principio federal: el tipo de descentralización que plantea la Carta Política de 1991 ha quebrantado el principio de jerarquía entre los distintos niveles territoriales; la autonomía de las entidades territoriales, a más de haber adquirido un carácter político y contar con sustentación financiera apreciable, está acompañada de significativas garantías institucionales. Todo ello indica que la descentralización ha saltado la barrera del Estado unitario para ingresar al área de influencia del federal”.

Está presenta un fermento federal en la Constitución política de 1991. Ese fermento o “cuerpo orgánico susceptible de actuar sobre el medio que lo produce y capaz de transformar ciertas sustancias en determinadas condiciones de temperatura y de presión”, como rezan los textos de bioquímica, está constituido por unos residuos del principio federal dispersos en el organismo constitucional. Algunos de estos residuos son pervivencia de periodos constitucionales anteriores. Otros fueron inoculados en la reforma constitucional de 1991.

Como ocurre con todos los fermentos, para que actúen adecuadamente existe un nivel mínimo de energía de activación. Sus efectos catalizadores pueden ser estimulados por ciertos elementos y, aún cuando son muy activos inclusive en pequeñas dosis, son muy vulnerables a condiciones ambientales adversas, y pueden por tanto ser inhibidos, limitados, revertidos o incluso anulados.

48. V., LONDOÑO Jorge y otros, *Constitucionalismo Participación y Democracia*, Uniboyacá, edit Ethos, Tunja 1997, pp. 131 y ss.

De otra parte, es del caso comentar los proyectos mas interesantes de Constitución federal que se han diseñado por parte del Dr. Rodrigo Rivera, del ex Constituyente Jaime Castro y del centro de estudios Quirama del departamento de Antioquia. Sustancialmente, todas y cada una de las precitadas propuestas coinciden en que el modelo de organización territorial centralista y unitario se agotó y que por lo tanto se hace necesario buscar nuevas opciones que hagan posible una forma de organización territorial más acorde con los requerimientos de la sociedad Colombiana contemporánea.

En cuanto al *primer proyecto*, se propone una estructura federal que se concibe *como visión a largo plazo* y el cual admite la existencia de un gobierno central fuerte pero pequeño, que cumpla las funciones estrictamente necesarias para desarrollar la función de asegurar la unidad de la nación, para ello el gobierno nacional deberá ocuparse de competencias como: la defensa nacional, el manejo macroeconómico, las relaciones internacionales, la responsabilidad de enfrentar el crimen organizado, el apoyo a los departamentos mas atrasados sin menoscabo de su libertad y la defensa de los valores básicos de la Constitución, tales como la democracia, el respeto por los derechos fundamentales del hombre y la preservación del medio ambiente. Por su parte, continua el autor, los departamentos gozaran de la cláusula general de competencia. Es decir, tendrán la libertad de ocuparse de cualquier otro asunto con la condición de que respeten las funciones que taxativamente le asigne la Constitución al gobierno central. De esta forma cada uno de ellos podrá tener soberanía fiscal y funcional. El éxito de la anterior propuesta radicaría en la clase y cantidad de funciones, que se le reserven al poder central y en las prohibiciones expresas que se le impongan a los departamentos, los cuales se convertirían en estados soberanos y en vez de tener un solo centro de poder se tendrían 34.

El gobierno central solo tendrá para el financiamiento de sus funciones determinados y precisos tributos, en tanto que los departamentos podrán vivir de los que correspondan a las fortalezas de su economía, de tal forma que se evitaría la imposición que se ha diseñado de que todos y cada uno de los departamentos deben vivir de los impuestos que una ley estableció para todos y cada uno de ellos sin tener en cuenta las diversas y precisas circunstancias que los rodean. Los gobernadores deben dedicarse a gobernar y no a suplicar al gobierno central para que solucionen los problemas que los aquejan.

Colombia es un país rico y, por lo tanto, todas y cada una de las regiones tendrá la capacidad de subsistir de acuerdo a su ingenio y a la ubicación de sus fortalezas, tal y como ha sucedido en el esquema Norteamericano. Lo que realmente define la condición centralista o federal de un estado, opina el autor, es la precisión de la órbita de competencia y las responsabilidades de cada nivel territorial. El modelo federal consiste en un pacto político entre personas y no entre estados y por eso, lejos de desintegrar la unidad nacional, lo que hace es reafirmarla reconociendo jurídicamente las diferencias que cualquier conjunto posee.

Al final de su propuesta el Dr. Rodrigo Rivera hace una breve descripción del sistema autonómico español⁴⁹.

El *segundo proyecto* se enmarca dentro de la propuesta del ex-constituyente Jaime Castro, quien lideró el proceso de descentralización en Colombia que llevó a los municipios a adquirir una verdadera autonomía política y una autarquía en diferentes temas de la administración de esos entes. Sustancialmente, se plantea que somos un país de regiones desde el punto de vista cultural, económico y social. Se trata, en consecuencia,

49. RIVERA Rodrigo, *Hacia un Nuevo Federalismo para Colombia*, edit. Oveja negra, Bogotá 2001.

de aprovechar esta realidad con el fin de hacer de ellas entidades territoriales autónomas que tengan derecho a un espacio en la organización político- institucional del país.

Según el autor, los elementos básicos de ese sistema de organización serían los siguientes: El sociológico, que expresa la *geografía política* del respectivo país y que se deriva de una identidad social y cultural que crea lazos de pertenencia y solidaridad en la comunidad. Al anterior debe agregarse uno de carácter geográfico, es decir, el elemento territorial en donde tiene asiento la comunidad. Las atribuciones más importantes de las regiones, continua el profesor Castro, serían: *participar en el ejercicio de la función constituyente*, excepcionalmente, cuando el Congreso reforme la Constitución en lo que tenga que ver con el reparto de competencias y recursos, entre el Estado Central y las entidades territoriales. La mayoría de las dos terceras partes de las regiones tendrían que aprobarla, de acuerdo al pacto constitucional que se debe celebrar entre esas dos instancias. *Ejercer funciones legislativas*, al igual que la anterior, sería una función de carácter normativo en cuanto que se les permitiría que en determinadas y precisas materias, expidieran leyes y reformaran las que hubiera dictado el Congreso. Formalmente, las regiones no expedirían leyes sino normas con fuerza de ley, es decir textos que tendrían sustancia legislativa. Así mismo, las regiones tendrían iniciativa legislativa para los asuntos relacionados con su organización y funcionamiento la de los municipios. *Funciones reglamentarias* de las leyes marco o cuadro cuya aplicación llegare a exigir la presencia de textos que deban precisar su contenido y alcance con el fin de facilitar su ejecución. Como ejemplo, bastante novedoso y creativo por cierto, cita el Dr. Castro el caso de los horarios de jornadas de trabajo dependiendo de la región. De otra parte, las regiones deberán *promover el crecimiento económico* procurando estimular la inversión privada y regionalizando los planes de desarrollo. Igualmente deberán *proteger y conservar los recursos naturales*, en virtud de lo cual se podría pensar en la desaparición de algunas de las Corporaciones Autónomas Regionales para que pasaran a ser competencias de las regiones. Como *Agentes del desarrollo local* las regiones deberán promover el fortalecimiento de sus entidades territoriales a través de apoyo técnico, administrativo y financiero. El Dr. Jaime Castro le asigna otras funciones a las regiones de carácter policivo y de destinatarias de funciones nacionales. Finalmente, las regiones no deben ejecutar obras ni prestar servicios, únicamente son entidades normativas y promotoras de grandes proyectos -entidades planeadoras-, ya que la primera función estaría a cargo de los municipios, asociaciones de municipios, ciudades, organizaciones sociales y comunidades organizadas. Y no debe ser de otra manera, ya que si se le otorga esa posibilidad a las Regiones se estaría regresando al viejo esquema centralista departamental.

En cuanto a cuál sería la capital, el tratadista plantea que esto no genera ningún inconveniente, ya que ella se desplazaría a los diferentes centros que podrían ser administrativos, económicos e incluso universitarios es decir, quien ostente la capital no es un problema insalvable, pues existirían tantos centros de diverso poder que el burocrático sería el menos importante. Para terminar este atrevido resumen, se propone que las fuentes de financiación sean: el producto de los impuestos que se recauden, que son los mismos que hoy cobran los departamentos y los nuevos que se establezcan en el Congreso; los recursos que les asigne el Fondo nacional de Regalías (artículo. 307 C.P) y el valor de las transferencias que se reciban del poder central, cuyo monto se hará de acuerdo al reparto que se haga entre la Nación, las Regiones y las Entidades Locales⁵⁰.

50. CASTRO, Jaime, *La Cuestión Territorial*, edit. Oveja Negra, Bogotá 2002.

El *tercer proyecto* se elaboró por parte del *Grupo de Estudios Constitucionales de Quirama*. Su propuesta es sustancialmente federalista y de entrada le da capacidad legislativa a los entes territoriales federados, es decir, se traslada la cláusula general de competencia legislativa a los estados partes de la federación. En el prólogo se hace una defensa histórica del sistema federal y se trae a colación el gobierno del General Pedro Justo Berrío en Antioquia. De otra parte, se insiste en el hecho de que la Constitución de 1863 no instauró un verdadero régimen federalista sino más bien una especie de confederación. Así mismo, se plantea que el unitarismo en Colombia es sinónimo de centralismo no sólo de la capital de Colombia sino de los departamentos en relación con los municipios y de estos con las cabeceras municipales y estas a su vez con los corregimientos y veredas. Se reflexiona respecto al hecho de que nada contribuye más a la unidad que el hecho de poder obrar en forma concordante con las identidades sin que ello implique la separación del todo unitario. Es mejor que los gobiernos actúen de acuerdo con sus particulares criterios que tratar de forzarlos a adoptar las formulas no concordantes con sus idiosincrasias. El Grupo de Estudios plantea que la forma federal que se propone es la moderna no radical y a la *colombiana*.

En lo que tiene que ver con el número de estados existen dos posiciones; la primera propone que los estados región serán en un número no superior a 10 que serán determinados por una Comisión Especial Art. 74 del proyecto). Para el Dr. Jorge Rodríguez Arbeláez- Rector del Colegio de Altos estudios de Quirama y Coordinador Grupo de Estudios Constitucionales- deberían existir 22 Estados más el Orinoco y el Amazonas para un total de 24.

Los fundamentos básicos de la organización territorial, sustancialmente, serían los siguientes: *ponderación de la soberanía y poder de decisión*. Cada una de las personas es titular de una Soberanía Ponderada. Es decir, el estado es uno solo, pero todas las entidades territoriales que lo conforman poseen una soberanía ponderada que se traduce en competencias, funciones y recursos propios. Esa ponderación, continúan los proponentes, es lo que hace que el Estado siendo uno solo, el Gobierno Municipal sea personero del Estado y así también los gobiernos departamentales, distritales, de las entidades indígenas y de los futuros Gobiernos Regionales y Provinciales, al proceder todos ellos, a la par con el Gobierno Nacional, del mismo linaje político. *Autonomía territorial*. Bajo la propuesta que se presenta de Estado- Nación no se circunscribiría al Gobierno central, sino que existiría un Estado- Departamento, o un Estado- Distrito, o un Estado- Municipio; así no se podría hablar de vacío o ausencia del estado en el gobierno seccional o en el gobierno local.

El proyecto de Constitución federal pretende asegurar el equitativo y equilibrado reparto del poder entre las entidades territoriales y el Estado-Nación Federal. La persona humana, como sujeto de valores éticos y estéticos, es centro y base de toda la construcción federal del poder público; la primera encarnación del pueblo. Este, dotado de autonomía, identidad, dignidad y poder a su vez, conforma comunidades, la primera de las cuales es la familia, y en orden ascendente las veredas y los corregimientos, los barrios y las comunas, el municipio y los estados- región. Todos ellos como personeros de la voluntad popular ejercen el poder del Estado por medio de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Control, cada uno asistido de soberanía ponderada y con autonomía. La primera de ellas se expresaría en la significación que se le da al vocablo ley, al insistir en que ella comprenderá la ley estadual y la ley municipal.

En lo que tiene que ver con los ingresos, corresponderían a los Municipios: Todos los impuestos que gravaren la propiedad inmueble; un porcentaje del valor agregado, dis-

tribuido proporcionalmente de acuerdo con la población de cada municipio; los provenientes de bienes, obras y servicios del Municipio; un porcentaje de los ingresos fiscales que graven la explotación del subsuelo dentro de su jurisdicción; las rentas contractuales y la plusvalía, que será reglamentada por ley estatal estatutaria. A los Estados- Región correspondería: un porcentaje del impuesto al valor agregado, en proporción a la población de cada Estado región; todos los ingresos o contribuciones provenientes de bienes, obras y servicios del Estado-región y un porcentaje de los ingresos fiscales que graven la explotación del subsuelo dentro de su jurisdicción. Al Estado- Nación Federal corresponderían los ingresos provenientes de los impuestos de renta y complementarios, aduanas, timbre, donaciones, petróleo y sus derivados y los demás que la ley estadual les asigne, sin perjuicio de las rentas y bienes de los municipios y de los estados región. De igual manera se establece que exista un Fondo de Compensación, el cual estaría compuesto por: un porcentaje de los impuestos al valor agregado, de renta y complementarios, de los ingresos fiscales provenientes de la explotación del subsuelo, los baldíos, minas y salinas y de los ingresos por impuestos de los estados federados. Con un porcentaje de ese capital, se organizaría un Fondo Acumulativo que prestaría ayuda a las Zonas afectadas por calamidades públicas.

La competencia general para legislar pertenece a los estados región en la medida en que la Constitución no confiera poderes legislativos a los Municipios y al Estado Nación Federal, el cual tendría competencia sobre las siguientes materias:

- La regulación del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución.
- Lo relativo a la nacionalidad, inmigración, emigración y derecho de asilo.
- La regulación de la administración de justicia.
- La defensa nacional.
- Las relaciones internacionales, salvo las que en la Constitución, se le asignen al Estado región.
- La dirección general de la economía.
- La hacienda pública.
- El régimen monetario.
- Pesas y medidas, así como las divisiones del tiempo.
- El comercio exterior, salvo la competencia del Estado región.
- La estructura del estado Nación Federal.
- El régimen electoral.
- Los ferrocarriles, la navegación aérea y marítima y el transporte interestatal.
- La ejecución de obras públicas de interés nacional.
- El régimen de correos, telecomunicaciones, ondas eléctricas y el espectro electromagnético.
- La regulación de los bienes de uso público y fiscales, del estado Nación Federal.
- La de expedir códigos en todas las ramas de la legislación y los principios básicos de protección del medio ambiente y salud pública y la regulación, por ley estatutaria federal, de la Educación.

Finalmente, a lo largo de los 263 artículos que se establecen en el proyecto de Constitución se habla, entre otros temas: de los deberes y derechos, de los derechos de la persona como sujeto de derecho público y de sus mecanismos de protección, de la vereda,

del corregimiento y de la comuna, del municipio en el cual se establece el Alcalde y el Vicealcalde, de los estados región en donde se crea la figura del Vicegobernador, de la finalidad social del estado y de los servicios públicos, del Congreso Federal, el cual estaría integrado por tres senadores por cada Región y una Cámara que se compondría de dos Representantes por cada Estado región y uno más por cada quinientos mil habitantes o fracción no inferior a doscientos cincuenta mil, que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil; del Presidente de la República; del Vicepresidente; de la función pública y de la función administrativa; de los estados de excepción, los cuales pueden ser promovidos por el presidente o por los gobernadores; del poder electoral; del poder de control; del régimen económico y de la hacienda pública; de la Banca central y de la Reforma Constitucional⁵¹.

V. UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA-

Concepto. La tolerancia constituye un grado preparatorio del principio de libertad, un ámbito de permisibilidad o por lo menos de inmunidad frente a las escogencias personales. Históricamente se entendió como una gracia que era concedida por quien ostentaba el poder a sus súbditos, hoy no cabe la menor duda que se trata de un derecho. Ella hace necesario que el estado le asegure a sus habitantes la posibilidad de practicar la religión, la ideología política y las creencias que a bien tenga, de tal forma que asegure el desarrollo libre y armonioso de cada una de las personas que la conforman. El principio de tolerancia se afirmó plenamente en el siglo XVIII con el iluminismo y el racionalismo y en el siglo siguiente fue un componente esencial de la teoría liberal. Contemporáneamente es una de las virtudes de las democracias pluralistas y por lo tanto debe concretarse con una práctica liberante que tenga en cuenta al individuo como fin esencial y parte fundante del estado. Desde el ámbito de la tolerancia netamente política se podría plantear la definición de Trutz Rendtorff, citada por Iring Fetscher⁵², y el cual expresa que: “la Tolerancia política es la expresión de la responsabilidad en lo referente a la autonomía política del ciudadano, en una democracia, con respecto a las mayorías y a las minorías. Por eso la tolerancia es un criterio ético para determinar la capacidad de tradición de la actividad política”.

Es importante, en todo caso, entender que dentro de un estado viven y deben convivir diversas tendencias culturales, religiosas, políticas, geográficas, que debe protegerse y respetarse. Las diferentes concepciones de la vida son una necesidad para el desarrollo, solo en la contradicción de conceptos se puede desarrollar. De ahí, que en a nivel territorial debe ser una obligación darle protección a todas y cada una de las anteriores expresiones con el fin de procurarles todo lo que sea posible para su crecimiento. Los entes territoriales son como las personas, necesitan de su libre desarrollo, de encontrar su camino y de vivir auténticamente de acuerdo a sus principios, sus valores, a su manera de ser, en consecuencia, existen dos caminos: o el poder central los dirige, fija sus reglas, sus maneras de ser y pensar, su actuación y los límites que según ese centro no

51. Quirama, Colegio Altos Estudios, Grupo de Estudios Constitucionales, Anteproyecto Constitución Federal para Colombia, edit. Cámara de Representantes- Imprenta Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá 1999.

52. FETSCHER Iring, *La Tolerancia -una pequeña virtud imprescindible para la democracia-*, edit., Gedisa, Barcelona 1994, p. 137.

debe traspasar o, por el contrario, les da la posibilidad de que encuentren su futuro a su manera. No olvidemos que las entidades territoriales están conformadas y formadas por seres humanos, por hombres y mujeres de carne y hueso que son quienes le dan su identidad y su razón de ser. Con razón el autor precitado⁵³ cita al historiador suizo Werner Kaeggi quien describe el federalismo como forma de tolerancia de las minorías, ya que él *posibilita la convivencia de las minorías en libertad*. El federalismo, suizo y en el fondo todo estado de estructura federalista, “se basa en la tolerancia de la mayoría con respecto a las minorías diferentes y en el mutuo respeto de las distintas minorías entre sí”. No se trata sólo de la yuxtaposición de la coexistencia, sino de la colaboración de la comunidad federada. Además, la minoría no está protegida por un estatuto especial, sino por el derecho general del orden federativo. Por eso, pudo decir Philipp Von Segesser (un político suizo e historiador del derecho) que: “en realidad, somos una multitud de minorías que encuentran en el principio federativo la garantía contra la opresión”. Al ofrecer la tolerancia para con las minorías y proteger sus derechos, el orden federativo modera, de sana manera, el absolutismo democrático del principio de la mayoría.

La protección de las minorías en el federalismo suizo, continua el autor, se pone de manifiesto como peculiar claridad en el principio de la democracia de concordancia, es decir, en que, en lo posible, todos los partidos forman parte del gobierno y, sobre todo, en que sus miembros se turnan (en un procedimiento de rotación) para desempeñar la presidencia. Esto trae como resultado un marcado impulso al compromiso, que permite tener en cuenta los intereses de las minorías, que en otras acciones son derrotadas en las urnas. Por supuesto, esta forma de democracia también tiene sus puntos débiles. Se presta de modo excelente para evitar que una minoría étnica- o, como ocurre en Suiza, una de las pequeñas comunidades culturales e idiomáticas- se mantenga apartada de la responsabilidad política; pero- aplicada a los partidos políticos- evita la alternancia de mayoría y minoría, con lo cual reduce la influencia de los votantes sobre la marcha de la política.

VI. CONCLUSIONES

Primera:

El mundo de hoy es, obviamente, muy diferente al de hace pocos años diversos, e importantes fenómenos se han producido y han llegado a influenciar a todas y cada una de las partes del planeta; de ahí que no puedan ser desconocidos para la toma de cualquier decisión. Es lo que el Dr. Alvaro Orlando Pérez⁵⁴, Magistrado de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha denominado *los problemas y perplejidades del mundo actual* y los cuales hacen que hoy por hoy no pueda actuarse de la manera en que lo venimos haciendo, pensando únicamente en el entorno mediato, es necesario proyectar regiones que se expandan por todo el mundo y que adquieran una conciencia universal, dejando de lado la cultura parroquial que hoy permea a la mayoría de departamentos. Si bien es cierto el autor circunscribe dicha reflexión al ámbito del derecho penal, no lo es menos

53. *Ibidem*, p. 141-142.

54. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando, *Introducción al Derecho Penal*, Edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002, p. 21 y ss.

que es aplicable a otras ramas, todas diría yo, de la ciencia jurídica. Dichos problemas y perplejidades del mundo actual, más destacados, serían:

A) *La globalización*. Dicha expresión, plantea el Magistrado, hace relación a la generalización, mundialización y universalización. A propósito trae a colación la noción de Daniel Bell, según el cual la nación se hace demasiado pequeña para solucionar los grandes problemas y demasiado grande para arreglar los pequeños. Irónicamente el proceso de globalización ha producido el despertar de procesos locales que buscan afirmar su identidad y autonomía con el fin de conservar dentro de ese macromundo su realidad particular, regional. Lo íntimo, lo propio, es lo que se ha denominado los procesos de globalización y a los cuales nos referimos en otro escrito⁵⁵.

B) *El caos*. A propósito se recuerda que el universo nació de una explosión y que al comienzo era el caos, no se discute en la actualidad, plantea el Dr. Pérez que el mundo es caótico y no ordenado, tanto que inclusive se habla de la disciplina que estudia las leyes del caos y que se denomina *caología*, la que se podría denominar como la que estudia la confusión, el desconcierto, el desorden, la desorganización, el enredo, la perturbación, la incoherencia. A partir de los anteriores planteamientos construye sus leyes: Dicha perplejidad es vital, ya que a allí se encuentran soluciones que de una forma dialéctica producen cambios.

C) *La Posmodernidad*. Nace, en principio, como oposición a la modernidad. En mi opinión es un complemento a ella, ya que trata de desconstruir para construir, como lo diría Lyotard. Es una revisión a los planteamientos cartesianos que inscriben dentro de una absoluta rigidez el mundo, es un replanteamiento a los postulados eurocentristas que procuran hacernos ver la realidad desde su propia óptica, desde sus particulares circunstancias; es una revisión al intento de universalización del conocimiento con el fin de dar cabida a diversas e interesantes concepciones particulares de la vida, no es la relativización del pensamiento, es el reconocimiento de los diversos pensamientos. A propósito es importante transcribir la cita de André Jean Arnaud, que trae a colación el Profesor Pérez: “Al abogar por un paradigma de la posmodernidad, hacen hincapié en el debilitamiento del Estado, en el retorno de la sociedad civil, en la atención que se presta a los movimientos sociales, en la necesidad de pensar el derecho mas allá de la dicotomía Estado/sociedad-civil, -todos rasgos específicos del proceso de globalización-. Insisten en el vínculo dialéctico necesario entre el pensamiento jurídico y la práctica, y rechazan las categorías disciplinares tradicionales”. El federalismo es, de esta manera, una forma reconstrucción de las particulares realidades a partir del reconocimiento de microrealidades.

D) *La Razonabilidad*. Entendida como criterio tiene que ver con la prevalencia de la objetividad sobre la subjetividad; con las finalidades legítimas, mas allá de las puramente lógicas, formales o legales; con la coherencia externa, es decir, entre los principios constitucionales y los hechos; con la lógica de lo humano.

E) *El riesgo*. El autor trae a colación el pensamiento de Jacobo López: “Se afirma que nos encontramos en una *sociedad de riesgos* y, por tanto, es preciso globalizarlos buscando vías de respuesta que se refieran al fenómeno con una mayor eficacia, pero siempre utilizando una óptica muy general”.

F) *La anomia*. Concebida como ausencia de leyes, es importante y positiva pues se cumple cuando caen las reglas que se han perpetuado por la imposición de cualquier

55. LONDOÑO, Jorge y otros, *La Globalización del Derecho y su Incidencia en la Sociedad Contemporánea*, Edit. Uniboyacá, CIPADE, Tunja 2001, pp. 161 ss.

clase de dogmatismo. En este sentido no sería descabellado referirnos a la anomia centralista.

G) *La complejidad*. Al decir de Morin, traído a cuento por el Profesor del Externado: “...el pensamiento complejo no es el pensamiento omnisciente. Por el contrario, es el pensamiento que sabe que siempre es local, ubicado en un tiempo y en un momento. El pensamiento complejo no es el pensamiento completo; por el contrario, sabe de antemano que siempre hay incertidumbre. Por eso mismo escapa al dogmatismo arrogante que reina en los pensamientos no complejos.... Debemos aprender a vivir con la incertidumbre y no, como nos han querido enseñar desde hace milenios, a hacer cualquier cosa para evitar la incertidumbre. Por su puesto que es bueno tener certeza, pero si es una falsa certeza eso es muy malo”.

H) *Crisis*. En Teoría del poder es la incapacidad de un orden político para generar entre sus ciudadanos el nivel de implicación y compromiso suficiente para que pueda gobernar de forma adecuada (crisis de legitimación).

I) *La Ecosofía*. El medio ambiente social implica la utilización de prácticas dirigidas a modificar o a reinventar formas de ser, en los terrenos de la pareja, la familia, del urbanismo, del trabajo etc.

J) *El Azar*. Entendido en el sentido que lo planteó Nietzsche, en cuanto que es indudable que desde el momento de la concepción somos producto del quizá. Sin embargo, “...La tendencia actual, entonces, es la desdibujar el concepto azar en pro de la probabilística para concluir que el conocimiento de lo real es siempre aproximado”.

K) *La Hermenéutica*. En palabras de E. Betti., citado por el autor, lo trascendental de ella es el carácter general, objetivo y pasible de controlabilidad del proceso de interpretación, así como la autonomía del texto interpretado, desprendida de toda connotación subjetivista.

L) *La Desconstrucción*. “... se refiere a la lectura que apunta a la descentralización, es decir, a desenmascarar la naturaleza controvertible de todo centro, entendido por tal una Idea, un Origen, una Verdad, una Forma Ideal, un Punto Fijo, un Móvil Inmóvil, una Esencia, un Dios, una Presencia, etc, voces que suelen ser escritas con *mayúscula y que garantiza todo significado*”. En el mismo sentido se refiere Jean Francois Lyotar, cuando plantea que la precitada perplejidad es necesaria para construir.

M) *Pluriculturalismo*. “...en la actualidad la mayoría de los países son culturalmente diversos, que los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos y que, al contrario de lo que se suele suponer, son bien escasos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico nacional”. Lo anterior presupone la existencia de un elemento que sea capaz de catalizar las diferentes y diversas formas de existencia, una herramienta que evite la xenofobia y la exclusión, que entienda la posibilidad de la diversidad dentro de un mundo en el que se pueda vivir y convivir, ella, sin duda, es la Tolerancia.

Todos los problemas y perplejidades traídos a colación por el Magistrado Alvaro Pérez, hacen necesario que pensemos y desarrollemos una nueva forma de organización territorial que tenga en cuenta los anteriores aspectos; que reivindique el reconocimiento de las diversas realidades sociales, culturales y aún geográficas; que entienda la actualidad de un mundo globalizado en el cual se reconozca la globalización con el fin de afrontar el nuevo paradigma de la internacionalización y sobre todo, que sea capaz de crear una mentalidad más universal con el fin de involucrarnos en el mundo; que aban-

dere la tolerancia y, sobre todo, que haga gala de la libertad como expresión fundamental de los diferentes entes territoriales.

Segunda:

Es importante retomar lo establecido en los proyectos federalistas, los cuales son unánimes al plantear que el federalismo más que una forma determinada preestablecida y definida de organización territorial es una opción, una asignación de competencias, es un concepto de autonomía que se inscribe dentro de unos principios federales, tal y como lo plantea el profesor Augusto Hernández. No se trata de copiar un modelo preestablecido sino de crear un sistema federal a la Colombiana, tal y como se expresará por parte del proyecto Quirama y como se aprecia en el proyecto del Dr. Castro, no sin olvidar, insisto, en que lo primordial es dotar a los entes territoriales del país de una verdadera autonomía que les de la posibilidad de desarrollar sus propias fortalezas y que acabe con el excesivo centralismo, político, administrativo, judicial y cultural que hoy existe.

Tercera:

En Colombia no ha existido un verdadero estado federal, lo que sucedió durante la vigencia de la constitución de 1863 fue una especie de confederación⁵⁶. Es más, tal y como lo demuestra la Dra. Sandra Morelli, al interior de los estados se verificó una especie de resistencia en relación con los principios del *home rule* y *self government*. Lo que se prolongó, en cambio, fue la idea centralista,⁵⁷ tanto así que los alcaldes siempre fueron designados por los estados federados, hecho que niega en toda su extensión la idea federalista, que se basa en la autonomía de todos y cada uno de los entes territoriales. No es del caso, por lo tanto, alegar razones históricas para amedrentarse frente a cualquier proposición federalista, entre otras causas porque la sociedad y los conflictos de esa época no son los mismos de hoy, las causas socio-político-económico-religiosas, son diversas y diferenciables. En lo que tiene que ver con el desarrollo de los estados soberanos de 1863 ocurrió el fenómeno que se presentó en España con el desarrollo de las Comunidades Autónomas y que hace relación a la tendencia de copiar la forma de organización de uno de los entes soberanos, de tal manera que no se desarrolló la particular situación local sino que se copió la de una, por lo general de la más importante. Cosa parecida ha ocurrido con los estatutos de policía en nuestro país, la mayoría han sido copiados del de Antioquia.

56. Las diferencias entre federalismo y confederación podrían resumirse en: el sustento jurídico de la confederación es el pacto entre entidades soberanas en tanto que el estado federal se basa en una Constitución producto de la voluntad nacional; b) la confederación no extingue la personalidad y la independencia de los estados miembros por lo que no crea un estado nuevo, en tanto que en el estado federal desaparece o no se concibe la soberanía de los estados miembros; c) en la confederación el gobierno confederado carece de imperium para imponer jurídicamente sus decisiones en tanto que en el estado federal los estados miembros están sujetos a la Constitución; d) en la confederación los estados tienen los derechos de secesión- pueden separarse en cualquier momento-, y nulificación- son dueños de aplicar o no las medidas del gobierno central en su territorio, en el estado federal no existen esas prerrogativas. Sobre el tema de la Comunidad Europea, V., LÓPEZ, Alejandro, *Manual de Derecho Comunitario*, Edit. Abaco, Universidad Austral, Buenos Aires 1996, p. 47.

57. *Ibidem*, p. 128. La tratadista analiza los casos de los estados de: Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander, Tolima y llega a la conclusión que los elementos estructurales fueron los de: generalidad y uniformidad del régimen territorial, división de todo el territorio en municipios; origen electoral de las entidades territoriales; el dualismo entre funciones municipales propias y funciones municipales delegadas; el departamento como circunscripción para la administración del Estado y colectividad local. El Prefecto: representante del poder central y órgano ejecutivo del departamento; y el sistema de controles.

Así mismo, es pertinente destacar la administración del General Pedro Justo Berrio, durante el periodo de 1864-1873, como ejemplo de un gobierno federal bien gestionado a través de la tolerancia, la convocatoria de las diversas fuerzas políticas y sociales y, sobre todo, de una alta dosis de imaginación y de manejo autónomo de los asuntos territoriales. Ese hecho es demostrativo de que ese sistema funciona si se concibe en la forma y con la sustancialidad que él lleva implícito. Al decir de Lucio Levi: “El federalismo es entendido como una doctrina de carácter social global, al igual que el liberalismo o el socialismo, que no se reduce por lo tanto al aspecto institucional sino que lleva consigo una postura autónoma, hacia los valores, la sociedad, el transcurso de la historia....”.

Cuarta

Estamos de acuerdo con lo planteado por los doctores Jaime Castro, Augusto Hernández y el proyecto de Quirama, en lo que tiene que ver con la definición de federalismo. No es posible elaborar una acepción clara de lo que el término significa, cada proceso federalista en las diversas experiencias corresponde a un momento histórico, social, económico, político y aun religioso particular, lo cual hace complicado una definición universal, pero ahí radica la fortaleza del término en que no es globalizante sino que, por el contrario, permite, a través del principio federal, que cada estado elabore su propia teoría federalista. Lo que puede ser benéfico para el desarrollo federalista de un estado puede no serlo para otro, de ahí que es necesario identificar las propias realidades, anhelos, esperanzas, fortalezas y debilidades de cada país para crear, insisto, a partir de unos principios, su propia forma federal. Lo importante es que este principio se desarrolle, se plasme, se aprehenda en cada uno de los habitantes del respectivo estado.

Quinta

Estamos de acuerdo con que la conformación de regiones sea de libre escogencia por parte de los departamentos que se quieran acoger a ella, pero es importante pensar en la repartición de funciones con el fin de evitar el fenómeno que se dio en España durante el periodo de conformación de las Comunidades Autónomas y que el profesor Martín Retortillo⁵⁸ denomina el *efecto imitación* en los siguientes términos: Un sistema establecido en la Constitución, que trato de explicarse, de forma gráfica por demás, señalando que, en definitiva, la autonomía era como *el plato de quesos*: cada uno podía servirse lo que quisiera. Planteamiento manifiestamente disfuncional, cuyas consecuencias, no obstante, habrían de quedar paliadas, en cierto modo, como resultado del efecto imitación que de modo tan notable jugó en el tratamiento competencial a lo largo de todo el proceso de elaboración de los Estatutos. Cada texto, cada proyecto, trataría de recoger *siempre*, además de las que se consideraban como peculiares, todas las funciones y competencias que referían los que habían sido elaborados o presentados con anterioridad. Efecto imitación manifiesto que, en ocasiones, conduciría a propuestas que cabe calificar de grotescas⁵⁹. En cualquier caso, supondría una cierta homogeneización de las competencias de las Comunidades Autonómicas, según los dos grandes grupos de las mismas, aunque las diferencias entre ellas hayan continuado siendo muy notables.

58. *Ibidem*, p. 33.

59. El autor cita el ejemplo del Estatuto de una Comunidad Autónoma que atribuyó la competencia exclusiva en materia de “pesca lacustre” cuando en su territorio no existía ni un lago, o el caso de otras que se establecían competencias marítimas a sabiendas de que ellas no lindaban con el mar, simplemente por que otras Comunidades lo habían establecido.

Sexta

Se debe tener en cuenta la autonomía legislativa como elemento esencial de la nueva organización territorial. Dejar a las regiones la posibilidad de expedir normas condicionadas a leyes de la República es peligroso, si se tiene en cuenta lo que ha ocurrido históricamente con los procesos de descentralización municipal, los cuales se han venido desdibujando a través de recortes de sus ingresos y del desconocimiento, aun por parte de los jueces del contencioso administrativo, de sus derechos⁶⁰. Al contrario, no sería inconveniente para la unidad nacional dejar que las regiones pudieran darse su propia normatividad, máxime si se tiene en cuenta la amplia experiencia que se tiene en cuanto al tema del control constitucional y la arraigada costumbre ciudadana de defensa de la constitución a través de instituciones como la acción pública de nulidad, la excepción de inconstitucionalidad, o de principalidad, las cuales asegurarían una defensa de los principios y compromisos que se establecieron en la Carta Fundamental. A lo largo de la historia de nuestro control constitucional se ha demostrado que este funciona, sobre todo, de una manera democrática y participativa, ya que su carácter es integral, modelo para el desarrollo dogmático de este tema en varios países del mundo. Este aseguraría, insisto, que la unidad nacional establecida en la Constitución se mantuviera incólume. La verdadera autonomía viene de la posibilidad que tienen los entes territoriales de darse su propia ley, lo otro se enmarca, más bien, dentro de un concepto autárquico que limita la verdadera soberanía de la cual habla el proyecto de Quirama.

De otra parte, es necesario discutir con más profundidad el tema de cómo se conformarían las regiones, ya que es de vital importancia. El problema de cuál sería la capital no es sencillo de resolver, pues los centros administrativos departamentales que hoy existen tienen un arraigo no solo histórico sino cultural, que sería difícil de solucionar para departamentos pequeños que quisieran conformar regiones. En este caso se estaría defendiendo la idiosincrasia de los grandes departamentos. No creo que Antioquia, Valle, Santander, Cauca, Boyacá, Tolima o muchos otros departamentos, estuvieran dispuestos a *ceder* su capital a un nuevo ente territorial. Son pequeñeces, estoy de acuerdo, pero a la hora de concretarlas se convierten en grandes obstáculos que pueden dar al traste con la genial idea de federalizar. Por eso me parece que sería interesante estudiar la posibilidad que plantea el Dr. Jorge Rodríguez Arbeláez en el proyecto Quirama, en cuanto que las regiones se conformaran con los actuales departamentos junto con el Orinoco y Amazonas, los cuales no tienen los mismos problemas de historia y regionalismo que los restantes, o que se estudiará la posibilidad de mutar la norma establecida en la Constitución Española (arts. 143-144), y según la cual si la historia o el interés nacional lo reclama, una sola provincia puede erigirse como comunidad autónoma. Podría pensarse en que se hiciera lo propio con los departamentos existentes.

Séptima

Así mismo, es necesario profundizar sobre el régimen de participación. La posibilidad de una existencia no centralizada de partidos es uno de los elementos vitales para el

60. Es bastante ilustrativo el caso de las comunidades de Chiquisa y San Pedro de Iguaque, en el departamento de Boyacá, en donde a pesar de las consultas populares para se ubicara la cabecera municipal en la primera de ellas, por razones de ubicación, de mejores instalaciones locativas para la sede administrativa, y en fin por circunstancias particulares, el Tribunal de lo contencioso Administrativo, en una decisión exegética y radicalmente normativista desconoció la voluntad popular. O mas nefasta aún la suspensión del Gobernador electo de ese departamento en donde el Consejo de Estado, para confrontar, simplemente, dos normas gastó año y medio, en desmedro y franco desconocimiento del artículo constitucional que establece el derecho de los entes territoriales para gobernarse por autoridades propias.

mantenimiento de la no centralización federal. En la actualidad, la política en las pequeñas regiones depende del aval que le puedan dar los partidos y movimientos que se crean en las grandes ciudades coartando, de esta manera, el derecho fundamental a la participación. No es posible exigir una serie de requisitos para la creación de partidos y movimientos como si todos los municipios tuvieran las mismas características.

La ley 134 de 1994 dio al traste con la norma constitucional que buscaba crear una cultura ciudadana a través de los diferentes mecanismos de participación⁶¹ y, por el contrario, produjo un efecto nefasto, ya que lo que se ha dado en el país es una cultura de la no participación, y no es para menos, ya que cuando la ciudadanía participa y no obtiene resultados concretos el efecto es la incredulidad.

Como lo dejábamos ver, el federalismo sólo puede existir cuando hay una considerable tolerancia por la diversidad y una voluntad de utilizar como vía de la acción política la conciliación, aun cuando se disponga de poderes para actuar unilateralmente. El requisito usual de la acción en los sistemas federales es la capacidad para conseguir el consenso mas que el poder de emplear la coerción.

De otra parte, es indudable que de nada servirán las diversas reformas al estado sin la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. La constitución de una verdadera sociedad civil parte de la costumbre participativa, es allí en donde se comienza a construir el verdadero concepto de Nación, a partir de actividad concreta de los habitantes de un territorio. No olvidemos que la aparición del Estado Nacional en los siglos XVI y XVII estimuló la adopción de soluciones federales para los problemas de la unificación nacional.

Octava

Para el buen funcionamiento del sistema federal es necesario un tipo particular de entorno político que sea propicio al gobierno popular y posea las poderosas tradiciones de cooperación política y de autolimitación, ya que ellas mantienen el sistema en donde se minimiza el poder de la coerción. Es importante tener en cuenta que los sistemas federales se desarrollan mejor en aquellas sociedades políticas que poseen recursos humanos para cubrir muchos cargos públicos con personas competentes y recursos naturales en abundancia para permitirse un *cierto despilfarro económico en pago del lujo de la libertad*. En otras palabras, es vital fortalecer las instituciones educativas del estado que se ocupan de los temas de administración del estado (la ESAP en el caso colombiano), para que ellas cumplan con el verdadero fin para la cual fueron creadas, procurando de paso que la politiquería no intervenga en su gestión. Así mismo, es evidente que en el caso colombiano la riqueza natural es inmensa, quizá lo que no es abundante es la ayuda del estado para optimizar los procesos de aprovechamiento y mercadeo de los bienes, de ahí la importancia de la autonomía que se le pueda transferir a las regiones para la gestión de sus asuntos económicos.

61. *Ibidem*, pp. 131 ss. Allí se hace un análisis de la excesiva concepción centralista que tuvo el legislador al expedir la ley que contiene los diferentes mecanismos de participación. Por citar un ejemplo, se regula el cabildo abierto, de tradición histórica en las costumbres políticas Colombianas, y a pesar de que el constituyente no había establecido límites para su capacidad decisoria, se la incluyó el legislador. Además de lo anterior se exigen una serie de requisitos de manera general y uniforme como si todos los municipios fueran iguales. Se plantea, por ejemplo, que para quienes no son promotores de la iniciativa deben presentar con 5 días de anticipación, por escrito, ante la secretaría del Concejo Municipal, sus inquietudes. Imaginémos, por un instante, a un campesino de una región apartada del país, que no sepa leer ni escribir, cumpliendo ese requerimiento.

Novena

Es importante analizar la repartición de competencias jurisdiccionales entre Estado y Regiones. En el caso Regional Italiano dicha asignación se ha reconocido a través de lo que la doctrina italiana ha denominado normas de actuación de los estatutos especiales, es decir, mediante una fuente normativa emanada formalmente del Gobierno⁶² como Decreto Legislativo, y debatida en la Comisión en donde paritariamente tienen asiento representantes del Estado y de las Regiones especiales que puedan tener algún interés. Ni el proyecto Quirama ni en el Dr. Jaime Castro se menciona algo al respecto. No se trata de desvertebrar la organización judicial del país sino de darle mayor eficiencia y eficacia a la justicia la cual, la verdad sea dicha, se ha convertido en un instrumento de violencia, bastante politizado y al servicio de intereses ajenos al verdadero fin de la justicia. El caso que se dio en el Departamento de Boyacá es quizá el más disiente de la situación por la cual atraviesa la justicia colombiana y hace referencia a que el Gobernador elegido popularmente fue denunciado por haber incurrido en una inhabilidad establecida en la Constitución. Sólo se trataba de realizar una confrontación normativa, por parte del Consejo de Estado. Pues bien, en ese simple ejercicio se ha demorado alrededor de año y medio, con las consecuencias nefastas que ha debido vivir el departamento: tres gobernadores en año y medio, cinco secretarios de educación, inestabilidad administrativa y estancamiento financiero y económico, ya que la calidad de encargado de los gobernadores lo único que ha producido es que ellos deban plegarse a los caprichos de los políticos de turno con el fin de que sean mantenidos en su cargo.

Se podría pensar, a manera de ejemplo, en asignarles competencias, para resolver los asuntos administrativos de las Regiones a los jueces administrativos, con una segunda instancia de los respectivos Tribunales Administrativos. No se entiende por qué una simple definición de una inhabilidad deba resolverla el Consejo de estado, cuando es un cuestión que fundamentalmente les interesa a los Departamentos, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución establece⁶³ que los entes territoriales deberán regirse por autoridades propias.

Décimo

Las fórmulas federales han sido utilizadas para conciliar las diversas expresiones minoritarias en lugar de la fuerza. En consecuencia, ellas pueden ser una herramienta eficaz para las posibles negociaciones de paz que tarde o temprano tendrán que darse en Colombia. Como lo hemos observado en reiteradas ocasiones, el territorio, elemento vital del Estado, es una característica sustancial que debe acudir a la solución de conflictos que genere algún perjuicio sobre sus habitantes, no al contrario. La nefasta concepción de que el hombre era un elemento secundario del territorio ha sido superada por los horrorosos hechos que identificaron la modernidad.

La guerra, en términos Kantianos, es el mas grande obstáculo de la moralidad, la eterna enemiga del progreso. Este filosofo es, quizá, el primer gran pensador federalista y su aporte teórico consiste en haber fundado el federalismo sobre una visión autónoma de los valores y del transcurrir histórico. Si, en gracia de discusión, *en el pasado, el federalismo fue motivo de violencia, hoy puede ser un instrumento de paz*. Él define este valor en términos radicalmente nuevos, como expresión de la exigencia de unificar los

62. Dicho decreto es emanado del Presidente, previa deliberación en el Consejo de Ministros.

63. V., artículo de la C.P.

pueblos, que entraron en la escena de la historia con la revolución francesa, creando un gobierno supranacional⁶⁴.

Es indudable, que en la actualidad el concepto de soberanía ha cambiado sustancialmente hasta el punto de que ha adquirido un significado relativo por el condicionamiento de circunstancias no solo externas sino, lo que es mas importante, internas. El proceso de globalización y la imposición de sistemas financieros internacionales le han restado en gran medida autonomía a los países, sobre todo del tercer mundo, y fenómenos de violencia de diferente expresión y naturaleza al interior de nuestro país han condicionado la soberanía de la nación. De otra parte, el territorio, como elemento esencial del Estado, no cumple la misma función que se le asignara en los siglos pasados. Si bien es cierto es una expresión fundamental de aquél, no lo es menos que él debe encontrarse al servicio de sus habitantes y antes que ser objeto de violencia debe contribuir a la construcción de la felicidad de sus habitantes.

En la época medieval y a finales de la modernidad los hombres vivieron grandes guerras tratando de anexas o defender porciones de tierra, la cual era el elemento principal y por el cual se segaron muchas vidas, en otras palabras, el hombre estaba al servicio del territorio. Hoy se hace necesario revisar ese concepto y entender que es lo contrario: el territorio debe estar al servicio del hombre, y así debe ser dentro de los marcos de una Constitución que reivindica el Estado Social de Derecho de acuerdo con una definición antropocéntrica de sus postulados. Si ello es así, la organización federal es el instrumento mas poderoso para *negociar* el conflicto armado que hoy nos corroe. Él puede repartir competencias, reconocer formas particulares de concebir el estado, adjudicar autonomía para que se administre el territorio de acuerdo con precisas concepciones, a cambio de que el monopolio de las armas, por ejemplo, se encuentre en cabeza del Estado Federal.

No creo que exista una más poderosa y eficiente *arma* de negociación que la propuesta federal, en donde a los violentos se les ofrezca, dentro de circunstancias específicas, la probabilidad de gestionar una porción de territorio según su concepción de lo público, dentro de los parámetros de la defensa de los derechos fundamentales, de los principios democráticos y del respeto a las normas que conformarían y formarían el Pacto Constitucional que daría origen a esa forma de organización territorial.

“El federalismo sólo puede existir cuando hay una considerable tolerancia a la diversidad y una voluntad de utilizar como vía de la acción política la conciliación, aun cuando se disponga de poderes para actuar unilateralmente. El requisito usual de la acción en los sistemas federales es la capacidad para conseguir el consenso más que el poder de emplear la coerción”. (Elazar, 1974).

Doce

Como Reflexión final: Si en el pasado el federalismo pudo haber sido la fuente de violencia, hoy, dentro de la inexorable pero dúctil historia, puede y debe ser un eficaz instrumento de paz.

64. *Ibidem*, p. 378.

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL'AMERICA LATINA¹

Eduardo Rozo Acuña
Profesor de la Universidad degli studi di Urbino
Italia

I. REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA

1. Il problema dell'organizzazione e della forma dello Stato si presenta per le colonie ispanoamericane immediatamente dopo l'indipendenza dalla Spagna, agli inizi dell'Ottocento. Per il Brasile e per Cuba il problema si pone molto più tardi per la diversa evoluzione politica che i due paesi hanno avuto. Per gli altri paesi dell'America Latina, si trattava di optare per il modello di organizzazione e la forma di Stato federale, consacrato nella Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787, o per il modello di Stato unitario e accentrato praticato, in quell'epoca, dalla maggior parte degli Stati europei, a cominciare dalla Spagna, dall'Inghilterra e dalla Francia².

Riguardo alla polemica e agli antagonismi fra i difensori e i critici dei due modelli, si possono menzionare due tra i più importanti politici ed ideologi della costruzione dello Stato nazionale in America Latina. Uno dei padri fondatori delle nuove repubbliche sudamericane, Simón Bolívar, spiega, nei suoi scritti politici e costituzionali, il dilemma della scelta e difende la soluzione dello Stato unitario accentrato. Dovendosi costruire i nuovi Stati nazionali, il modello non poteva essere quello federale, che per popoli non abituati alla libertà sarebbe stato il cammino verso la disintegrazione e la perdita definitiva della libertà³. Un altro importante ideologo del nuovo Stato federale dell'Argentina, J. B. Alberdi, in un suo libro, che ha avuto una grande influenza nel subcontinente americano⁴, raccomandava la soluzione federale considerandola inevitabile affinché i fattori che portano all'unità e quelli che conducono alla diversità potessero diventare compatibili, così come la libertà delle province e le prerogative di tutta la nazione.

Nel corso dell'Ottocento, molti capi politici latinoamericani, ricercando soluzioni, furono attratti dal modello nordamericano e si sforzarono per strutturare lo Stato in forma federale, considerandola come l'ordine naturale dei governi civili. Allo stesso tempo, comunque, molti altri leaders politici si opposero a quel modello, considerandolo contrario alla tradizione, alla cultura politica ispano-portoghese, alla stessa religione catto-

1. Relazione presentata al convegno internazionale *Stato e Autonomie. Le regioni nel nuovo titolo V della Costituzione. L'esperienza italiana a confronto con altri paesi*. Università di Urbino, Facoltà di Giurisprudenza, 11-12 aprile 2002.

2. FRIEDRICH, C.J., *The impact of american constitutionalism abroad*, Boston University Press, Boston 1967, p. 55.

3. BOLÍVAR, S., "Discurso de Angostura" in ROZO ACUÑA, E. *Bolívar: pensamiento constitucional*, Uniexternado de Colombia, Bogotá 1983, pp. 108 ss.

4. ALBERDI, J.B., *Las bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires 1852.

lica ma, soprattutto, opposto agli ideali di unità del governo nazionale, dei territori e delle popolazioni appena uscite dal colonialismo europeo⁵.

In tutta l'America Latina, la soluzione del dilemma, Stato federale o Stato unitario, non si ottenne per le vie pacifiche degli accordi politici o secondo la volontà popolare, espressa nelle urne, ma con la lotta armata e la guerra civile. Al riguardo, per menzionare alcune fra le più importanti esperienze, si devono ricordare le lunghe e sanguinose lotte intestine del Venezuela, dell'Argentina e del Messico. In questi paesi la forma repubblicana federale è stata imposta dai federalisti dopo avere vinto sul campo di battaglia la guerra contro i *centralisti*⁶. Allo stesso modo s'impone il modello unitario accentrato in paesi come la Colombia, il Perù e l'America Centrale⁷.

II. EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA

2.- In America Latina i paesi con una forma di Stato federale sono solo quattro: l'Argentina, il Brasile, il Messico e il Venezuela. Nel primo paese, l'Argentina, il federalismo è stato consacrato in forma definitiva con la costituzione del 1853, che ancora oggi è in vigore, sebbene con le diverse riforme avute nel tempo⁸. Il federalismo brasiliano nasce con la Prima Repubblica che promulga la sua prima costituzione nel 1891⁹. Nel Messico la prima costituzione federale è del 1824. Dopo quasi un secolo di guerre le cui conseguenze influivano direttamente sulla forma della Repubblica, sempre pendolare fra la forma accentrata e quella federale, con la costituzione del 1917 si adotta il nuovo e moderno federalismo in forma definitiva¹⁰. Il Venezuela adotta la forma repubblicana federale per la prima volta nel 1811 con la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela*. Questa soluzione è rimasta in vigore solo fino al 1819, giacché la Spagna recupera, dopo la fine dell'impero napoleonico (1815), i territori coloniali. Sotto la direzione di Bolívar, si crea il nuovo Stato della Gran Colombia che adotterà la forma unitaria accentrata fino al suo scioglimento nel 1830. Dopo questa data e fino al 1863, il Venezuela avrà la forma di Stato mista o *central-federalista* che con alcune variazioni rimarrà in vigore fino all'inizio del moderno federalismo che si ha con la costituzione

5. Le lotte fra "centralisti" o "unitaristi" e federalisti nell'Argentina di Juan Manuel ROSAS (1829-1853) e le confrontazioni dello stesso segno, che sono state la causa del fallimento del progetto bolivariano della Gran Colombia (1819-1830), sono due esempi per tutti. V., HARRING, H. *Evolución histórica en América Latina*, Buenos Aires 1972, II, pp. 841 ss.

6. GUIDI, G., *I sistemi a preponderanza presidenziale -Argentina, Messico, Venezuela-*, Rimini, Maggioli, 2000.

7. ROZO ACUÑA, E., "Problemi attuali del ordinamento costituzionale colombiano", in *Diritto e Società*, n° 3-4- 1984, pp. 429 ss.; AA.VV., *Le costituzioni del Centro-America*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 3 ss.

8. ROZO ACUÑA, E., "L'evoluzione politico-costituzionale della Repubblica Argentina", in ROZO ACUÑA, E., e DONATI, G. *Le costituzioni dell'America Latina*, V. I, I Paesi dell'area Mercosur, Senato della Repubblica, Roma 2000, pp. 25 ss.

9. Quando il Portogallo subì l'invasione napoleonica (1807), il principe reggente Giovanni fuggì con la sua corte in Brasile dove rimase fino al 1821; lasciò come reggente il figlio Pietro, che dichiarò l'indipendenza dal Portogallo nel 1822, facendosi incoronare imperatore. Il Brasile rimane come Impero, vale a dire monarchia ereditaria, ma con avanzate forme costituzionali e rappresentative, fino al 1889. V., ROZO ACUÑA, E. e DONATI, G., *Le Costituzioni dell'America Latina*, Senato della Repubblica, Roma 2000, 83 ss.

10. BARRAGAN BARRAGAN, J., *Introducción al federalismo (la formación de los poderes en 1824)* Universidad de Guadalajara, México 1994, pp. 135 y ss.

del 1961¹¹. Alla fine del 1999 il Venezuela promulga una costituzione che contiene profonde riforme politiche e istituzionali, che riguardano principalmente l'organizzazione e la distribuzione dei poteri dello Stato, confermando, però, la sua forma federale¹².

III. EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA

3.- Le Repubbliche unitarie in America Latina rappresentano la gran maggioranza poiché solo quattro Stati hanno scelto la forma federale. L'evoluzione politico-costituzionale dello Stato unitario accentrato in America Latina è segnata dalle stesse caratteristiche di quella dello Stato federale, con la differenza che a vincere le guerre in questo caso sono state le forze a favore dello Stato unitario e accentrato. Un esempio per tutti è dato dall'evoluzione politica della Colombia, che dopo il 1811 e fino al 1886 ha avuto cambiamenti sempre pendolari fra forme di Stato unitarie e forme di Stato accentrate, forme federali e addirittura forme confederali. Infatti, dal 1811 al 1815 la costituzione consacra la Confederazione delle Province Unite della Nuova Granada secondo la quale l'unico obbligo delle Province nei confronti del potere centrale era quello di mantenere un governo popolare, rappresentativo e analogo al governo generale dell'Unione. Dal 1819 al 1830, insieme al Venezuela e con la presidenza di Bolívar, si crea la Repubblica della Gran Colombia, caratterizzata, come già detto, dalla forma di Stato unitario-accentrato.

Nel periodo dal 1830 al 1843, dopo lo scioglimento della Gran Colombia, il nuovo Stato della Nuova Granada passa alla forma federale. Nel periodo dal 1843 al 1858 si organizza una forma mista *central-federale* per passare, poi, alla Confederazione Granadina, che si protrae fino al 1863, quando dopo una sanguinosa guerra civile le forze federali s'impongono e creano gli Stati Uniti della Colombia. Questo Stato federale ha la sua fine dopo la cruenta guerra civile dei *mille giorni*, che porta alla Costituzione del 1886, con cui si stabilisce definitivamente lo Stato unitario accentrato della Repubblica di Colombia, ancora oggi in vigore¹³. Nel 1991 la Colombia ha cambiato completamente la costituzione unitaria e *centralista*, in vigore dal 1886, consacrando nella nuova Costituzione un ampio decentramento e la possibilità di creare lo Stato regionale¹⁴.

IV. IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONOMIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE

4.- In tutta l'America Latina ci sono solo quattro repubbliche federali, avendo il resto dei paesi adottato la forma unitaria. Negli ultimi vent'anni, gli stati federali e gli stati unitari hanno realizzato grandi riforme politiche, cercando formule costituzionali più

11. BREWER-CARÍAS, A., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, "Evolución histórica del Estado", Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 2ª edición corregida y aumentada, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 270 y ss.

12. ROZO ACUÑA, E., "La nuova costituzione del Venezuela del 2000", in *Temi di Diritto Pubblico Comparato (dispensa) L'Asterisco*, Urbino 2001, pp. 297-326.

13. ROZO ACUÑA, E. *Sistema costituzionale colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1982, pp. 24 y ss.

14. ROZO ACUÑA, E., "La nuova costituzione della Colombia", in *Temi di Diritto...*, cit., pp. 327-351.

democratiche di distribuzione di poteri e funzioni tra organi centrali e locali. Si sono create, così, nuove forme di federalismo¹⁵, di Stati unitari decentrati e regionali¹⁶.

In Italia, con le leggi costituzionali n. 1/1999 e n. 3/2001, si è chiuso un lungo e tormentato iter di riforma dello Stato unitario regionale. È interessante, oltre che utile agli studi comparati, mettere a confronto, seppure soltanto nel testo costituzionale, l'esperienza italiana con altre simili dell'America Latina. A questo scopo, è necessario precisare il contenuto delle riforme in Italia, per rilevare in che modo sono cambiate le autonomie regionali e degli altri enti locali nel nuovo titolo V della parte II della Costituzione.

Gli aspetti della riforma italiana, da considerare nella comparazione, possono essere i seguenti: 1) La nuova suddivisione dell'ordinamento. 2) Regioni con autonomia speciale e ordinaria. 3) La distribuzione di poteri fra Stato, regioni ed enti locali. 4) La distribuzione delle funzioni amministrative. 5) L'autonomia fiscale e le norme finanziarie. 6) I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo. 7) Autonomie locali ed obblighi internazionali. 8) Il contenzioso Stato, regioni ed enti locali.

I temi della riforma italiana sono analizzati parallelamente con le esperienze costituzionali di alcuni paesi dell'America Latina: Colombia (1991), Nicaragua (1995) e Paraguay (1992), che sono repubbliche unitarie con marcato decentramento e maggiori autonomie; Perù (1993), repubblica unitaria con alcuni elementi di decentramento; Cile (1980), repubblica unitaria marcatamente accentrata.

1. La suddivisione dell'ordinamento in Italia

Prima della riforma, secondo l'art. 114 della costituzione, era prevista la ripartizione della Repubblica italiana in Regioni, Province e Comuni. Con la riforma, il nuovo art. 114 riconosce che la Repubblica non *si riparte* ma è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. Ancora più importante, lo stesso articolo consacra l'autonomia, i poteri e le funzioni delle prime quattro categorie di enti, secondo i propri statuti ed i principi costituzionali. Inoltre, istituzionalizza la città di Roma come capitale della Repubblica e dispone che il suo ordinamento sarà disciplinato con legge dello Stato.

È da rilevare l'ordine degli enti territoriali costitutivi della Repubblica, che comincia con i Comuni, a conferma dell'importanza dell'ente naturale, più vicino al cittadino. L'ordine precedente era, invece, Regioni, Province e Comuni.

A.- La suddivisione dell'ordinamento in Colombia, secondo la vigente Costituzione, dispone l'organizzazione in forma di Repubblica unitaria ma decentrata e con autonomia dei suoi enti territoriali¹⁷, che sono i Dipartimenti, i Distretti, i Comuni ed i Territo-

15. V., COLOMER VIADEL, A., *El Federalismo y la reforma del Estado en América Latina*; RIVAS QUINTERO, A., "Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino", tutti in COMBELLAS, R. cur., *El nuevo Derecho constitucional latinoamericano*, Ed. Panapo, Caracas 1996, I-273 ss. e I-367 ss. rispettivamente.

16. FERNÁNDEZ, J.C., *Federalismo y descentralización en el constitucionalismo latinoamericano*; LEÓN ÁLVAREZ, M.E., *Federalismo y descentralización*; AA.VV., *Venezuela y Colombia: La descentralización, un tránsito hacia la transformación de la sustentación del Estado*; PICARD DE ORSINI, M., "Consideraciones sobre los problemas de la descentralización en Venezuela y Perú", tutti in COMBELLAS, R. cur., *El nuevo constitucionalismo...*, cit., I-311 ss.

17. Art. 1.

ri degli indigeni¹⁸. Allo stesso tempo la carta prevede la creazione delle regioni, con legge organica e referendum dei cittadini interessati¹⁹, come enti territoriali autonomi. Secondo la Costituzione, le regioni possono essere create ad iniziativa di due o più dipartimenti; hanno il carattere di enti amministrativi e di programmazione, con personalità giuridica, autonomia e patrimonio proprio ai fini dello sviluppo economico e sociale della rispettiva popolazione e del territorio²⁰. È previsto anche che la città di Bogotá, capitale della Repubblica, abbia un proprio statuto, come Distretto Capitale e come Area Metropolitana, e possa diventare regione insieme ad altri enti territoriali a carattere dipartimentale²¹.

B.- La Repubblica del Nicaragua dopo i lunghi anni di guerra civile, affronta la costruzione dello Stato democratico e di diritto con grande sforzo politico e giuridico. Lo dimostra la nuova Costituzione²², aggiornata nel 1995, ed il processo elettorale democratico che ha permesso negli ultimi quinquenni la libera alternanza dei partiti al potere, evitando il ricorso alle armi. Il Nicaragua è uno Stato unitario²³, territorialmente e amministrativamente suddiviso in Dipartimenti, Regioni autonome della Costa Atlantica e Comuni²⁴. Il Comune -Municipio- è dichiarato l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese. Si prevede anche un regime speciale per i popoli indigeni, onde garantire la conservazione delle proprie culture e lingue, religioni e costumi²⁵.

C.- La vigente Costituzione della Repubblica del Paraguay del 1972 adotta la forma di Stato unitario e decentrato. La suddivisione del suo ordinamento prevede i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti. La Città di Asunción è dichiarata Capitale della Repubblica con il carattere di Municipio, indipendente da ogni Dipartimento. Le Regioni sono previste come l'unione di due o più Dipartimenti per lo sviluppo delle loro rispettive comunità, secondo legge dello Stato.

La Costituzione riconosce anche l'esistenza dei popoli indigeni come gruppi di culture anteriori alla formazione ed organizzazione dello Stato, con diritto ad applicare liberamente i loro sistemi di organizzazione politica, giuridica, sociale, economica, culturale e religiosa, nel rispetto dei diritti costituzionali fondamentali. Nei conflitti di giurisdizione prevale il diritto consuetudinario indigeno²⁶.

D.- Alla fine del 1993 la Repubblica del Perú ha promulgato una nuova costituzione che consacra il tradizionale Stato unitario con governo decentrato²⁷. L'ordinamento è

18. Distretti e Territori indigeni sono dei regimi politico-amministrativi speciali dell'organizzazione territoriale, come risposta a peculiari circostanze di spazio e tempo nonché culturali. I primi si applicano particolarmente alle grandi città latinoamericane. Bogotá, come capitale della Repubblica e sede dei poteri nazionali, ha diritto ad una condizione e ad una qualità diverse da quelle delle altre città, anche se per la loro importanza o le caratteristiche socio-economiche sono anch'esse distretti, come nei casi dei distretti turistici e culturali di Cartagena e Santa Marta. I secondi sono la più recente risposta, della maggior parte delle costituzioni latinoamericane, ai diritti, per molto tempo dimenticati e violati, delle comunità indigene. Con quest'organizzazione, i popoli indigeni hanno un trattamento politico, amministrativo e giuridico speciale, che tiene conto delle loro culture, tradizioni, norme, autorità e riconosce le proprie forme di governo.

19. Art. 307. La stessa legge stabilisce le attribuzioni, gli organi e le risorse delle regioni e la loro partecipazione nella gestione delle entrate che provengono dal fondo nazionale delle royalties, nonché i principi per l'adozione dello statuto speciale d'ogni regione.

20. Artt. 286 e 306.

21. Artt. 322 e 325.

22. *Le Costituzioni del Centro-America*, Giuffrè, Milano 2001, 231 ss.

23. Art. 6.

24. Art. 175.

25. Artt. 176 e 181.

26. Artt. 1, 156-57 e 62-63.

27. Art. 43.

suddiviso in Regioni, Dipartimenti, Province, Distretti e Municipi, enti territoriali che secondo la forma costituzionale devono esercitare il “governo unitario in maniera decentrata e deconcentrata”²⁸. Seguendo la comune esperienza latinoamericana, le regioni sono costituite, con lo strumento del referendum, su iniziativa e mandato dei cittadini, che appartengono ad uno o più dipartimenti limitrofi, potendo le province ed i distretti vicini integrarsi o cambiare di circoscrizione. Anche se Lima è dichiarata la capitale della Repubblica, mentre la città del Cusco la sua capitale storica, la costituzione non le riconosce uno statuto speciale. I Municipi delle province e dei distretti sono considerati costituzionalmente gli organi di governo locale, con autonomia politica, economica e amministrativa negli affari di loro competenza²⁹.

E.- Lo Stato del Cile è unitario e politicamente accentrato, come più avanti si dimostrerà. La sua amministrazione è definita decentrata o deconcentrata, per funzioni e territorialmente, conformemente alla legge. Per il governo e l'amministrazione interna, si prevede la suddivisione dell'ordinamento in Regioni, Province e Comuni. A differenza delle altre esperienze del subcontinente il Presidente della Repubblica ha il potere d'iniziativa per la modifica dei limiti delle regioni e per la creazione, modifica e soppressione delle province e comuni, da farsi con legge speciale a quorum qualificato³⁰.

2. Regioni con autonomia ordinaria e speciale

L'ordinamento italiano prevede Regioni ordinarie e Regioni speciali. La riforma non cambia tale distinzione, ma sancisce il bilinguismo per il Trentino/Sud Tirolo e la Valle/Vallée e prevede ulteriori forme di autonomia a tutte le regioni in materia di giudice di pace, livelli di prestazioni per assicurare i diritti sociali, ambiente e beni culturali³¹.

A.- Nessuna costituzione dei paesi latinoamericani in studio prevede la differenza fra Regioni ordinarie e Regioni speciali. Considerando l'allargamento delle autonomie anche alle regioni ordinarie, realizzato con la riforma, il regionalismo differenziato italiano appare in via di superamento, almeno nella carta materiale, considerandosi *intangibile* il principio costituzionale della specialità regionale³². A questo proposito bisogna ricordare che da più di vent'anni³³ si è stabilito che la totalità delle funzioni amministrative, con eccezione di quelle tassativamente dello Stato, spettano a tutte le regioni ed agli enti locali.

Il riconoscimento di più lingue nel territorio dello stato, a parte il castigliano, è una norma comune delle costituzioni latinoamericane. In Colombia si riconoscono le lingue dei popoli indigeni, così come in Nicaragua, in Paraguay e in Perù³⁴.

28. Art. 189.

29. Artt. 190-91.

30. Costituzione del 1980, artt. 3 e 99, secondo gli emendamenti del 1989 e 1991, rispettivamente.

31. Nuovo art. Cost. 116.

32. PALERMO, F., “Il regionalismo differenziato”, in GROPPI, T. e OLIVETTI, M., cur., *La Repubblica delle Autonomie*, Giuffrè, Milano 2001, 54.

33. Legge delega 57/1997 e D. Lgs. 112/1998

34. Il Castigliano è la lingua ufficiale del paese, le lingue e i dialetti dei gruppi etnici sono anche essi ufficiali nei loro territori, vedi art. 10 Cost. colombiana; art. 11 Cost. Nicaragua; art. 140 Cost. Paraguay; artt. 2 n. 19 e 48 Cost. Perù.

3. La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali

La riforma in Italia ha comportato innovazioni importanti in materia di distribuzione di poteri fra Stato e Regioni. Per la prima volta si stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La legislazione esclusiva dello Stato compete in materia di politica estera, immigrazione, difesa, moneta, risparmio e fiscalità erariale, leggi elettorali statali, comunali, provinciali ed europee, ordine pubblico e sicurezza, cittadinanza, stato civile, giustizia, istruzione generale, previdenza sociale, dogane, pesi, misure e informatica, ambiente e beni culturali. Si stabilisce un regime di legislazione concorrente Stato-Regione in materia di rapporti internazionali, commercio estero, istruzione, professioni, ricerca scientifica, sicurezza sul lavoro, sostegno all'innovazione, tutela della salute, protezione civile, grandi infrastrutture, comunicazione, previdenza integrativa, finanza pubblica, casse di risparmio e aziende di credito a carattere locale e credito fondiario e agrario. Per ultimo, la riforma stabilisce la competenza cosiddetta *residuale*, nel senso che, secondo la nuova disciplina, spetta alle Regioni la potestà legislativa su ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato³⁵.

Nella cornice della competenza legislativa *residuale* rivestono particolare importanza alcune materie, perché riguardano, specialmente, l'industria, i trasporti, la viabilità, la formazione professionale, il turismo, l'agricoltura, l'artigianato, l'assistenza, per menzionarne solo alcune. Ancora più importante è la forma con cui è stata redatta questa parte della norma, che impedisce l'eventualità di usare lo strumento dell'interpretazione dei poteri impliciti a favore dello Stato³⁶. Un'altra materia da rilevare è rappresentata dai cosiddetti poteri esteri, che riguardano i trattati internazionali ed il diritto comunitario. Secondo i trattati internazionali, le Regioni possono concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad un altro Stato in materie di loro competenza, nonché provvedere all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali. In base al diritto comunitario, invece, le Regioni dovranno avere dallo Stato le forme per la loro partecipazione diretta e indiretta alla formazione degli atti normativi comunitari.

A.- La Costituzione colombiana, in materia di distribuzione di poteri tra lo Stato e gli enti territoriali, prevede che questi ultimi hanno autonomia per la gestione dei loro interessi, nei limiti della costituzione e della legge, e conseguentemente hanno il diritto all'autogoverno con proprie autorità; ad esercitare le rispettive competenze; ad amministrare le risorse e a stabilire i tributi necessari all'adempimento delle loro funzioni, nonché a partecipare alle entrate nazionali. Nell'esercizio delle competenze territoriali, la costituzione impone il rispetto dei principi di coordinamento, concorrenza e sussidiarietà³⁷. Inoltre, il testo non ha previsto la norma sulle competenze residuali per gli enti locali. Sono determinate in forma generale le competenze proprie e quelle concorrenti, nell'intesa che le competenze residuali appartengono allo Stato, rimanendo così un elemento del vecchio Stato accentrato.

Non sono previsti poteri esteri dei dipartimenti e delle regioni. Si stabilisce, soltanto, che i dipartimenti e i comuni di zone di frontiera possono concordare e portare avanti, direttamente con l'ente limitrofo dello Stato vicino di pari livello, programmi d'integrazione

35. Nuovo art. 117 Cost.

36. ELIA, L., "Introduzione" a GROPPI, T. e OLIVETTI, M. cur., *La repubblica delle autonomie*, cit. 12.

37. Art. 287-88.

e cooperazione, diretti ad incrementare lo sviluppo comunitario, la prestazione dei servizi pubblici e la difesa dell'ambiente³⁸.

La legislazione esclusiva dello Stato comprende tutte le materie menzionate nell'esperienza italiana, rimanendo la competenza residuale a favore dello stesso, come già detto.

Le competenze³⁹ proprie dei Dipartimenti sono le seguenti: la disciplina dell'esercizio delle funzioni e la prestazione dei servizi a carico del Dipartimento; il potere di creare tributi e contributi necessari all'adempimento delle funzioni dipartimentali; il potere di adottare le norme organiche del bilancio del Dipartimento e di quello annuale delle entrate e delle spese. Inoltre, rispetto dei requisiti di legge, i Dipartimenti hanno il potere di creare e sopprimere i Comuni, di dividere ed integrare i territori municipali, di organizzare le Province e di determinare la struttura dell'amministrazione dipartimentale, le funzioni delle sue dipendenze e la scala di remunerazione corrispondente ad ogni categoria di impiego. Infine, i Dipartimenti hanno il potere di creare gli stabilimenti pubblici e le imprese industriali e commerciali del dipartimento, nonché il potere di autorizzare la formazione di società ad economia mista.

Alcune materie concorrenti con lo Stato sono la regolamentazione delle materie riguardanti la programmazione, lo sviluppo economico e sociale, l'appoggio finanziario e creditizio ai comuni, il turismo, il trasporto, l'ambiente, le opere pubbliche, le vie di comunicazione e lo sviluppo delle zone di frontiera, le norme in materia di polizia, anche se in quest'ultimo caso la competenza è residuale.

Un altro aspetto interessante da considerare è la previsione costituzionale del potere che ha il legislativo nazionale di stabilire un'autonomia differenziata, giacché con legge dello Stato si possono concedere ad uno o più Dipartimenti diverse capacità e competenze di gestione amministrativa e fiscale, distinte da quelle segnalate nella Costituzione, con attenzione alla necessità di migliorare l'amministrazione e la prestazione dei servizi pubblici secondo la popolazione, le risorse economiche, naturali e le condizioni sociali, culturali ed ecologiche⁴⁰.

Anche se le Regioni sono state previste nella Costituzione del 1991, seguendo il modello della Costituzione spagnola del 1978 e l'esperienza francese dal 1972 al 1982, fino ad oggi non sono state ancora create. Restano sulla carta come possibilità di diventare enti politici territoriali con autonomia, statuti e potere legislativo propri⁴¹. Comunque, già prima del 1991, ci sono stati alcuni tentativi di *regionalizzazione* attraverso le esperienze delle Corporazioni Autonome Regionali (CAR) che, seguendo il modello dell'Authority della Valle del Tennessee, sono state create per lo sviluppo economico di territori che rappresentavano unità geografiche ed economiche⁴², e delle Corporazioni regionali per la programmazione economico e sociale (CORPES).

B.- La Costituzione del Nicaragua, come già detto, prevede la suddivisione politica e territoriale in Dipartimenti, Regioni autonome della Costa Atlantica e municipi. Questi ultimi sono definiti l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese, con autonomia politica, amministrativa e finanziaria, da esercitarsi per mezzo di autorità

38. Art. 289.

39. Per l'elenco delle competenze generali, art. 300.

40. Art. 302.

41. Artt. 287 e 307.

42. V., VIDAL PERDOMO, J. *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá 1994, 32 ss, e YOUNES MORENO, D., *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá 1998, pp. 249 ss.

(sindaci, vicesindaci, consigli) direttamente elette dal popolo a suffragio universale⁴³. I dipartimenti non hanno l'importanza dei comuni e delle regioni al punto da essere soltanto menzionati nella carta.

Le Comunità autonome della Costa Atlantica, invece, hanno diritto di vivere e svilupparsi secondo forme di organizzazione sociale che corrispondono alle proprie tradizioni storiche e culturali. Lo Stato garantisce l'uso delle loro risorse naturali, l'efficacia delle proprie forme di proprietà comunitaria e la libera elezione delle proprie autorità e dei propri rappresentanti. Egualmente garantisce la conservazione delle proprie culture e lingue, delle religioni e dei costumi⁴⁴.

Si tratta certamente di un decentramento in embrione, poiché il Paese soltanto recentemente è uscito dalla guerra civile e lotta per la creazione dello stato nazionale di diritto.

C.- Il testo costituzionale del Paraguay ha previsto la divisione politico-amministrativa in Dipartimenti, Comuni e Distretti, i quali, entro i limiti costituzionali e legali, godono di autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi, e di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse⁴⁵. Come nell'esperienza colombiana, sono previste le Regioni, come unioni dei dipartimenti per il miglior sviluppo delle rispettive comunità. La loro costituzione e il loro funzionamento saranno regolati dalla legge⁴⁶. Quanto alle competenze dei Dipartimenti spiccano in primo piano: l'organizzazione dei servizi dipartimentali comuni, come lavori pubblici, fornitura d'energia, di acqua potabile e di servizi riguardanti contemporaneamente più di un Comune; la preparazione del programma di sviluppo dipartimentale e la redazione del bilancio annuale, da tenere in considerazione nel Bilancio nazionale; il coordinamento dell'azione dipartimentale con quella del governo centrale, specialmente nell'ambito della sanità e dell'istruzione; la creazione dei Consigli di Sviluppo Dipartimentale⁴⁷.

In questo contesto di decentramento, appare esorbitante il carattere accentrato del sistema del Paraguay, senza riscontro nella costituzione colombiana, né in quelle del Nicaragua e del Perù. Infatti il potere esecutivo centrale può intervenire sui dipartimenti e sui comuni, intervento che può arrivare fino allo scioglimento della giunta e dei consigli. Inoltre, la Camera dei Deputati, a maggioranza assoluta, con il parere del Controllore Generale della Repubblica, può destituire il governatore, l'intendente, la giunta dipartimentale e quella comunale, per gravi irregolarità riscontrate nell'attuazione della legge finanziaria e nell'amministrazione dei loro beni. Il Tribunale Superiore di giustizia elettorale dovrà convocare nuove elezioni per eleggere le autorità destituite⁴⁸.

Il menzionato carattere di Stato accentrato del Paraguay sembra trovare riscontro nel nuovo testo costituzionale italiano⁴⁹. Innanzitutto, la Carta italiana conferisce poteri al Governo per sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni, nel caso di mancato rispetto delle norme e dei trattati internazionali, della normativa comunitaria, oppure nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti

43. Art. 177.

44. Artt. 180-81.

45. Art. 156.

46. Art. 160.

47. Art. 163.

48. Art. 165.

49. La Costituzione paraguayana è del 1992, quindi precede la riforma italiana.

civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali⁵⁰. La *sostituzione*, ad opera del governo centrale, di organi degli enti locali, eletti direttamente dal popolo, non è certamente usuale, soprattutto se si considerano le cause *politiche* praticamente senza limite. Si è di fronte ad una caratteristica dello Stato unitario accentrato in contraddizione non solo con l'idea federale, ma anche con quella di sussidiarietà. Inoltre la Carta italiana prevede che il Presidente della Repubblica possa disporre lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta, nel caso in cui abbiano compiuto atti contrari alla costituzione o gravi violazioni di legge. Ancora di più, si prevede che lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale⁵¹. Vale la pena ricordare che la normativa precedente prevedeva soltanto lo scioglimento del Consiglio regionale, ma non la destituzione o rimozione diretta del Presidente della Giunta⁵². In teoria si potrebbe in questo modo presentare l'annullamento straordinario dell'attività delle Regioni e degli altri enti locali per opera dell'intervento diretto del potere centrale.

D.- Nella Repubblica del Perù la politica istituzionale concepisce il decentramento come un obiettivo di sviluppo integrale del paese. A questo fine si prevedono Regioni, Dipartimenti, Province e Distretti, nei cui territori i poteri dello Stato devono essere esercitati in forma decentrata e deconcentrata. Alle Regioni la costituzione concede autonomia politica, economica ed amministrativa negli affari di loro competenza. In virtù dell'autonomia politica, il Presidente della Regione ed il Consiglio di Coordinamento Regionale sono eletti e rieletti direttamente dal popolo. Occorre ricordare che i sindaci e *regidores*, capi dell'esecutivo municipale e provinciale, nonché i rispettivi Consigli, massimi organi locali della funzione normativa e di controllo, sono eletti direttamente dal popolo⁵³. In virtù dell'autonomia economica ed amministrativa, il Presidente della Regione e il Consiglio di Coordinamento Regionale hanno il potere di coordinamento e di implementazione dei piani e programmi socioeconomici regionali, così come la gestione delle attività e la prestazione dei servizi inerenti allo Stato. Le Regioni non possono sostituire né duplicare l'azione dei governi locali, ma solo appoggiarla⁵⁴.

E.- Come già detto, lo Stato del Cile è unitario con marcati elementi di accentramento politico, anche se con amministrazione funzionalmente e territorialmente decentrata. Per il governo e l'amministrazione interna dello Stato, il territorio si divide in Regioni e queste in Province; per l'amministrazione locale, le province si dividono in comuni. L'autonomia politica non esiste se si pensa che il Presidente della Repubblica nomina e rimuove l'Intendente, capo del governo regionale, nonché il governatore, titolare del governatorato, che è un organo territorialmente decentrato dell'Intendente⁵⁵. Non poteva essere diversamente, se si considera che la Carta cilena è stata fatta e adottata dal regime dittatoriale di Pinochet (1980)⁵⁶. L'Intendente è un funzionario di esclusiva fiducia del Presidente della Repubblica ed esercita le funzioni secondo la legge e dietro gli ordini e le istruzioni del Presidente, del quale è il rappresentante naturale e immediato nel territorio di sua giurisdizione. L'amministrazione superiore della Regione risiede in un governo, costituito dall'Intendente e dal Consiglio Regionale, con personalità giuridica di diritto pubblico e patrimonio proprio, ed ha per scopo lo sviluppo sociale, cul-

50. Art. 6, legge cost. N. 3/2001, che corrisponde all'attuale art. 120 della Cost..

51. Art 126 della Cost.

52. Vecchio art. 120 Cost.

53. Art. 191.

54. Artt. 197-199.

55. Artt. 99, 100,

56. ROZO ACUÑA, E. e DONATI, G., *Le Costituzioni...*, cit., 263-64.

turale ed economico. L'Intendente presiede il Consiglio regionale e gli spettano la coordinazione, la sovrintendenza ed il controllo dei servizi pubblici creati dalla legge per l'adempimento delle funzioni amministrative nella regione. Il Consiglio Regionale, organo normativo, decisionale e di controllo, ha il compito di rendere effettiva la partecipazione alla cittadinanza regionale, di approvare i piani di sviluppo della regione e il progetto di legge finanziaria del governo regionale, adattati alla politica nazionale di sviluppo e al bilancio della Nazione. Inoltre, il Consiglio Regionale decide l'investimento delle risorse conferite alla regione dal Fondo Nazionale di Sviluppo Regionale, sulla base della proposta formulata dall'Intendente⁵⁷.

Per l'attuazione dell'autonomia economica lo Stato deve finanziare il menzionato Fondo di Sviluppo e la legge finanziaria nazionale deve provvedere all'assegnazione alle Regioni, e agli altri enti locali, di risorse che corrispondano ai tributi che gravano su attività o beni con una chiara identificazione regionale o locale⁵⁸. Inoltre, su iniziativa dei governi regionali o di uno o più ministeri -qui appare di nuovo l'elemento politico accentrato-, le regioni si possono associare e stipulare accordi annuali o pluriennali di programmazione d'investimento pubblico. Inoltre, le regioni possono, con autorizzazione della legge -ancora una mostra di centralismo-, associarsi con persone fisiche o giuridiche e seconde norme di diritto privato, al fine di propiziare attività ed iniziative senza animo di lucro che contribuiscono allo sviluppo regionale⁵⁹.

Lo Stato regionale cileno, forse quello con più tradizione e chiaramente istituito costituzionalmente, è ben lontano dal modello italiano. Ha più elementi del modello unitario accentrato che di quello decentrato, diffuso ormai nell'America Latina. La transizione democratica in Cile, in corso dal 1990 dopo 17 anni di dittatura, ancora non è riuscita a democratizzare completamente le istituzioni pubbliche. In questo caso, i rapporti tra i poteri dello Stato e i rapporti degli enti locali, più specificamente quelli delle regioni, rimangono secondo il classico tipo verticale, personalista, autoritario.

4. La distribuzione delle funzioni amministrative

La distribuzione delle funzioni amministrative nella riforma costituzionale italiana privilegia formalmente i Comuni, come deve essere, se si considera il rapporto centrale, naturale che esiste fra cittadino e amministrazione municipale. In questo senso, tutte le funzioni amministrative sono assegnate ai Comuni oppure, in base al principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, possono essere assegnate a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato. La stessa riforma dispone che i Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze⁶⁰. Questa differenziazione delle funzioni amministrative locali è ancora oggi teorica, mancando la titolarità funzionale effettiva, considerando che non esiste la legge statale o regionale di conferimento. Con le menzionate leggi, in sostanza, la via scelta sarà quella di lasciare lo Stato, in materia di funzioni amministrative, come tutore delle Regioni e degli altri enti locali nei confronti di queste ultime. Di fronte ad eventuali controversie di legittimità

57. Artt. 100-103 che comprendo gli emendamenti costituzionali del 1989 e 1991.

58. Art. 19 comma 20 secondo la riforma costituzionale del 1991.

59. Art. 104, commi 4 e 5, secondo l'emendamento costituzionale del 1991.

60. Nuovo art. Cost. 118, commi 1 e 2.

costituzionale, sarà la Corte Costituzionale a decidere, diventando conseguentemente il *garante* della riforma costituzionale⁶¹.

A.- La distribuzione delle funzioni amministrative in Colombia parte dai Dipartimenti, per continuare con i Comuni e le Province, costituite queste ultime dai comuni o dai territori indigeni vicini che appartengono ad uno stesso Dipartimento. Per i Dipartimenti, la norma costituzionale prevede l'autonomia per l'amministrazione degli affari sezionali, per la programmazione e la promozione dello sviluppo economico e sociale nel loro territorio. I Dipartimenti devono esercitare le funzioni amministrative, di coordinazione, di complementarietà dell'azione dei Comuni, d'intermediazione fra lo Stato e i Comuni e di prestazione dei servizi previsti dalla Costituzione e dalle leggi. Inoltre, devono incentivare l'appoggio finanziario e creditizio ai Comuni, il turismo, il trasporto, l'ambiente, le vie di comunicazione e lo sviluppo delle zone di confine⁶².

Al Comune, ente fondamentale della divisione politico-amministrativa dello Stato, spetta principalmente il compito di prestare i servizi pubblici determinati dalla legge, di realizzare i lavori necessari al progresso locale, di ordinare lo sviluppo del suo territorio, di promuovere la partecipazione comunitaria e di migliorare le condizioni sociali e culturali degli abitanti. Inoltre, se due o più Comuni hanno relazioni economiche, sociali, fisiche, che danno all'insieme il carattere di area metropolitana, possono, in base alla consulta popolare, organizzarsi come ente amministrativo incaricato di programmare e coordinare lo sviluppo armonico ed integrato del territorio, di razionalizzare la prestazione dei servizi pubblici a loro carico e, se del caso, di prestare in comune alcuni di essi e di realizzare le opere d'interesse metropolitano⁶³.

Il principio repubblicano unitario è stato aggiornato adattandolo e le più moderne formule di decentramento politico e amministrativo sono state elaborate dalla tecnica costituzionale-amministrativa. Purtroppo la formalità normativa deve affrontare la grave realtà di un paese che vive in guerra civile, non dichiarata, ma non per questo meno violenta e distruttiva.

B.- La distribuzione di funzioni amministrative nella Repubblica del Nicaragua si centra sui Comuni, come ha voluto fare anche la riforma in Italia. Infatti, il Comune è considerato dalla Costituzione l'unità di base della divisione politico-amministrativa del paese e gode pertanto di autonomia politica, amministrativa e finanziaria. L'amministrazione e il governo spettano alle autorità municipali, liberamente elette dai loro cittadini. I governi comunali hanno competenza nelle materie che incidono sul proprio sviluppo socio-economico. La Costituzione rinvia alla legge statale sui municipi - approvata a maggioranza assoluta dei voti dei deputati dell'Assemblea Nazionale-, che deve includere, anche, la disciplina dell'autonomia comunale, le competenze municipali, le relazioni con il governo centrale, con i popoli indigeni del paese e con tutti i poteri dello Stato ed, infine, il coordinamento interistituzionale⁶⁴. Allo stesso modo, la costituzione prevede l'organizzazione, il regime di autonomia per i popoli indigeni e le comunità etniche della Costa Atlantica, le funzioni dei loro organi di governo, la loro relazione con i poteri dello Stato e con i comuni e l'esercizio dei loro diritti⁶⁵.

61. Per un'analisi più approfondita, V., CELLOTTO, A., "Le Funzioni amministrative regionali", in GROPPI e OLIVETTI, cur., *La Repubblica delle autonomie*, cit., 141 ss.

62. Artt. 298 e 300.

63. Artt. 311 e 319.

64. Artt. 176 e 177.

65. Artt. 180 e 181.

C.- L'ordinamento costituzionale del Paraguay ha previsto che i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti godono, entro i limiti della Costituzione e delle leggi, di autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi e di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse⁶⁶. La costituzione paraguayana, come la maggior parte dei testi latinoamericani, non fa distinzione tra i poteri e le funzioni amministrative degli enti locali, determinando in generale le loro competenze. Nel punto 3.3 della Costituzione del Paraguay si elencano le funzioni amministrative e le competenze dei Dipartimenti. Per quanto riguarda i Comuni, hanno come principali attribuzioni, la libera gestione in materia di urbanistica, ambiente, approvvigionamento, istruzione, cultura, sport, turismo, assistenza sanitaria e sociale, istituzioni di credito, corpi d'ispezione e di polizia. Spetta loro anche l'amministrazione e la distribuzione dei beni; l'elaborazione del bilancio di entrate e di uscite; la partecipazione alle rendite nazionali; la regolamentazione dell'importo delle tasse retributive di servizi effettivamente prestati, non potendosi superare il costo degli stessi, l'emanazione di ordinanze, regolamenti e risoluzioni; l'accesso al credito privato e al credito pubblico, nazionale e internazionale; la regolamentazione e il controllo del transito, del trasporto pubblico e di altre materie relative alla circolazione di veicoli⁶⁷. Si può constatare che, a differenza del testo costituzionale italiano, quello paraguayano, come in genere in America Latina, indica le attribuzioni e le funzioni amministrative degli enti locali, in questo caso dei Comuni. In questo modo non solo si facilita il lavoro legislativo del Congresso ma, soprattutto, si evita che lo Stato o l'ente locale superiore eserciti funzioni o poteri che sono stati già aggiudicati in forma precisa ad un ente locale. Purtroppo, con questa metodologia, la costituzione diventa un testo eccessivamente lungo e pesante.

D.- Nella Repubblica del Perù la Costituzione concede alle regioni autonomia politica, con elezione popolare diretta dei suoi organi di governo, autonomia economica, con approvazione, esecuzione e coordinamento dei piani e programmi socioeconomici, ed autonomia amministrativa, con gestione delle attività e dei servizi inerenti alla comunità. Il testo definisce i Comuni o Municipalità, le Province e i Distretti, quali organi di governo locale e concede loro autonomia politica, economica ed amministrativa. I Comuni esercitano queste autonomie per mezzo dell'autogoverno e delle competenze per approvare la loro organizzazione e i bilanci, per amministrare i loro beni ed entrate, per organizzare, regolamentare ed amministrare i servizi pubblici locali, per pianificare lo sviluppo urbano e rurale, per realizzare i rispettivi piani e programmi, per creare, modificare e sopprimere contributi, tasse, licenze e diritti municipali⁶⁸.

E.- La Repubblica del Cile, come già detto, rappresenta un tipo di Stato unitario accentrato. La suddivisione territoriale in Regioni, Province e Comuni non è caratterizzata da autonomia, considerando che gli organi di governo dei suddetti enti locali dipendono direttamente dal potere centrale, più precisamente dal Presidente della Repubblica. Inoltre, le loro attribuzioni non sono previste dalla costituzione, ma dalla legge e, pertanto, domina il centralismo del Congresso, solitamente rappresentato dal Presidente⁶⁹. La costituzione prevede che l'amministrazione superiore di ognuna delle 13 regioni cilene radica in un governo regionale che ha come oggetto lo sviluppo sociale, culturale ed economico della regione. Il governo regionale è costituito dall'Intendente e dal Consi-

66. Art. 156.

67. Art. 168.

68. Artt. 191-92 e 197.

69. Per esempio, il Senato è composto non solo da candidati eletti a livello regionale, ma anche da un numero considerevole di ex alti funzionari pubblici, compresi gli ex presidenti, vedi art. 45.

glio Regionale. Il primo, secondo legge nazionale, coordina, controlla e vigila sulla prestazione dei servizi pubblici creati dalla legge per l'adempimento delle funzioni amministrative della regione. Il secondo, definito dalla costituzione come un organo normativo, risolutivo e controllore, è incaricato di rendere effettiva la partecipazione cittadina regionale e di applicare la legge organica in materia di sviluppo della regione, bilancio, investimenti delle risorse⁷⁰.

La Costituzione ha previsto per le Province un governatorato, come organo territorialmente decentrato dall'Intendente, costituito da un governatore, dipendente direttamente dal Presidente della Repubblica. Esercita, d'accordo con le istruzioni dell'Intendente, la supervisione dei servizi pubblici della provincia. Le competenze che possono essergli delegate dall'Intendente, come le altre, sono fissate dalla legge. Inoltre, in ogni provincia esiste un Consiglio economico e sociale di carattere consultivo, la cui composizione, la forma di nomina dei suoi membri, i compiti e il funzionamento sono stabiliti con legge organica⁷¹.

Per quanto riguarda l'amministrazione comunale, la Costituzione prevede come organi il Sindaco e il Consiglio e definisce i comuni, corporazioni di diritto pubblico, con personalità giuridica e patrimonio proprio, la cui finalità è di soddisfare le necessità della comunità locale ed assicurare la partecipazione al progresso economico, sociale e culturale. La Carta delega alla legge organica il compito di stabilire le funzioni e le competenze dei Sindaci e dei Consigli e, alla legge ordinaria, la forma e il modo in cui i ministeri, i servizi pubblici e i governi regionali possono trasferire competenze ai comuni, nonché il carattere provvisorio o definitivo del trasferimento. I Comuni, secondo la Costituzione, hanno autonomia per creare o sopprimere impieghi, per fissare remunerazioni, come pure per istituire gli organi e le unità permessi dalla legge organica⁷². Queste facoltà, ad ogni modo, possono essere esercitate solo nei limiti e alle condizioni stabilite, su iniziativa esclusiva del Presidente della Repubblica, dalla legge organica. Come si può constatare, spicca il carattere accentratore dell'ordinamento locale cileño.

5. L'autonomia fiscale e le norme finanziarie

Una parte interessante della riforma costituzionale italiana del titolo V, riguarda il tema del cosiddetto federalismo fiscale e le norme finanziarie⁷³. Secondo le nuove norme, Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa. Regioni ed enti locali possono stabilire e applicare propri tributi ed avere compartecipazione ai tributi erariali. Ugualmente si crea un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante e si prevedono risorse statali aggiuntive per interventi speciali in favore di determinati comuni, città, province e regioni. Inoltre, gli stessi enti hanno un proprio patrimonio secondo legge dello Stato; possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare investimenti, ma senza garanzia dello Stato.

Tutti sono d'accordo che, senza autonomia finanziaria, non esiste autonomia politica. Su questo nesso si radica l'importanza della nuova normativa regionale, anche se molti concordano nell'affermare che i cambiamenti dell'art. 119 sono soltanto nel numero di

70. Artt. 100-102.

71. Artt. 105-06.

72. Artt. 107-110.

73. Nuovo art. 119.

commi, perché nel contenuto essi non rappresentano grandi innovazioni⁷⁴. Senza entrare nel merito della discussione è da concordare sugli aspetti positivi della riforma nella materia: la proclamazione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti locali; la creazione del fondo perequativo senza vincoli di destinazione che, almeno teoricamente, permette agli enti locali maggiore libertà nell'individuare le priorità nell'utilizzazione delle risorse fornite dallo Stato; la messa a disposizione di risorse aggiuntive per la promozione dello sviluppo economico e, per ultimo, la solidarietà sociale per rimuovere le disuguaglianze economiche e sociali e favorire un effettivo esercizio dei diritti fondamentali. Sono tutti cambiamenti plausibili e già esistenti in alcuni ordinamenti latinoamericani, come si potrà a seguito constatare.

A.- L'autonomia finanziaria degli enti locali in Colombia è prevista nella Costituzione del 1991 in modo chiaro. I Dipartimenti, i Comuni e il Distretto Capitale hanno autonomia di entrata e di spesa e conseguentemente adottano conformemente alla legge i piani e i programmi di sviluppo economico, sociale e dei lavori pubblici, con la determinazione degli investimenti e delle misure che considerino necessarie alla loro esecuzione e al loro adempimento. Conseguentemente, possono decretare, secondo la legge, i tributi e i contributi necessari all'adempimento delle loro funzioni e promulgare annualmente il bilancio di entrata e di spesa. Solo i comuni possono gravare la proprietà immobiliare, ma gli altri enti locali possono imporre contributi di valorizzazione⁷⁵.

Un aspetto importante dell'autonomia finanziaria in Colombia è quello della compartecipazione ai tributi erariali, introdotto con la riforma costituzionale del 1968 e confermato nella Costituzione del '91. Si tratta del cosiddetto *situado fiscal*, secondo il quale i Dipartimenti, il Distretto Capitale e i distretti speciali di Cartagena, di Santa Marta e di Barranquilla hanno il diritto a ricevere una percentuale progressiva -oggi circa del 25%- delle entrate ordinarie della Nazione per l'attenzione diretta, o per mezzo dei comuni, ai servizi assegnati dallo Stato ai menzionati enti, e più precisamente al servizio dell'istruzione -prescolare, elementare, media e superiore non universitaria- e al servizio della sanità, con speciale attenzione a quella dei bambini. L'aumento si prevede progressivo in modo da garantire la migliore prestazione dei servizi. Il 15 % del *situado fiscal* è distribuito in parti uguali tra i suddetti enti territoriali. Il resto in proporzione agli utenti reali e potenziali dei menzionati servizi, tenendo conto dello sforzo fiscale ponderato e della efficienza amministrativa del rispettivo ente territoriale⁷⁶.

Nel 1995 è stata fatta una riforma costituzionale per istituire la compartecipazione dei Comuni ai tributi erariali. Secondo la nuova norma, la percentuale progressiva di compartecipazione dei Comuni alle entrate ordinarie della Nazione doveva essere nel 2001 minimamente del 22%.

La legge, per iniziativa del Governo, determina la percentuale e le aree prioritarie d'investimento sociale da finanziare con le menzionate risorse. Le risorse sono distribuite, in diretta proporzione alla popolazione e ai suoi bisogni, nella misura del 60%, e il resto in funzione della popolazione, dell'efficienza fiscale e amministrativa e del progresso dimostrato nella qualità della vita, assegnando in forma esclusiva una percentuale di questa parte ai comuni con meno di 50.000 abitanti⁷⁷.

74. COVINO, F., "L'autonomia finanziaria", in GROPPI, T. e OLIVETTI, M. cur., *La Repubblica... cit.*, 189 ss.

75. Artt. 300, commi 2, 3 e 5; 313 commi 2, 4, 5; 322 e 317.

76. DÍAZ ARENAS, P.A., *Constitución política de Colombia (1991)*, Temis, Bogotá 1993, 457-58. V., anche art. 356 dell'emendamento costituzionale del 1993.

77. Legge costituzionale 01/95, art. 1.

Inoltre, le royalties, o diritti che spettano allo Stato per lo sfruttamento delle risorse naturali non rinnovabili, sono distribuite fra i Dipartimenti, i Comuni dove le risorse sono locate, i porti utilizzati per il trasporto e il Fondo Nazionale delle Royalties, le cui risorse sono destinate agli enti locali per la promozione delle industrie estrattive, la preservazione dell'ambiente e gli investimenti prioritari secondo i piani di sviluppo dei rispettivi ente locali⁷⁸.

L'autonomia finanziaria si completa con la dichiarazione costituzionale dei beni e delle rendite, tributarie o provenienti dallo sfruttamento dei monopoli degli enti locali, per esempio dalla produzione di liquori, come proprietà esclusiva con le stesse garanzie della proprietà e delle rendite dei privati. Le imposte e tributi dei Dipartimenti e dei Comuni godono di protezione costituzionale e, conseguentemente, la legge non può trasferirli allo Stato, ma solo temporaneamente in caso di guerra esterna. Per ultimo, gli enti territoriali possono emettere titoli e buoni di debito pubblico, alle condizioni del mercato finanziario e possono ricorrere all'indebitamento estero, in conformità con la legge che disciplina la materia. In tutti i casi, gli enti locali non possono superare la loro capacità di pagamento⁷⁹.

Nel 2001 è stata approvata una riforma costituzionale che ha creato il Sistema Generale di Compartecipazione dei Dipartimenti, dei Distretti e dei Comuni, sistema nel quale si concretizza il diritto degli enti territoriali di partecipare alle rendite nazionali. Il nuovo sistema abroga il precedente (Situado Fiscal, Partecipazione Municipale e Trasferimenti Complementari di risorse).

I beneficiari sono, a parte i menzionati enti locali, i territori indigeni -resguardos- e gli Enti Territoriali Indigeni, che sono sulla carta della riforma, ma ancora non sono stati istituiti. L'oggetto del nuovo sistema non cambia: finanziare i servizi a carico degli enti beneficiari, in particolare la sanità e l'istruzione non universitaria. La riforma determina un totale di risorse da distribuire, cominciando nel 2002, secondo una cifra che dovrà aumentare, fino al 2008, del 2% ogni anno più la tasso annuale d'inflazione⁸⁰.

In conclusione, si può affermare che l'ordinamento colombiano ha previsto formalmente i più moderni e funzionali strumenti per realizzare l'autonomia finanziaria e, pertanto, la politica degli enti locali.

B.- La Costituzione del Nicaragua definisce i Comuni l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese, dotati di autonomia politica, amministrativa e finanziaria. Per l'attuazione di quest'ultima, è stabilito l'obbligo costituzionale di destinare una percentuale *sufficiente* del bilancio generale della Repubblica ai comuni, percentuale da distribuire dando priorità a quelli con meno entrate. Inoltre, i governi municipali hanno competenza nelle materie che incidono sullo sviluppo socio-economico della propria circoscrizione. Nei contratti di sfruttamento delle risorse naturali situate nei rispettivi comuni, lo Stato è obbligato a sentire l'opinione dei governi comunali prima di autorizzarli. Anche se la costituzione dispone che la potestà di creare, approvare, modificare o sopprimere tributi spetta esclusivamente e in maniera indelegabile all'Assemblea Nazionale, i comuni, per affrontare i problemi del proprio sviluppo, possono avvalersi di questa potestà. In ogni caso, tutto ciò che riguarda l'autonomia comunale è disciplinato dalla legge sui municipi, che richiede per la sua approvazione e riforma la maggioranza

78. Artt. 360-61.

79. Artt. 362, 295 e 364 rispettivamente.

80. Artt. 2 e 3 Leg. Cost. 01/2001, che riforma gli artt. 356 e 357 cost.

assoluta dei voti dell'Assemblea Nazionale⁸¹. Un confronto dell'autonomia finanziaria in Nicaragua con l'Italia o con la Colombia porta a concludere che nel paese centroamericano essa è molto limitata, spiccando nella materia ancora oggi l'elemento accentrato.

C.- L'ordinamento del Paraguay prevede che, entro i limiti della costituzione e delle leggi, i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti hanno autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi, e poteri di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse. Le risorse dei Dipartimenti sono: la parte spettante di imposte, tasse e contributi, fissati e regolati dalla Costituzione e dalla legge; le assegnazioni o sovvenzioni destinate dal Governo centrale; le rendite proprie determinate dalla legge, così come le donazioni, i lasciti e le altre risorse che la legge potrà stabilire. In questo senso, i Dipartimenti non hanno potestà tributaria nelle loro circoscrizioni e tutto dipende dalla legge nazionale. I Comuni in virtù dell'autonomia finanziaria hanno *autarchia* nella riscossione e negli investimenti delle loro risorse, diritto di compartecipazione alle rendite nazionali e attribuzione per la regolamentazione dell'importo delle tasse retributive di servizi effettivamente prestati. Inoltre hanno diritto di accesso al credito privato e al credito pubblico, nazionale e internazionale. Per quanto riguarda l'Imposta immobiliare, spetta ai Comuni, nonché ai Dipartimenti, la totalità dei tributi che gravano direttamente sugli immobili. La loro riscossione è di competenza dei comuni. Il 70% di quanto raccolto da ogni comune rimane di sua proprietà, il 15% è del relativo dipartimento e il restante 15% è distribuito tra i comuni con minori risorse. Le entrate o rendite degli enti locali hanno protezione costituzionale. Lo Stato o gli enti parastatali non possono appropriarsi di esse⁸². Come nel caso della Colombia, il Paraguay ha strumenti idonei all'autonomia finanziaria degli enti locali, anche se costituzionalmente meno decentrati e meno puntuali. Da ricordare, inoltre, che la Costituzione prevede l'istituzione delle Regioni⁸³, ma fino ad oggi non sono state create, come succede anche in Colombia.

D.- Come già menzionato, il Perù è suddiviso in regioni, dipartimenti, province e distretti, ma sono i comuni gli organi del governo locale e godono di autonomia politica, economica e amministrativa. Elemento basilico dell'autonomia municipale è l'attribuzione costituzionale del potere di creare, modificare e sopprimere contributi, tasse, arbitri, licenze e diritti nella propria circoscrizione. Di conseguenza, i comuni hanno autonomia per la gestione delle proprie risorse, cioè dei beni e delle entrate; delle imposte o tributi creati dalla legge; dei contributi, diritti, licenze e tasse create dai consigli comunali; delle risorse assegnate dal Fondo di risorse municipali, creato dalla legge, secondo i tributi municipali e la compartecipazione al bilancio nazionale; dei canoni e royalties⁸⁴.

La Costituzione prevede anche le regioni con autonomia politica, amministrativa, finanziaria o economica, e con il compito di coordinare e eseguire i piani e programmi socioeconomici regionali. Sono previsti, altresì, compiti di gestione di attività e servizi inerenti allo Stato, in appoggio ai comuni, senza sostituirli, né duplicare la loro azione, né le loro attribuzioni. I beni e le rendite delle regioni sono stabiliti dalla legge.

La precedente costituzione peruviana del 1979 garantiva un maggior decentramento e determinava più puntualmente l'autonomia amministrativa e finanziaria dei comuni e

81. Artt. 114 e 177.

82. Artt. 156, 164, 166, 168-70.

83. Art. 160.

84. Artt. 189, 192-93 e 197.

delle regioni⁸⁵. La vigente costituzione del 1993, frutto del *golpe blanco* del presidente Fijimori, ha voluto rinforzare i poteri centrali sugli enti locali, lasciando alla legge la maggior parte della disciplina del decentramento regionale e municipale. Ciò nonostante, lo Stato unitario peruviano rimane caratterizzato da un'apprezzabile tendenza al decentramento politico, amministrativo e finanziario.

E.- Per l'attuazione dell'autonomia finanziaria, la legge organica sui bilanci della Nazione ha previsto l'assegnazione di risorse alle regioni per il loro funzionamento. La stessa legge contempla a favore delle regioni una porzione del totale stabilito per gli investimenti pubblici, raccolta nel Fondo Nazionale di sviluppo regionale. La stessa legge dei bilanci, inoltre, contempla altre risorse per gli investimenti settoriali regionali, la cui distribuzione deve essere fatta, secondo criteri di equità ed efficienza, in considerazione dei relativi programmi nazionali d'investimento. L'assegnazione di tali risorse all'interno d'ogni regione spetta autonomamente ai governi regionali. Su iniziativa dei governi regionali o di uno o più ministeri, possono essere stipulati accordi annuali o pluriennali di programmazione d'investimento pubblico nelle regioni⁸⁶.

I comuni godono di autonomia nell'amministrazione delle loro finanze. La legge dei bilanci nazionali può assegnare risorse per il loro funzionamento, senza pregiudizio delle entrate direttamente assegnate dalla legge o concesse dai rispettivi governi regionali. La legge organica contempla la redistribuzione solidale delle entrate proprie tra le municipalità del paese, per mezzo del Fondo comune comunale⁸⁷.

Anche nell'ordinamento costituzionale cileno manca la previsione precisa delle percentuali del bilancio nazionale d'assegnare ai comuni e tutto è rimesso alla volontà del Congresso, potendosi constatare che formalmente esiste più autonomia amministrativa che politica e finanziaria.

6. I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo

I Limiti dell'autonomia nella riforma italiana rimangono gli stessi del vecchio articolo 120 della Costituzione. In questo senso, le Regioni non possono istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale⁸⁸.

I limiti sono ineccepibili se si considera che gli stessi divieti esistono anche negli stati federati.

A.- Per quanto riguarda i paesi in studio, si può affermare che tutti hanno previsto in forma esplicita o tacita i limiti previsti nella normativa italiana. Non esiste un solo testo costituzionale che consenta agli enti locali di esercitare qualche autonomia sulle suddette materie senza limiti. I divieti o limiti all'autonomia locale nei paesi latinoamericani studiati sono ancora più marcati considerando che in nessuno di essi esiste la competenza esclusiva degli enti locali collegata alla residualità, come prevista nel 4 comma del nuovo art. 117, secondo il quale spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Essendo gli

85. GUIDI, G. e ROZO ACUÑA, E., *Costituzioni straniere contemporanee -I paesi andini-*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 198 e 250 ss.

86. Art. 7 della legge costituzionale n. 19.097 del 12 novembre 1991, art. 104 della Cost. vigente.

87. Art. 12 della legge costituzionale del 1991, art. 114 della Cost. vigente.

88. Nuovo art. 120 cost.

stati latinoamericani in studio unitari, senza tendenza al federalismo, come nel caso italiano, la cosiddetta clausola della residualità non è prevista in alcun modo. Al contrario, la residualità si deve interpretare a favore dello Stato e più precisamente secondo la formula dei suoi poteri impliciti. Le attribuzioni, le funzioni amministrative, le competenze e i poteri degli enti locali dei paesi latinoamericani studiati sono esclusivamente quelli tassativamente previsti dalla costituzione o dalle leggi. Tutto il resto appartiene ai poteri sovrani dello Stato.

7. Autonomie locali ed obblighi internazionali

In materia di autonomia locale e di obblighi internazionali, la riforma regionale in Italia ha fatto un passo considerevole che potrebbe essere considerato più verso il federalismo. In effetti, la nuova normativa dispone che tra le materie di legislazione concorrente ci sia quella relativa ai rapporti internazionali e con l'unione Europea. Per la prima volta si costituzionalizza la supremazia dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali, stabilendo che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione e degli obblighi internazionali. Alle Regioni spetta l'attuazione e l'esecuzione degli accordi internazionali, nonché il potere di concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad un altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato e nelle materie di propria competenza. Quanto alla partecipazione regionale, diretta e indiretta, alla formazione delle norme comunitarie, la nuova disciplina costituzionale crea un vero e proprio obbligo per lo Stato di precisare le forme e i modi concreti di realizzare la partecipazione regionale. La Costituzione prevede poteri statali repressivi e sostitutivi in caso di inadempienze regionali⁸⁹.

Il *potere estero* delle regioni è una delle parti più interessanti e di maggiore controversia della riforma; non tanto per ciò che riguarda la costituzionalizzazione degli obblighi internazionali, ormai norma comune alla maggior parte degli ordinamenti, neanche per la partecipazione delle Regioni alla formazione degli atti normativi comunitari, né per l'obbligo di esecuzione degli obblighi internazionali nelle materie di propria competenza, ma per il potere di politica estera, addirittura non comune agli stati federali, di concludere accordi internazionali con gli altri Stati. È vero che il potere estero delle regioni rimane sotto il controllo dello Stato, dal momento che spetta alle leggi statali di determinare i casi e le forme di esercizio di codesto potere regionale, in modo da evitare non solo le contraddizioni in politica estera, ma anche la mancanza di contenuti integrali e coordinati, a causa della diversità degli interventi regionali che potrebbe presentarsi.

8. Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali

In materia di contenzioso tra Stato e Regioni, prima della riforma in Italia era previsto un Commissario del governo centrale con il compito principale di sovrintendere alle funzioni amministrative esercitate dallo Stato e coordinarle con quelle delle regioni. Inoltre, controllava la funzione legislativa regionale, giacché ogni legge approvata dal Consiglio regionale, prima di essere promulgata, doveva essere comunicata al Commissario che, salvo il caso di opposizione da parte del Governo, doveva vistarla. La riforma

89. Art. 117 Cost.

ha abrogato i commissari di governo e, in forma definitiva, i controlli sugli atti amministrativi delle regioni e degli enti locali. La riforma prevede, comunque, che il Governo e le Regioni possono ricorrere alla Corte costituzionale per dirimere le controversie sulla legittimità costituzionale dei propri atti, entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione⁹⁰. In questa materia s'intravede anche la tendenza federalista dello Stato regionale.

A.- L'istituzione del Commissario del Governo non è stata prevista nelle costituzioni latinoamericane in studio. Gli organi degli enti locali sono eletti democraticamente in base all'autonomia politica e possono essere revocati per responsabilità politica solo dagli stessi elettori, come succede nei casi della Colombia e del Perù⁹¹. Per gravi violazioni alla costituzione o alla legge, constatate processualmente, i Governatori dei Dipartimenti possono essere sospesi o destituiti dal Presidente della Repubblica e i Sindaci dallo stesso Presidente o dai Governatori, come previsto nell'ordinamento colombiano⁹². Solo nel caso del Cile è stato constatato il carattere molto accentrato dello Stato unitario, considerando che gli intendenti, capi dell'esecutivo regionale, ed i governatori, capi dell'esecutivo provinciale, sono nominati e possono essere rimossi direttamente dal Presidente della Repubblica⁹³.

Nessuno dei paesi latinoamericani ha previsto che gli enti locali e le regioni abbiano poteri legislativi. Si tratta di atti amministrativi e come tali sono controllati nella loro legittimità dal potere giudiziario, generalmente dai giudici amministrativi. In Colombia, per esempio, sono previsti i Tribunali del contenzioso amministrativo ed il Consiglio di Stato⁹⁴. La questione di legittimità costituzionale degli atti amministrativi può essere sollevata direttamente dai singoli cittadini, dagli enti locali o dal Governo⁹⁵. La soluzione dei conflitti di attribuzioni o di competenze tra gli enti locali e tra questi e lo Stato spetta alla giustizia contenzioso-amministrativa.

Nel Nicaragua, l'organo competente è la Sezione Amministrativa della Corte Suprema, ma le questioni di legittimità costituzionale ed i conflitti di competenza fra i municipi o fra questi e gli organi del governo centrale, nonché l'esame dei conflitti di costituzionalità fra governo centrale e governi municipali e quelli delle regioni autonome della Costa Atlantica spettano alla plenaria della Corte Suprema⁹⁶. I cittadini non hanno il ricorso diretto d'incostituzionalità, ma solo quello indiretto per mezzo del giudizio di amparo⁹⁷.

Nel Paraguay, la Costituzione ha previsto che la soluzione dei conflitti di competenza fra il Potere Esecutivo e i governi dipartimentali e fra questi e i governi municipali spettano alla Corte Suprema. Lo stesso vale in materia di legittimità costituzionale⁹⁸. I cittadini possono controllare la costituzionalità degli atti amministrativi e delle leggi, ma soltanto attraverso il ricorso di amparo, cioè quando gli atti e le leggi minacciano o violano un loro diritto⁹⁹.

90. Nuovo art. 127 Cost.

91. Artt. 40 comma 4, 103 e 133 Cost. colombiana; artt. 31 e 191 comma 3 Cost. peruviana

92. Artt. 304 e 314 Cost.

93. Artt. 100 e 105 Cost.

94. I tribunali amministrativi in Colombia sono creazione della legge; il Consiglio di Stato, organo costituzionale, è il Tribunale Supremo del contenzioso amministrativo, art. 236.

95. Artt. 237 comma 2 e 238 Cost.

96. Artt. 163 e 164 commi 11, 12 e 13.

97. Art. 45.

98. Artt. 258 comma 9 e 260 commi 1-3.

99. Art. 134.

Nel Perú, i conflitti di competenza o di attribuzione spettano al Tribunale Costituzionale e le questioni di legittimità costituzionale sono sottoposte all'esame dello stesso Tribunale dal Presidente della Repubblica, dal Fiscal, dal Difensore del Popolo, dal 25% del numero di membri dell'Assemblea legislativa, dai Presidenti delle regioni d'accordo con il Consiglio di coordinamento regionale, dai sindaci provinciali d'accordo con il rispettivo Consiglio, o da cinquemila cittadini.

Se la norma in questione è municipale, il numero è 1% dei cittadini della circoscrizione senza che ecceda il numero di firme precedentemente citato¹⁰⁰.

Nel Cile, la Costituzione ha delegato alla legge di stabilire la forma per risolvere i conflitti di competenza che eventualmente sorgano tra le autorità nazionali, regionali, provinciali e comunali, nonché il modo di dirimere le controversie nate tra gli intendenti e i consigli regionali, così come tra i sindaci e i consigli. Le questioni di legittimità costituzionale spettano al Tribunale Costituzionale, ma i cittadini non hanno il ricorso diretto dinnanzi a codesto tribunale¹⁰¹. Soltanto per via del diritto di protezione o amparo, i cittadini possono controllare la costituzionalità degli atti delle pubbliche autorità¹⁰².

V. CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDERALISMO IN AMERICA LATINA

Dallo studio che precede si possono trarre alcune conclusioni generali che, nell'insieme, illustrano lo sforzo che i paesi dell'America Latina fanno per modernizzare lo Stato. Nella materia di studio, e cioè i rapporti tra lo Stato e gli Enti locali, i paesi, costantemente, si adoperano per adottare le più moderne tecniche costituzionali e le più funzionali istituzioni della democrazia di partecipazione.

1. Le Repubbliche unitarie dell'America Latina, dopo più di un secolo e mezzo, hanno optato per la forma di Stato unitario e non sembrano, per nessun motivo, voler tornare indietro, cambiandola per la forma di Stato federale.

2. Lo Stato unitario accentratore in America latina, almeno nelle costituzioni formali, sembra essere stato superato. Solo in paesi come il Cile e il Paraguay, per motivi di ordine pubblico e a causa del tipo di governo esistente al momento della redazione della Costituzione, conservano elementi di *centralismo*, di accentramento e di supremazia del potere esecutivo.

3. La distribuzione di poteri e di funzioni amministrative, nei paesi studiati, permette di concludere che essa si basa sull'accettazione dell'autonomia politica degli enti locali. Tale autonomia si esplica nel potere di autogoverno, cioè nel potere dei popoli degli enti locali di eleggere i loro organi di governo, con eccezione del ramo esecutivo del potere locale nel Cile, che rimane in diretta e stretta dipendenza del capo del governo. Ugualmente si verifica nel caso dell'intervento del potere esecutivo centrale sugli organi di governo locale del Paraguay, con grande somiglianza alla forma italiana. E' interessante notare il potere degli elettori di revocare i funzionari eletti, per inadempimento del programma previo all'elezione (Colombia e Perú).

100. Artt. 202 comma 3 e 203.

101. Artt. 115 e 82.

102. Art. 20.

4. Le autonomie politiche o amministrative non hanno nessuna realtà e non sono accompagnate dall'autonomia fiscale e finanziaria. In questa materia, gli ordinamenti costituzionali evidenziano un grande sforzo per dotare gli enti locali di fonti di risorse, proprie e sicure.

I *Situados Fiscales*, i Fondi locali di finanziamenti, le norme organiche del bilancio e delle leggi finanziarie, sono tutte istituzioni che tendono ad assicurare la libertà economica e l'autonomia finanziaria.

5. I limiti dell'autonomia locale nei paesi studiati sono sempre rappresentati dalla Costituzione, dalle leggi e dagli obblighi internazionali. Nell'America Latina la teoria del *blocco costituzionale*, cioè dell'insieme di norme di massima gerarchia delle fonti del diritto e dei doveri, e del quale fanno parte i trattati e gli accordi internazionali ratificati dagli stati, è stata pienamente adottata. Conseguentemente, tutti gli atti delle pubbliche autorità, la condotta dei pubblici funzionari e dei privati, devono rispettare il blocco di costituzionalità. Per l'attuazione di questi principi i cittadini hanno, in alcuni paesi, l'azione diretta d'incostituzionalità e, in tutti, il diritto o azione di amparo.

6. Il potere di firmare accordi o intese internazionali non è previsto, considerando che questo potere va addirittura oltre i poteri che hanno gli stati federati in molti paesi federali. Solo nel caso della Colombia gli enti locali possono firmare intese con enti omologhi dei paesi confinanti al fine di attuare programmi comuni di sviluppo economico.

7. I conflitti di attribuzioni o di poteri fra lo Stato e gli enti locali sono di competenza dei giudici amministrativi o della Corte Suprema. Le questioni di legittimità costituzionale spettano al Tribunale Costituzionale nei casi del Cile e del Perù, alla Corte Suprema nei casi del Paraguay e del Nicaragua, al Consiglio di Stato nel caso della Colombia.

8. Gli unici stati, tra quelli analizzati, che hanno già in attuazione la forma dello Stato regionale sono il Cile, il più marcatamente regionale, seguono il Perù e il Nicaragua. La Colombia ha previsto costituzionalmente le regioni, ma ancora non sono istituite. In Paraguay, invece, non sono previste.

9. Gli stati federali dell'America Latina, anche loro, dopo più di 150 anni di pratica federalista, non torneranno più allo stato unitario. Al contrario, il federalismo si afferma, come è successo nel Brasile con il referendum del 1993; nell'Argentina con la riforma costituzionale del 1994 e nel Messico con le riforme politiche degli ultimi dieci anni. Il Venezuela, dopo la nuova Costituzione del 2000, apparentemente ha limitato il suo federalismo, se si considera che è stato abolito il Senato diventando il Congresso unicamerale. Analizzando, comunque, la composizione dell'Assemblea Nazionale venezuelana, le attribuzioni e i poteri degli stati federati, l'organizzazione e il funzionamento del loro autogoverno, si può concludere che il federalismo con la nuova Costituzione esce rafforzato.

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA

Christian Pielow
Profesor de la Universidad de Ruhr
Bochum, Alemania

En la voluminosa y bajo muchísimos aspectos orientadora, hasta *normativa* obra del profesor Allan R. Brewer-Carías figuran en un primer rango las aportaciones acerca de la *descentralización política*, descrita más detalladamente según los tres fenómenos de la descentralización territorial, la autonomía territorial y la regionalización política, y entendida en su conjunto como *técnica de perfeccionamiento de la democracia, al hacerla más participativa y representativa*¹.

Forman elementos de primer interés en este contexto, y bajo el punto de vista de la efectividad de cualquier tipo de Estado descentralizado, las estructuras de la distribución de competencias estatales (no sólo legislativas y ejecutivas sino también, quizás en primer lugar, financieras) así como, en general, el sistema institucional de la organización administrativa a nivel nacional, regional y municipal.

Ante este trasfondo siento un especial orgullo y honor al poder participar en este libro homenaje con una síntesis sobre el estado actual del sistema federativo alemán, que se ve enfrentado, debido a la dinámica de las condiciones marco de la política y del Derecho nacional e internacional, a muchos y nuevos desafíos. Rendir honor al homenajeado puede resultar así en contribuir al debate *global* sobre el concepto del Estado descentralizado, un debate que ha alcanzado -en vista de la más general cuestión acerca el papel del *Estado (nacional)* en los tiempos de la globalización- un nuevo enfoque y que requiere, por eso mismo y más que nunca, el diálogo del Derecho comparado y el intercambio entre los distintos regímenes nacionales de ordenamiento estatal y administrativo. Participar en aquella discusión transnacional con motivo del homenaje a un prestigioso colega venezolano me alegra de manera especial, dado que mantengo unos recuerdos ricos e impresionantes de mi estancia en este país y del encuentro con A.R. Brewer-Carías y su *team* en Caracas, por los cuales le doy nuevamente mi sincero agradecimiento.

I. EL ESTADO FEDERAL *EVOLUTIVO*

Hablar de la *descentralización política* y, al mismo tiempo, del *federalismo*, requiere en primer lugar precisar la terminología. Si salimos de un concepto *clásico* del Estado federal, tal y como sigue persistiendo en el orden jurídico-constitucional de la Repúbli-

1. V., al respecto sobre todo el capítulo “La democracia, el cambio político y la descentralización territorial”, en: BREWER-CARÍAS, A.R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, El poder público: Nacional, Estatal y Municipal, 1996, pp. 567 y ss.; el citado está en la pp. 584.

ca Federal Alemana, estamos ante dos conceptos bien opuestos. El *clásico* Estado federal está compuesto por *Estados* (federados) en el propio sentido de la palabra (según el derecho público internacional), los que disponen por eso de una originaria *soberanía*, en un principio *ilimitada*, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Bajo *descentralización política* se entiende, en cambio y al menos y tradicionalmente en la ciencia iuspublicista alemana, el mero otorgamiento, dentro de la arquitectura *vertical* del Estado, de determinados márgenes de *autonomía* o *auto-gobierno* (*Selbstverwaltung*) desde un principio *limitados*, a antes administrativos inferiores del Estado central (la *Federación* o el *Bund*) o bien de los Estados Federados (los *Länder*)².

No obstante, habrá que subrayar, en un segundo lugar, la perogrullada de que no existe un concepto fijo o predeterminado de lo que es precisamente un Estado federal ni una teoría unánimemente aceptada del *federalismo* por la doctrina socio-política o jurídica, sino que cada sistema federativo y también, de manera más general, cada sistema de un Estado *descentralizado* o (y en terminología española) *compuesto* es en primer lugar fruto de las específicas condiciones socio-económicas y políticas y, por supuesto, jurídico-constitucionales en cada país³, de manera que pueden oscilar hasta confundirse las líneas separadoras entre sistemas *federativos* y meramente *descentralizados*. Al mismo tiempo resulta obvio también el carácter enormemente dinámico o bien *evolutivo* de cada sistema descentralizado, cuyo desarrollo depende en gran medida de la persistencia o no de las mencionadas condiciones marcos. Semejantes evoluciones se pueden imaginar en el sentido de una aún mayor diversificación o incluso descentralización de las estructuras organizativas y administrativas, por ejemplo a través de una mayor transferencia de competencias estatales y de las respectivas fuentes de financiación a los niveles inferiores (sean los *Länder*, Comunidades Autónomas, otro tipo de *regiones*, o bien las corporaciones locales).

Por el otro lado, los cambios se pueden producir también en el sentido de una mayor armonización o *unificación* en favor del conjunto estatal, especialmente mediante una mayor dosis de coordinación (unilateral) por parte del poder central o a través de la intensificación de los mecanismos de cooperación (bi o multilateral) entre los entes territoriales así como entre ellos y el Estado central⁴. Está claro además que la orientación y el alcance de las modificaciones de cada Estado *compuesto* dependen en gran medida también de sus respectivos rasgos históricos: Así, y para poner un ejemplo, las modificaciones estructurales pueden o suelen tomar un rumbo bien distinto, dependiendo de si se trata, como en el caso de la República alemana, de un ordenamiento federal, que está caracterizado por la tendencia, ya histórica, de todos sus entes territoriales hacia la unidad o armonía del todo⁵, o si contemplamos el caso del *Estado autonómico* español, donde la mayor diversidad de sus *naciones* y *regiones* suele traer consigo cada vez nuevas tensiones pluralistas o incluso *centrifugales*.

2. Especialmente en el caso de las corporaciones locales (municipios, comarcas, mancomunidades), cámaras profesionales (p.ej. cámaras de comercio o de abogados), universidades, emisoras públicas de radio y televisión así como de las iglesias católica y protestante, constituidos en Alemania tradicionalmente como *corporaciones de Derecho público*.

3. V., por todos STERN, K., *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2a. ed., 1984, especialmente pp. 644 y ss.; también: KIMMICH, O. en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Isensee/Kirchhof (eds.), vol. I, 2a. ed., 1995, pp. 1114 y ss., que destaca, como elemento más característico del federalismo su *indefinitiva pluralidad* (*ibid.*, pp. 1115).

4. V., otra vez y sobre ambos fenómenos BREWER-CARÍAS, A.R. *op. cit.*, especialmente pp. 573 y ss.

5. Aquel carácter significativo puede ser contemplado, sin duda ninguna, como un *leitmotiv* no sólo de la historia del Estado (no tuvo lugar ninguna, y verdadera, *revolución*) alemán sino también de la cultura (romanticismo) e incluso del *alma* (mentalidad) alemana.

Visto todo esto habrá que destacar unas alteraciones actuales y específicas de las condiciones de ser del Estado, que llevan consigo considerables necesidades de adaptación y de evolución, tal vez para cada sociedad moderna, pero que constituyen unos desafíos significativos especialmente desde la perspectiva de los ordenamientos federativos o descentralizados. En el caso del Estado federal alemán se trata ante todo de los siguientes *movimientos*, que muestran fuerte interdependencia entre sí y que producen una cierta presión hacia un reajuste del sistema en su conjunto:

1. La crisis económica del Estado prestador

Figuran en primer lugar los fuertes cambios económicos, motivados ante todo por una cierta crisis del Estado social o bien del Estado *prestador* (*Leistungsstaat*). Considerando a la vez el fuerte aumento y el agravado estado de los servicios de la mano pública y sobre todo de sus prestaciones sociales (seguridad social, seguridad de desempleo y de rentas, bajo la impresión, entre otros, de los datos demográficos poco favorables en Alemania) así como el crecimiento de cada vez nuevas tareas de prestación (especialmente: infraestructuras públicas de transporte y de comunicación; protección del medio ambiente) durante los más de cincuenta años de la posguerra, resulta obvio que el tradicional Estado social está llegando a los límites de sus recursos financieros, y con esto, de sus capacidades prestadoras. La crisis del *Etat providence* o, en palabras alemanas (del iuspublicista *Ernst Forsthoff*), del Estado de la “*öffentliche Daseinsvorsorge*” deja sus huellas también en las estructuras federativas del país, de manera que las instituciones y relaciones federales se encuentran más que nunca en el banco de prueba, sobre todo en lo referido a su rentabilidad y su financiación. En el caso alemán habrá que añadir un dato especial que es el proyecto de la reunificación del año 1990 con el *todavía* no del todo terminado y altamente costoso proceso de la equiparación de las condiciones de vida en los Estados federados entre la Alemania Oriental y Occidental.

2. Liberalización y privatización

Las reclamaciones hacía una *retirada* del Estado prestador, emanadas de las mencionadas preocupaciones económicas, pero también de unas dudas cada vez más corrientes acerca de la incapacidad de dirección (*Steuerungsfähigkeit*) del antiguo Estado nacional en un entorno internacionalizado y caracterizado por el complicado paralelismo de nuevos y múltiples centros de decisión⁶ en la sociedad abierta y *multipolar*⁷ provocan cambios fundamentales. Esto vale especialmente en lo referido a la prestación y el control de lo que eran anteriormente los llamados *servicios públicos*: Bajo las fórmulas de la *liberalización y privatización*⁸ y muchas veces a consecuencia de respectivos requeri-

6. Por ejemplo: Empresas multinacionales, organizaciones no-gubernamentales. En general debemos decir que el proceso de globalización pone en duda no sólo la soberanía estatal sino también la capacidad de decisión *autónoma* de sus entes descentralizados o federativos.

7. V., sobre estos fenómenos (se habla también de la *democracia de malla* o de *varios niveles de decisión, Netzwerk o Mehrebenendemokratie*): ELLWEIN/HESSE, *Der überforderte Staat*, 1994; LUHMANN, N. “Staat und Politik”, en LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 4*, 1987, pp. 74 y ss.; JÄNICKE, M. *Staatsversagen – Die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft*, 1986; GRIMM, D. (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

8. En la doctrina alemana se suele distinguir entre la privatización *formal* u *organizativa* (= mera transformación de una empresa pública en persona jurídica-privada), la privatización *funcional* (= encargo o

mientos del derecho económico internacional o europeo ya se ha dejado buena parte de las tradicionales prestaciones puramente *estatales* a la iniciativa *concurrente* entre operadores privados, públicos o públicos-privados (*Public Private Partnership*). La tendencia hacia una mayor transferencia de antiguos servicios estatales a terceros se ve vivificada, además y esta vez debido al alarmante estado de los presupuestos públicos, por los lemas de la modernización y del adelgazamiento de la Administración pública (*lean administration* en el marco del *New Public Management*).

Con el nuevo reparto o bien desplazamiento de las tareas y cargas públicas, el Estado se retira cada vez más al mero control del cumplimiento de los asuntos públicos por los particulares; se habla de la metamorfosis del *Estado prestador* al *Estado de garantía* (*Gewährleistungsstaat*; lema: *timonear en lugar de remar*⁹), entra en el juego el tema de la *regulación*, y esto con claras repercusiones en el ordenamiento federativo: El problema radica en que en no pocas ocasiones la dirección y el control sobre los nuevos operadores de servicios públicos, originalmente cumplidos exclusivamente por los entes administrativos regionales o locales, se trasladan bien a niveles administrativos superiores o bien a nuevas instituciones de la llamada *auto-regulación* (*Selbstregulierung*) por propios entes de la sociedad (o industria)¹⁰. Así, los anteriores titulares públicos se ven privados de sus esferas de influencia, pero también de sus fuentes de ingreso, como sucede en el caso de las corporaciones locales en Alemania, cuyos hasta ahora monopolizados servicios públicos (suministro de energía, transporte público, depósito y tratamiento de residuos etc.) se ven obligados a competir con los nuevos operadores privados¹¹ (ver también *infra* III).

3. Internacionalización, especialmente europeización

Los movimientos antes descritos emanan, como ya se aludió, en gran parte del fenómeno de la sucesiva apertura de los mercados nacionales (*globalización*), que por su parte es motivado por el disparado desarrollo de las técnicas de transporte y de la comunicación. Aquel proceso favorece sin duda, y como es de observar claramente en el caso de la Unión Europea, las tendencias hacia una mayor integración de las economías y políticas nacionales en zonas de libre comercio o bien de mercados comunes. El suce-

concesión de un privado -con o sin adjudicación de concretas potestades públicas- para llevar a cabo un servicio de origen público o estatal), la privatización *material* (= propia apertura de antiguos monopolios administrativos, p.ej. telecomunicaciones, para la actividad económica-privada) y finalmente la privatización *financiera* (= realización de proyectos infraestructurales, p.ej. carreteras, aeropuertos, mediante el apoyo financiero de terceros). Para más detalles, p.ej. acerca de la combinación de aquellos modelos, V., p.ej.: M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, pp. 71 y ss.

9. *Steer instead of row*, según OSBORNE/GABLER, *Reinventing Government, How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, 1992. Sobre el concepto del “Estado de garantía (de los servicios públicos)” desde una perspectiva alemana básicamente: SCHUPPERT, G.F. (ed.), *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat – Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, 1999; véase también y con más referencias PIELOW, J.-Ch. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, pp. 344 y ss.

10. Sobre el tema (y la problemática) de la *auto-regulación* por entes privados véanse recientemente las contribuciones a la obra colectiva “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates”, edición especial (Beiheft 4) de la revista *Die Verwaltung*, 2001.

11. Sobre las relaciones y tensiones entre la liberalización de los servicios públicos y la posición de los Estados federados y corporaciones locales en Alemania véase PIELOW, J.Ch. “Öffentliche Daseinsvorsorge als Herausforderung für die deutschen Länder und Kommunen - Stand und Perspektiven” en *Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung* (ed.), *Jahrbuch des Föderalismus* 2001, 2002, pp. 163 y ss.

sivo fortalecimiento competencial de las respectivas organizaciones inter o supranacionales, sin embargo, lleva consigo el correspondiente vaciamiento de la soberanía nacional. Esto significa al mismo tiempo, y como es de mostrar con más detalle más adelante, la sucesiva pérdida de las posibilidades de participación o cooperación de los entes federativos o descentralizados, todo según el lema: Donde ya no hay competencia del Estado, tampoco queda espacio para la influencia por parte de sus organismos inferiores.

4. Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿Modernización o modificación del federalismo?

Mucho se ha hablado, y se sigue hablando, ante este panorama de los continuos cambios profundos y paradigmáticos, de la *crisis del Estado nacional* y especialmente de la *crisis del Estado federal*¹², con las consiguientes reclamaciones hacia unas modernizaciones profundas, si no: modificaciones sustanciales del sistema federativo en vigor. Ciertamente que las evoluciones actuales requieren una nueva e intensa reflexión sobre la adecuación y adaptabilidad de las estructuras existentes. Pero y a pesar de todo: La necesidad de reflexionar implica también, si no ante todo, la oportunidad para estabilizar y profundizar el ordenamiento estatal, todo en el sentido de una considerable mejora de la efectividad de sus instituciones y procedimientos de decisión según los postulados del Estado social y democrático de Derecho así como de la rentabilidad de sus instituciones y procedimientos de actuación. Buena muestra de esa cara *constructiva* de la moneda es la coyuntura aparentemente alta que poseen, justamente en estos momentos difíciles, las ideas descentralizadoras y hasta federalistas en los países con mayor tradición centralista, como por ejemplo en Italia¹³ y últimamente también y nuevamente en Francia¹⁴, por no hablar del ímpetu del concepto federativo como *leitmotiv* en las actuales deliberaciones sobre *El futuro de la Unión Europea* cuyo reto consiste en preparar un futuro Tratado Constitucional.

El actual debate político-federativo en Alemania se lleva a cabo, desde una perspectiva meramente jurídico-constitucional, entre dos polos bien opuestos: Por un lado, la necesidad de crear, como dice el art. 72 párr. 2 de la Ley Fundamental (en adelante: LF), “condiciones de vida equivalentes en (todo) el territorio federal” así como del “mantenimiento de la unidad jurídica y económica en interés de la totalidad del Estado”. Del otro lado están los postulados que visan en la dirección inversa, es decir: hacia una mayor individualización, descentralización y, palabra clave, *auto-responsabilidad* de los Estados federados así como del allí incorporado escalón de la administración lo-

12. En este último sentido por ejemplo: VOLKMANN, U., “Föderalismus in der Krise?”, en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1998, pp. 613 y ss.; también las contribuciones a la obra colectiva de MÄNNLE, Ursula (ed), *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz*, 1998 (especialmente ARNDT, H.-W., *Erneuerter Föderalismus*, *ibid.*, pp. 31 y ss.); últimamente: BAUER, H., “Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland”, en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2002, pp. 837 y ss. Acerca de la situación en Austria: BUBJÄGER, P., “Der sklerotische Bundesstaat – Modernisierungsprobleme im österreichischen föderalen System”, en: *Zeitschrift für Politik (ZfP)* 2002, pp. 149 y ss.

13. V., p. ej. LUTHER, J., “Die Verfassung in Zeiten des Übergangs: italienische Beobachtungen”, en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, 2002, pp. 331 y ss.

14. V., p. ej., BERNARD, P. La décentralisation à la française, en *Actualité juridique – Droit Administratif (AJ-DA)*, 2002, pp. 1253 y ss.

cal¹⁵, todo en el sentido de las propias razones de ser de una arquitectura federativa, a decir, y en síntesis:

(1) la necesaria consideración de las diversas tradiciones e identidades geográficas, políticas y socio-culturales, históricamente desarrolladas, en los diferentes *Länder* (en España se suele hablar del *pluralismo político*);

(2) la contribución a una mayor separación (*vertical*) y el control de los poderes públicos a través el reparto de las tareas legislativas, ejecutivas y jurídicas (así como de su financiación) entre el Estado (*Bund*) y los Estados Federados (*Länder*), con el consiguiente descargo del poder central, la mayor cercanía al ciudadano (con las inmanentes posibilidades de su participación en los asuntos públicos) así como el gran potencial de flexibilidad y de disposición para experimentar y competir con los demás centros de decisión en el desarrollo de las resoluciones políticas;

(3) finalmente el plusvalor que emana de todas estas ventajas para la capacidad del conjunto sistema estatal para resolver los conflictos políticos y, por consiguiente, para el refuerzo de la libertad individual, de la seguridad jurídica y de la democracia.

A. Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo *unitario* y *cooperativo*

El sistema federativo alemán evolucionó, en las cinco décadas de la posguerra, sobre todo y en el interés de llevar a cabo el finalmente exitoso modelo del *Estado social* en la dirección de una mayor armonización y equiparación de las estructuras y procedimientos políticos con el fin de crear la mayor igualdad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional, todo según el conocido lema del *Estado federal-unitario* (Konrad Hesse, 1962). En un principio estaba previsto además, como ya dijimos (vid. *supra* con nota al pie 15), la estricta separación de las distintas esferas de responsabilidades y potestades públicas entre el centro (*Bund*) y los *Länder*, mientras que el panorama actual está caracterizado (bajo el eslogan, en un principio pragmático-positivo, del *federalismo cooperativo*) más bien por una multitud de competencias y mecanismos de decisión *mixtos*; en pocas palabras: una pluralidad de *interconexiones* (muchas veces solamente informales) entre los centros políticos que tienden a entorpecer considerablemente el llevar a cabo unas políticas independientes o auto-responsables en los Estados federados.

A esta problemática se suma un fenómeno típico de las condiciones políticas en Alemania, el llamado *entrelazamiento de la política* (*Politikverflechtung*): Significa el preocupante hecho de que las decisiones tomadas en el curso de los distintos mecanismos de cooperación entre la Federación y los Estados Federados (así como entre ellos mismos) obedecen en cada vez mayor medida no tanto a los propios intereses de los distintos *Länder* sino a los intereses de los partidos políticos, dado que los representantes de los *Länder* suelen pertenecer a la vez a uno de los grandes partidos (especialmente: cristiano-demócratas, CDU y social-demócratas, SPD) con organización en el ámbito *na-*

15. Son cruciales en este contexto los propios principios centrales del federalismo alemán (subsidiaridad), descritos especialmente en el art. 30 LF ("El ejercicio de la competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita otra cosa", así como –para la Administración local– en el art. 28 párr. 2 LF: "Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad *todos los asuntos de la comunidad local*"; sobre el principio de la *autonomía local* véase sobre todo la sentencia del Tribunal Constitucional Federal en: BVerfGE 79, pp. 127 y ss.

cional y que no existen, como sucede por ejemplo en Suiza o también en España, partidos políticos con propia programática y correspondientes intereses en el ámbito puramente *regional*. Esto puede llevar a lo que se llama *trampa del entrelazamiento de la política -Politikverflechtungsfalle* (Fritz Scharpf), en la medida en que los crecientes conflictos objetivos entre la Federación y los Estados Federados (resultado de crecientes desigualdades económicas) y el consiguientemente decreciente consenso sobre lo que era el *federalismo cooperativo* por un lado y los propios intereses de los partidos políticos por el otro lado tienden a perjudicar la propia capacidad de actuar del Estado en su conjunto.

B. ¿Federalismo *competitivo* como resolución? Preguntas claves

Ante estas tendencias, todavía amplificadas por el proceso de la reunificación alemana con la tensión entre alarmantes desigualdades en los *Länder* del Oeste (por ejemplo en lo referido a las cuotas del desempleo) y el necesario apoyo *solidario* por parte del Estado y los demás *Länder*, no debe extrañar que los conceptos tradicionales del Estado federal-unitario y del federalismo cooperativo se ven enfrentados con cada vez mayor frecuencia a nuevas reclamaciones de reforma: Domina en este contexto especialmente el nuevo, y radical, reto del denominado *federalismo de competición* (*Wettbewerbsföderalismus*). Sus defensores, entre ellos los portavoces de los económicamente más poderosos *Länder* (como Baviera y Baden-Württemberg) así como expertos (*modernistas*) de las ciencias administrativas y económicas, optan, aparentemente inspirados por la *invisible hand* de la competencia en la economía de mercado, en primer lugar por una mayor independización o nueva *autonomización* de los entes territoriales en el sistema federal. Entre las propuestas de reforma destaca la vuelta a la antigua separación estricta de las competencias estatales y regionales, mediante una considerable reducción de los mecanismos *cooperativos* o bien *solidarios* entre los *Länder* así como entre ellos y el Estado central. Voces más moderadas critican la estrecha relación con el tema *modernista* de la *economización* del Estado y del Derecho público y administrativo. Habrá que considerar, que una estructuración del Estado según los criterios meramente *económicos* y de *rentabilidad* resulta difícil si no imposible, si se considera la amplia vinculación de todos los sectores públicos a los fines del *interés general* y *bien público*¹⁶.

Estamos entonces en el medio de un amplio debate no tanto acerca del *¿si?* sino más bien sobre el *cómo* de una modernización del sistema federal alemán en el curso del cual ya se han presentados varias e importantes propuestas de reforma¹⁷. No pocas de

16. Cf. H. Bauer, *op. cit.*, pp. 843, con más referencias.

17. Entre las propuestas más importantes habrá que destacar un documento consultivo del 23 de mayo del 2000 sobre *Stärkung des Federalismus* (El refuerzo del Federalismo) de los Presidentes en los Parlamentos de los *Länder*, publicado en una edición especial de la "Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)", 2000; además: "Modernisierung des Föderalismus – Stärkung der Eigenverantwortung der Länder" (Modernización del Federalismo - Refuerzo de la autoresponsabilidad de los *Länder*), posición común de los *Länder* Baden-Württemberg, Baviera y Hessen sobre la necesaria reforma del federalismo (Bonn, julio de 1999). De la esfera económica: Dictamen anual 1997/98 del Consejo de Expertos para el examen del desarrollo económico (*Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*), en: Impresos del Parlamento Federal (*Bundestags-Drucksache*) 13/9090, pp. 185 y ss.; también los Informes Económicos de la OECD 1997-1998 (*Bundesrepublik Deutschland*), 1998, pp. 80 y ss., así como E. Wurzel, Towards more efficient government: Reforming federal fiscal relations in Germany (OECD-Economic Department Working Paper n° 209 (ECO/WKP[99]1), 1999; finalmente: *Entfaltung 2005, Zehn Vorschläge zur Optimierung der Regierungsfähigkeit im deutschen Föderalismus* (Desconcentración 2005 - Diez propuestas para optimizar la capacidad de gobernar

ellas requieren incluso unas sustanciales enmiendas constitucionales, si bien la realización de semejantes opciones parece, en vista de las necesarias mayorías calificadas (un 2/3 de los votos) en el Parlamento Federal (*Bundestag*) así como en la Cámara para la representación de los intereses de los *Länder* (*Bundesrat*), a corto plazo poco probable.

Para ilustrar los ejes principales de aquellas propuestas y de algunos proyectos de reforma ya introducidos en la República Alemana, podemos distinguir entre aspectos que conciernen las propias *instituciones* del ordenamiento federativo (II), los aspectos en lo relativo al reparto de las competencias legislativas y ejecutivas (III) y finalmente los aspectos *financieros* (IV).

II. ASPECTOS INSTITUCIONALES

En lo referente a las instituciones del ordenamiento federativo habrá que aludir a los debates sobre posibles modificaciones del propio mapa geográfico de los distintos entes territoriales (1) así como a las relaciones y procedimientos de cooperación y de coordinación entre ellos (2).

1. Número y dimensión de los entes territoriales

La Alemania reunificada cuenta con un total de 16 Estados federados, entre ellos los cinco *nuevos Länder* en el Este del país¹⁸. Considerando la fuerte y persistente heterogeneidad de las condiciones económicas especialmente entre los *Länder* de la antigua República Federal y los nuevos territorios en el Este, no asombra que, como fruto de la reunificación, hayan resucitado también los debates acerca de la reorganización del número y del ámbito de los Estados federados, y esto no sólo en la parte oriental del país. Con las mismas razones, a decir: las muchas veces decreciente capacidad económica y presupuestaria así como la consiguiente insuficiente capacidad administrativa especialmente en los pequeños *Länder*, se reclaman también fusiones entre los *antiguos* Estados Federados, sobre todo en el caso de los Estados-Ciudades de Berlín, Bremen y Hamburgo así como del *Land* de la Sarre (*Saarland*), cuya economía sufrió mucho debido a la crisis de su industria minera y de acero, y de *Schleswig-Holstein* en el extremo Norte, un *Land* de corte rural y con poca importancia industrial.

A los ya mencionados motivos para un reajuste del *mapa federal* se suman otras, no menos convincentes razones: Se trata de llegar a unas circunscripciones políticas y administrativas¹⁹ equiparables (las respectivas propuestas prevén unos siete u ocho en vez de los 16 Estados Federados actuales) sin necesidad del apoyo cooperativo o solidario, en primer lugar de manera financiera, por los demás *Länder* y la Federación. Además, el mantenimiento del cuerpo político-administrativo de los pequeños *Länder* suele con-

en el federalismo alemán), Informe de la comisión "Política constitucional y capacidad de gobernar" de la Fundación *Bertelsmann*, 2000; para más referencias véase también: *G.F. Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, pp. 943 y ss., y *BAUER*, H. *op. cit.*

18. Brandenburgo, Mecklemburgo-Antepomerania, Sajonia, Sajonia-Anhaltina y Thuringia.

19. Según el art. 29 párr. 1 LF "el territorio federal puede ser reorganizado para garantizar que los *Länder*, por su tamaño y su capacidad económica, estén en condiciones de cumplir eficazmente las tareas que les incumbe". A tal efecto "deberán tenerse en cuenta las afinidades regionales, los contextos históricos y culturales, la conveniencia económica, así como las exigencias de la ordenación territorial y planificación regional".

sumir, en comparación con los demás Estados, unos costos *per cápita* considerablemente elevados. Finalmente, los Estados-Ciudades de Berlín, Bremen y Hamburgo forman el centro de unas áreas metropolitanas que superan su propio territorio estatal, lo que requiere una mayor coordinación y cooperación entre aquellos Estados-ciudades y su entorno, que pertenece al respectivo *Land* vecino (i.e: Bajo-Sajonia resp. Brandenburgo). Mediante la fusión se pretende fomentar la competitividad económica de estas áreas en su conjunto así como su representación a nivel nacional y europeo²⁰.

El llevar a cabo la debida refundición del mapa federal se ve dificultado, sin embargo, por el obvio riesgo de perder, con sus instituciones parlamentarias y gubernamentales, la identidad y la representación *propia* en el concierto político-democrático, pero también por la aparente falta de incentivos para la aprobación²¹ de las respectivas fusiones por parte de los pequeños *Länder*. Así, el sistema de la financiación de los Estados federados alemanes sigue conteniendo unos mecanismos específicos para la compensación de los insuficientes presupuestos en los *Länder* más pequeños, especialmente mediante las *asignaciones especiales (Sonderzuweisungen)* por parte de la Federación (para el mantenimiento de las instituciones políticas o para la realización de determinados proyectos infraestructurales) o bien a través de la compensación financiera *horizontal* entre los Estados federados *ricos y pobres*, un sistema que lleva más bien a la paralización que a la estimulación de la propia iniciativa política-económica en los respectivos *Länder* y que ha provocado, por esta misma razón y especialmente por parte de los Estados *donantes (Geberländer)*, un intenso debate político-jurídico sobre su debida reforma (véase *infra* IV). Por otro lado consta que las propias reservas *regionalistas* frente a una armonización del mapa federal no existen de tal manera que podrían imaginarse en el caso de las regiones (o *nacionalidades*) españolas, debido sobre todo a la hoy en día mayor movilidad de los ciudadanos en el territorio alemán. Desde luego, el actual reparto del territorio nacional alemán obedeció (al menos en el caso de la Alemania occidental) no tanto a tradiciones histórico-culturales o *folclóricas* sino en primer lugar (y especialmente en el caso de los meramente artificiales *Länder con guión* como *Baden-Württemberg, Norte del Rhenania-Westfalia* o *Schleswig-Holstein* a la voluntad de las fuerzas de ocupación en la inmediata posguerra. En la parte oriental del país, sin embargo, el reestablecimiento de los cinco *nuevos* Estados Federados recogió, tras la abolición de aquellos *Länder* durante el régimen de la ex-RDA, la tradición de los antiguos territorios durante el *Reich* alemán. Quizá es este un motivo por el cual fracasó el último intento de fusión entre dos Estados Federados, concretamente entre el *Land* de *Brandenburgo* y el Estado-ciudad de Berlín, en el mes de mayo del 2001²².

20. El hecho de que mucha gente suele trabajar en Berlín, Bremen o Hamburgo mientras que sus viviendas se encuentran en las afueras, lleva consigo también fuertes desigualdades en los ingresos tributarios de estos Estados-Ciudades que al mismo tiempo tienen que mantener y financiar las especiales infraestructuras céntricas (universidades y escuelas superiores, hospitales, instituciones culturales etc.) para el disfrute de todos los ciudadanos de la zona entera.

21. Según el artículo 29 LF, las medidas de reorganización del territorio federal deberán adoptarse mediante ley federal que requiere la ratificación por referéndum en cada uno de los *Länder* afectados.

22. V., al respecto, por ejemplo, KEUNECKE, U., *Die gescheiterte Neugliederung Berlin-Brandenburg*, 2001. Por otra parte y ante el hecho de que el correspondiente referéndum encontró un considerable apoyo por los ciudadanos berlineses mientras que la mayoría de los electores de Brandenburgo votó en contra del proyecto, aparece más probable, que el fracaso de la fusión (que se pretende repetir, según sus protagonistas, en un futuro próximo) se debió a fuertes reservas, por parte de los Brandenburgeses, frente a una mayor preponderancia política y económica de la capital alemana en la región. Por lo demás, los Gobiernos regionales en la Alemania Oriental están optando actualmente más bien por la *cooperación* de sus cuerpos administrativos (en lugar de la fusión que llevaría también a una reducción de los votos del "Este" en la Cámara de la representación de los *Länder*, el *Bundesrat*), por ejem-

2. El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo

Reajustes del sistema federal se reclaman también en vista de otro dato significativo, a decir: La progresiva pérdida de influencia de los Parlamentos regionales. Aquel fenómeno se debe a varias razones:

A. El predominio de la legislación federal

Por un lado, se observa, ya desde hace mucho tiempo y en virtud del propio concepto del Estado federal *unitario*, el sucesivo traslado de la labor legislativa al Parlamento federal (*Bundestag*). Esto vale sobre todo para las materias de la llamada legislación *concurrente* entre el *Bund* y los *Länder* (art. 74 LF), donde la Federación posee, según el ya citado artículo 72 párr. 2 LF, el derecho de legislar

siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

Este precepto ha sido, durante las cuatro décadas pasadas, objeto de una generosa interpretación extensiva por la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional Federal aceptó especialmente un amplio margen de apreciación en favor del legislador federal, con lo cual este último absorbió sucesivamente la totalidad de las materias de la legislación concurrente sin que los *Länder* pudieran oponerse por la vía jurídica.²³ Tuvo lugar, además, un considerable aumento de la *legislación-marco* de la Federación, de manera que muchas políticas, en un principio *autónomas* de los *Länder* como por ejemplo en materia de formación universitaria, se veían, otra vez con el fin de crear, condiciones de vida equivalentes o de mantener la unidad jurídica y económica del país condicionadas por las disposiciones-marco del legislador federal. Un significativo mejoramiento de la situación legislativa de los *Länder* es de lograr sobre todo a través de un reajuste del propio reparto de las competencias por el orden jurídico-constitucional que voy a esbozar más adelante (III).

B. La expansión de la legislación *administrativa*

Por otra parte, la pérdida de influencia de los Parlamentos no sólo regionales sino también del propio Parlamento federal (*Bundestag*) es fruto de un considerable avance de la legislación *administrativa*, es decir, del aumento especialmente de los decretos legislativos (*Rechtsverordnungen*) de los distintos Ministerios federales. Considerando la progresiva complejidad de muchas materias legislativas (especialmente en los campos del Derecho técnico y medioambiental) por un lado así como la debida flexibilidad y adaptabilidad del proceso normativo por otro lado, el propio legislador federal suele ceder cada vez mayores márgenes de operación al Gobierno Federal, un proceso que en

plo mediante instituciones comunes en materias de infraestructura y de obras públicas o en el campo de la radiodifusión, Cf., *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 21 de enero 2003, pp. 4 (“Gegen die Kleinstaaterie – Zusammenarbeit statt Fusion im Osten”).

23. V., al respecto p.ej. CALLIESS, Chr. “Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus”, en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1997, pp. 889 y ss.

cierta medida choca con la propia tradición jurídico-constitucional alemana²⁴ y que todavía se ve vivificado por el hecho de que la necesaria transformación de las (múltiples) Directivas de la Unión Europea en el Derecho de los países miembros no exige, como expresó reiteradamente el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, una ley parlamentaria sino que se admite también (y se aplica cada vez con mayor frecuencia) la vía reglamentaria.

C. ¿Compensación mediante cooperación?

En el caso de los Parlamentos regionales el vaciamiento del poder legislativo se ve sólo parcialmente compensado por los específicos mecanismos del federalismo *cooperativo*, sobre todo cuando se requiere el consentimiento positivo a las leyes parlamentarias (y tal vez, según el art. 80 párr. 2 LF, de los decretos legislativos de un Ministerio federal) por la Cámara federal de la representación de los *Länder*, el *Bundesrat*²⁵. Cuando se trata, en cambio, de la transformación de las Directivas europeas, habrá que aludir a los procedimientos específicos de coordinación entre Federación y los *Länder* en los asuntos europeos: El artículo 23 (párr. 2 a 7) LF prevé, si bien con una cierta vaguedad, la participación del *Bundesrat* o bien de los respectivos *Länder* en las decisiones de la Federación acerca de la legislación europea (en el Consejo de la UE), cada vez cuando su posterior transformación a nivel nacional afecte a materias de la legislación de los Estados Federados²⁶. Al lado de estos mecanismos existen múltiples técnicas de la cooperación *informal* entre la Federación y los *Länder*, que se llevan a cabo sobre todo mediante las diversas Conferencias de Ministros (*Ministerkonferenzen*) según la respectiva materia en cuestión (p.ej. política interior, régimen escolar y universitario etc.), así como la posibilidad de contraer Tratados o Convenios entre los Estados federados (*Staatsverträge*, p.ej. en materias de la radiodifusión pública).

No obstante, son justamente aquellos instrumentos del federalismo cooperativo que traen consigo otro motivo para la sucesiva debilitación de la política de los *Länder* y especialmente de sus Parlamentos. Resulta obvio, en primer lugar, que por ejemplo los Tratados y Convenios entre los *Länder* a nivel *nacional* socavan la libre decisión parlamentaria en cada *Land*. Otra amenaza para la política *autónoma* a nivel de los *Länder* lo constituye el ya mencionado fenómeno del *entrelazamiento* entre los intereses puramente regionales y aquéllos de los grandes partidos políticos a nivel nacional (*Politikverflechtung*, véase *supra* I 4 a). Surge así la tendencia, por parte de los representantes de los *Länder* en los procesos de cooperación, a *abusar* de aquellos procedimientos para conseguir en primer lugar los objetivos del propio partido político, si bien se puede oponer, que un posible predominio de los intereses meramente partido-políticos se ve debilitado por el hecho de que ningún Gobierno regional podrá permitirse a lo largo (y

24. Así y al contrario de lo que sucede en otros países, por ejemplo en Francia, la Ley Fundamental (artículo 80) admite la legislación *ejecutiva* únicamente, y como resultado de las malas experiencias tenidas durante el régimen nacionalsocialista, cuando los *Decretos de emergencia* (*Notverordnungen*) abrieron el camino hacia la dictadura – bajo unos requisitos bien restringidos.

25. El consentimiento del *Bundesrat* se requiere según lo prescrito en disposiciones singulares de la Ley Fundamental y generalmente (conforme al art. 84 párr. 1 LF) cada vez, cuando la ejecución de una Ley federal afecte la organización de los autoridades y el procedimiento administrativo en los *Länder*.

26. Para más detalles véanse también la Ley sobre la cooperación entre la Federación y los *Länder* en los asuntos de la Unión Europea (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*) del 12 de marzo de 1993 (BGBl. I p. 313).

con respecto al electorado en el respectivo *Land*) de desatender demasiado los propios intereses económicos y políticos de su región²⁷.

De todas maneras observamos que la injerencia de los intereses político-partidistas suele llevar a situaciones poco constructivas especialmente en la ya tradicional situación en la que la mayoría política a nivel federal difiera considerablemente de las condiciones de poder en la mayor parte de los Gobiernos regionales (como fue el caso durante la segunda parte de la legislatura bajo el canciller *Helmut Kohl* y que también es así, bajo relaciones políticas inversas, en la actualidad: mayoría socialdemócrata a nivel federal; predominio *conservador* en la mayor parte de los *Länder*). Esto lleva al fenómeno que en Francia se llama *cohabitation*, en la medida en que la mayoría política en el *Bundesrat* se opone a las propuestas legislativas de la Federación con el consiguiente *bloqueo* de la labor del Gobierno federal; una postura especialmente frustrante cuando se trata, como en la actualidad y en vista de la crisis económica que está sufriendo la República alemana, de llevar a cabo debidas reformas por ejemplo en materia de política tributaria, de seguridad social o del Derecho laboral. Recientemente, incluso el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) tuvo que articularse con respecto a semejantes tácticas políticas. Fue en el contexto de la polémica reforma del régimen legislativo sobre la inmigración, cuando el correspondiente proyecto-ley del Gobierno social-demócrata, ya aprobado por el Parlamento federal (*Bundestag*), corrió el riesgo de no encontrar, debido a la divergente mayoría política en el *Bundesrat*, el en este caso necesario consentimiento por esta Cámara alta. El comportamiento equivocado bajo muchos aspectos de algunos delegados en el *Bundesrat*, que pretendían forzar la aprobación en favor de la ley a toda costa, finalmente no provocó (a pesar de algunos temores en la prensa) una *crisis constitucional*, pero sí que llevó a una sentencia del Alto Tribunal que contempló la ilegalidad del procedimiento en cuestión, no obstante el resultado práctico que se debió reabrir el proceso legislativo. De todas maneras, el juicio podía ser interpretado en el sentido de un considerable fortalecimiento de las políticas regionales, y en contra de las maniobras político-partidistas en el *Bundesrat*²⁸.

Con el fin de limitar la posibilidad de *bloqueo* de la legislación federal por parte de la Cámara Alta se reclaman además, y en interés de poder llevar a cabo los actualmente debidos proyectos para una sostenible restauración del Estado social alemán propias enmiendas constitucionales que visan a una diferenciada ponderación de los votos en el *Bundesrat*²⁹ o bien a una considerable reducción de la necesidad del consentimiento positivo de aquel órgano de los proyectos-leyes del Parlamento federal.

27. V., en este sentido (el ex-Presidente de la República Federal) *Roman Herzog*, en Isensee/Kirchhof, *op. cit.*, vol. 2, 2a. ed., 1998, § 44 pp. 474 y ss.; habrá que destacar además que especialmente el *Bundesrat* como órgano de los *Gobiernos* de los Estados federados, que determinan libremente sus representantes, no ha sido diseñado según el modelo del Senado en los EE.UU., donde la elección *directa* de los senadores lleva a una preponderancia todavía mayor de la influencia de los partidos políticos.

28. V., la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 18 de diciembre de 2002 (2 BvF 1 / 02), publicada bajo www.bverfg.de/entscheidungen; sobre anteriores conflictos políticos en el *Bundesrat* desde una perspectiva jurídico-constitucional: Hans Meyer (ed.), *Abstimmungskonflikte im Bundesrat im Spiegel der Staatsrechtslehre*, 2003.

29. Generalmente se requiere la mayoría absoluta de los votos (art. 52 párr. 3 LF), con lo cual las abstenciones (p.ej. por parte de los *Länder* con coaliciones mixtas de Gobierno) pueden impedir la toma de decisiones.

III. AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS

La sucesiva debilitación de los Parlamentos regionales se debe, como ya se aludió, sobre todo y a consecuencia del emblemático lema del *Estado federal unitario* al progresivo traslado de cada vez más competencias legislativas al nivel de la Federación.

1. Progresos ya alcanzados

Entre los intentos jurídico-políticos hacia una considerable revivificación de las fuerzas legislativas propiamente regionales destacan dos enmiendas constitucionales, ya realizadas en el curso del proceso de refundición del Derecho constitucional alemán tras la reunificación alemana³⁰. Conciernen las técnicas del reparto de competencias legislativas en lo referente a la legislación *concurrente* y la legislación *marco*: En este contexto es decisivo el ya citado artículo 72 LF que ha sido complementado por el reforzado concepto de la *necesidad* de una ley federal, todo en el sentido de la debida *proporcionalidad* de una regulación a nivel nacional. Se añadió además un tercer párrafo con un *derecho de readquisición*. Así, se podrá determinar “por ley federal que una regulación legislativa federal que *ya no es necesaria* será reemplazada por la legislación de los *Länder*”³¹.

Se ha criticado frente a estas enmiendas que no iban a cambiar demasiado la tradicional preponderancia de la legislación federal, ya que el *derecho de readquisición* requiere en todo caso una anterior ley del *Bundestag* y que existe el riesgo de un Derecho federal *parcial*, cuando sólo unos pocos *Länder* deciden hacer uso de la *readquisición* de su capacidad legislativa mientras que en los demás Estados federados sigue en vigor la legislación de la Federación³².

No obstante, una reciente sentencia del Tribunal constitucional federal demuestra ya los primeros síntomas hacia un cuidadoso giro de la anterior jurisdicción en favor del legislador federal: Con ocasión del reparto de las competencias legislativas sobre los servicios de asistencia a los ancianos, el Tribunal desarrolló unos criterios considerablemente agudizados en lo que se refiere precisamente a la *necesidad* de la legislación *concurrente* o *marco* por parte de la Federación. Se recortó especialmente el hasta ahora sostenido amplio margen de apreciación del legislador federal al hacer uso de sus títulos de competencia, con lo cual la iniciativa legislativa del *Bund* se encontrará en el futuro bajo un mayor control judicial. Además, una regulación legislativa federal únicamente se debe, según sigue la sentencia, contemplar como *necesaria* cuando exista un “interés *especial* en lo referido a la integración en el Estado federal” (*besonderes bundesstaatliches Integrationsinteresse*). El mero interés en una regulación *unitaria* a nivel nacional

30. Por ley federal del 27-10-1994 (BGBl. I p. 3146) responden a una *recomendación* de los Gobiernos de las anteriores dos Repúblicas alemanas frente a los poderes legislativos de la Alemania reunificada de examinar las dudas acerca de la interpretación y posibles modificaciones y refundiciones de la Ley Fundamental, y esto especialmente en lo que se refiere, “a las relaciones entre la Federación y los Estados federados” (según el artículo 5 del Tratado sobre la Unidad Alemana -*Vertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands*- del 31 de agosto de 1990).

31. Regulaciones acerca de la legislación federal ya existente con anterioridad a la enmienda contiene el nuevo artículo 125a LF.

32. V., p.ej. STETTNER, R., en Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 72 n° 30, con más referencias. De hecho, hasta ahora no se ha hecho uso de las nuevas posibilidades para referederalizar competencias legislativas, como las establecen los artículos 72 párr. 3 y 125a LF.

entonces ya no es suficiente; más bien hay que requerir que la diversidad de las regulaciones a nivel de los *Länder* lleve consigo *considerables desventajas* o *desventajas serenas* que embarazan de ninguna manera aceptable el *conjunto social del Estado federal* o la *función de la economía nacional de la República Federal*³³. Semejantes consideraciones del juez constitucional pueden sin duda contribuir a convertir el antiguo esquema de la legislación *concurrente* o *marco* de una regla en favor del Estado *unitario* en un régimen nuevamente *subsidiario*, en el cual sólo excepcionalmente se da la competencia legislativa de la Federación, con el fin de asegurar una mayor variedad, flexibilidad y también competitividad de las resoluciones políticas desarrolladas a nivel de los *Länder*.

2. Cláusulas de experimentación y legislación básica

Otro instrumento para fortalecer la labor legislativa de los Estados federados, del que se hace uso con cada vez mayor frecuencia, lo constituyen las llamadas *cláusulas de apertura* o *de experimentación* (*Öffnungs-, Experimentierklauseln*): Cuando la Federación regula de manera legítima y exhaustiva una determinada materia, les puede permitir a los *Länder* desviarse, dentro de un margen detallado, de lo prescrito en la ley federal con el fin de desarrollar o bien de experimentar propias resoluciones políticas. Como ejemplo se puede aludir a la actualmente discutida flexibilización de la retribución de los funcionarios públicos, hasta ahora regulada, y también en lo referente a los funcionarios de los *Länder*, exhaustivamente por ley federal. Un mecanismo similar se da con la nueva potestad de los legisladores regionales, realizada en el curso de la reforma del régimen universitario en el verano del 2002, de diseñar, según sus propios criterios de mérito y/o de rendimiento y dentro del margen establecido por ley federal, el sueldo de los profesores y catedráticos en los centros universitarios de cada *Land*³⁴.

Más generalmente se está pensando además -y al lado de una masiva retransferencia de competencias legislativas a los *Länder*- en la creación, otra vez mediante enmienda constitucional, de un nuevo título de la competencia legislativa en forma de la *legislación básica* (*Grundlagengesetzgebung*). Muy similar al correspondiente instrumento según los artículos 82 párr. 4 y 83 de la Constitución española³⁵ se deberá permitir a la Federación legislar sólo sobre los objetivos generales así como sobre el posible alcance de la posterior legislación de los *Länder*, postulando además los principios y criterios básicos de la materia en cuestión. La ventaja de una *ley de las bases* sería otra vez y comparada especialmente con la legislación *de marco*, que lleva a un fuerte entrelazamiento entre la política del *Bund* y los *Länder*, un considerablemente alargado margen de experimentación y de flexibilidad para llevar a cabo opciones individuales y conforme a las condiciones y necesidades específicas en cada *Land*³⁶.

33. V., la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 de octubre de 2002, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003, pp. 41 y ss, así como el primer comentario al respecto de JOCHUM, H. *ibid.*, pp. 28 y ss.

34. V., la Ley sobre la reforma de la retribución de los profesores (*Gesetz zur Reform der Professorenbesoldung*) del 16 de febrero de 2002 (BGBl. 2002 I pp. 686 y ss.).

35. Y también a la *Directiva* en el Derecho europeo, Cf., artículo 249 párr. 3 del Tratado sobre la Comunidad Europea.

36. Más detalladamente al respecto: *Informe de la Comisión Política constitucional y capacidad de gobernar* de la Fundación Bertelsmann, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

3. Reajuste de las competencias ejecutivas de los *Länder*

Al contrario de lo que sucede en el campo de las competencias legislativas, la propia ejecución de las leyes federales sigue siendo, conforme a las respectivas normas constitucionales (arts. 83 y ss. LF), en su mayor parte un asunto propio de los *Länder*, con lo cual los Estados federados deben decidir en un principio libremente sobre el procedimiento y la organización administrativa. Aquel concepto del *federalismo ejecutivo* se ve, sin embargo, también y por su parte menoscabo por las actuales tendencias centralistas. Baste señalar aquí la ya (II 2 b) mencionada superposición de la política ejecutiva de los *Länder* por la creciente labor reglamentaria del Gobierno federal, con un alcance significativo en el campo por ejemplo del Derecho medioambiental³⁷ y especialmente cuando se trata de la transformación de Directivas europeas en el Derecho nacional³⁸. Otro motivo para debilitar el poder ejecutivo de los *Länder* lo constituyen los procesos de liberalización y privatización de los antiguos servicios públicos, como es de observar en el campo del suministro energético: En la medida que este sector se ve dominado cada vez más por el Derecho (civil) de la *competencia*³⁹, desaparece la influencia directiva por parte de la Administración ministerial en cada *Land*, que hasta entonces era competente para la ejecución del antiguo Derecho (administrativo) de la energía. En su lugar actúa entonces, también porque los conflictos entre las empresas en el mercado energético liberalizado superan regularmente el territorio de un sólo *Land*, la Oficina *Federal* para la Defensa de la Competencia (*Bundeskartellamt*)⁴⁰.

Para hacer frente a estas nuevas tendencias centralizadoras se recomienda nuevamente la compensación por una intensificada *cooperación* entre la Federación y los *Länder*, especialmente mediante una mayor consideración de los intereses regionales y locales en la toma de decisión de las nuevas administraciones regulativas a nivel nacional. Habrá que añadir, por otra parte, que el proceso de la liberalización también ha llevado a fuertes re-federalizaciones, como en el campo de transporte público de cercanía (*Öffentlicher Personennahverkehr*) que se vio, en el curso de la reforma del anteriormente centralizado régimen ferroviario (*Bahnreform*) en Alemania, trasladado, si bien flanqueado por masivas garantías financieras por parte de la Federación, a la exclusiva responsabilidad de los Estados federados⁴¹.

37. Acerca de los problemas del reparto de competencias legislativas y ejecutivas en materias del medio ambiente más recientemente: PEINE, F.J., "Probleme der Umweltschutzgesetzgebung im Bundesstaat" en *Natur und Recht* (NuR) 2001, pp. 421 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, H., *Immissionsschutzrecht als Feld bundesstaatlichen Wettbewerbs?*, NuR 2002, pp. 1 y ss.; más generalmente: KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 2a ed., 1998, pp. 147 y ss.

38. Por otro lado hay que considerar que la obligación de transformación se dirige exclusivamente a los Estados Miembros. Así, la Federación se puede ver enfrentada a sanciones por el incumplimiento o mal cumplimiento de esta obligación mientras que la corrección de los fallos compete, debido al reparto de las competencias legislativas y ejecutivas, a los *Länder*. Sobre los mecanismos de reacción por parte del *Bund* en este contexto véase FISAHN, A., "Probleme der Umsetzung von EU-Richtlinien im Bundesstaat" en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2002, pp. 239 y ss.

39. Sobre todo en lo referente al acceso de terceros a las redes de suministro de gas y de electricidad (*Third Party Access*) así como al demás control de posibles abusos de posiciones dominantes en el mercado y de las fusiones entre grandes operadores.

40. V., en este contexto MÖSCHEL, W., "Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden", en: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2002, pp. 683 y ss., HERMES, G., "Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR)*, 2002, pp. 433 y ss.

41. Más detalladamente: PIELOW, J.Ch., "El transporte en Alemania en el contexto de la Unión Europea" en *Noticias de la Unión Europea*, nº 206, 2003, pp. 93 y ss. Semejantes medidas se están discutiendo en el sector de las telecomunicaciones, en lo que se refiere a la responsabilidad para asegurar los llamados *servicios universales*.

Finalmente, la problemática de una mayor influencia de la Federación en la labor ejecutiva de los *Länder* se da también en un sentido inverso, es decir: en la sucesiva y creciente transferencia por parte de la Federación de nuevas tareas *obligatorias* de la prestación administrativa como pueden ser los servicios de ayuda social o bien obligaciones para crear y mantener guarderías infantiles y otras infraestructuras públicas. Es sobre todo el escalón inferior de la Administración de los *Länder*, el nivel de las corporaciones locales, el que sufre considerablemente bajo estos fenómenos. Dado que la mayor parte de las prestaciones administrativas se llevan a cabo por los municipios y comarcas y que las transferencias de prestaciones obligatorias se realiza frecuentemente sin ninguna compensación financiera, resulta que muchas corporaciones locales están luchando ya con unos presupuestos crónicamente deficitarios que lógicamente disminuye considerablemente el margen operativo para llevar a cabo los propios asuntos de la autonomía local (por ejemplo, el mantenimiento de las instalaciones escolares, de cultura o de deporte). Esto provoca vehementes debates sobre una sostenible reforma del régimen de financiación de los entes locales, con lo cual llegamos finalmente a la bajo muchos aspectos problemática cuestión de

IV. LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FEDERADOS

Como es fácil de constatar, la discusión sobre la modernización del federalismo alemán culmina en las cuestiones del reparto de los remedios financieros entre la Federación y los *Länder* así como entre estos últimos. Para terminar este *tour d'horizon* quisiera poner de manifiesto sólo los ejes principales de los debates actuales⁴², por lo cual habrá que diferenciar entre las ayudas unilaterales por parte de la Federación (1) y la propia compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* así como entre estos últimos (2).

1. Las polémicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación

Al contrario de lo que sucede en el caso del antes expuesto traslado (sin ninguna compensación financiera) de unas prestaciones administrativas obligatorias a los *Länder* y sus corporaciones locales, la Federación, mejor: el Gobierno federal suele llevar a cabo determinados asuntos públicos ya tradicionalmente a través de específicas ayudas financieras a los Estados federados. Estamos de nuevo ante un mecanismo que provoca cada vez mayores polémicas, dada la inherente quiebra del propio principio constitucional de la *conexidad* entre las competencias administrativas y financieras (*Konnexitätsprinzip*) y, una vez más, el riesgo de la pérdida de la auto-responsabilidad de los Estados federados:

Según el artículo 104 a párr. 1 LF, la Federación y los *Länder* asumen “por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus tareas, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa”. Aquel lema de la *conexidad* entre competencia administrativa y deber de su financiación sirve para evitar cualquier tipo de la adminis-

42. Con más detalle he descrito las evoluciones actuales recientemente (y en castellano) en Instituto de Derecho Público (ed.), *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Barcelona 2002, pp. 749 y ss., especialmente pp. 755 y ss.

tración o financiación *mixta* (*Mischverwaltung*); brevemente y en un principio: Los gastos administrativos no se deben pagar por entes que no han motivado los costos (*Verursacherprinzip*). El propio texto constitucional cuenta, sin embargo, con algunas fricciones de esta idea básica: Se trata en primer lugar de las llamadas *tareas comunes* (*Gemeinschaftsaufgaben*) según el artículo 91a LF. En base de la respectiva legislación especial, la Federación puede participar en la realización de determinados asuntos administrativos de los *Länder*⁴³ así como en su financiación “cuando estas tareas fueren importantes para la colectividad y se requiera la participación de la Federación para mejorar las condiciones de vida”. En el artículo 104a LF se prevén además aportaciones financieras de la Federación cuando las leyes federales, a ejecutar por los *Länder*, otorguen prestaciones pecuniarias (párr. 3) o “ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los *Länder* siempre que dichas inversiones sean necesarias para contrarrestar una perturbación del equilibrio global de la economía, para compensar las desigualdades de desarrollo económico existentes dentro del territorio federal o para promover el crecimiento económico”.

A pesar de que estas normas, resultado de enmiendas constitucionales en el curso de la *gran* reforma financiera en los años 1969 y 1970, ayudaban a poner más racional la antes existente *salvajería* de las múltiples fuentes de financiación y fondos entre el *Bund* y los *Länder*, su gran problemática bajo la perspectiva federalista salta a la vista: En la medida en que la Federación hace uso de aquellas ayudas financieras unilaterales, puede llevar de la rienda (*de oro*) -hasta paralizar- la propia política administrativa de los Estados federados; en lugar de una separación de las competencias administrativas y financieras entre Federación se llega nuevamente al entrelazamiento de las políticas.⁴⁴ La multitud de los conceptos jurídicos indeterminados en las previsiones citadas ha contribuido además a que el Tribunal Constitucional Federal ha dejado, también en este contexto, un amplio margen de apreciación en favor del legislador federal, si bien los jueces subrayaron tempranamente, que las ayudas financieras según el artículo 104 a párr. 4 LF “no deben servir para la realización de la política general de la Federación en los *Länder*”⁴⁵. La consiguiente pérdida de autonomía de los *Länder* se ha observado especialmente en el campo de la construcción o ampliación de las instituciones universitarias. Momentáneamente se discuten estos mecanismos sobre todo en lo referido al fomento, por parte del *Bund*, de las guarderías infantiles, pero también de las instituciones culturales en los *Länder*⁴⁶. Se está reclamando, en interés de una verdadera política regional *propia*, el drástico recorte de aquellas maniobras de la financiación *mixta* y la compensación de estos recortes por un reajuste de los ingresos tributarios de los *Länder*.

Llegamos así al segundo pilar de las relaciones financieras entre el *Bund* y los *Länder* que son los

43. Especialmente la creación, ampliación y el mantenimiento de los establecimientos de la enseñanza superior, incluyendo las clínicas universitarias, el fomento de la estructura económica general, así como el fomento de las estructuras agrarias y la protección de las costas.

44. V., también SCHARPF, F. *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, 1994, pp. 593.

45. BVerfGE 39, 96 (111).

46. Cf. SIEKMANN, H. “Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder auf unklarer Kompetenzgrundlage”, en: *Die öffentliche Verwaltung* 2002, pp. 629 y ss.; sobre las competencias de la Federación en materias de la cultura (normalmente contempladas como asuntos propios de los *Länder*, *Kulturhoheit*) V., p.ej. MAHRENHOLZ, E.G. “Die Kultur und der Bund”, en: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2002, pp. 857 y ss.

2. Mecanismos de la compensación financiera

El sistema de la compensación financiera en la República Federal alemana, más detalladamente diseñada por los artículos 106 y ss. de la Ley Fundamental, sigue siendo objeto de continuas polémicas, no obstante de si se trata de la compensación *vertical* de las finanzas, que comprende el reparto de los ingresos tributarios entre el Estado y los Estados Federados, o si estamos ante la compensación *horizontal* que sirve fundamentalmente para la equiparación de aquellos ingresos entre los *Länder*. En ambas materias contamos con importantes propuestas de reforma, visando a una mayor independencia político-financiera de los *Länder* así como a una elevada competencia entre ellos, todo esto sin embargo bajo debida consideración de los principios de la solidaridad y de la cooperación en el Estado Federal.

Si bien en el primer contexto el sistema dio resultados satisfactorios, en las últimas décadas se reclama actualmente, en vista de la debida *refederalización* del sistema en su conjunto así como del creciente traslado de tareas ejecutivas a los *Länder* y sus corporaciones locales, un reajuste de la financiación tributaria, especialmente en favor de los crónicamente deficitarios presupuestos a nivel de la Administración local. Por lo demás, se postula una mayor *competitividad* entre los Estados federados, pidiendo especialmente mayores márgenes para el diseño de la política tributaria en cada *Land*. En lo referido al sistema de la compensación *horizontal* se pretende llegar al abandono de un concepto equivocado o exagerado de la solidaridad financiera, del cual resultó en el pasado más bien la unitarización de los presupuestos regionales (en lugar de la mera armonización) y sobre todo el ahogo de cualquier iniciativa económica propia en los *Länder* perceptores (*Nehmer-Länder*) que podían cómodamente confiar en recibir abundantes transferencias financieras por parte de los *Länder* con mayor éxito económico (*Geber-Länder*). La necesidad de profundas reformas se dio especialmente en el curso del proceso de la reunificación alemana, debido a las entonces aún mayor discrepancias económicas y presupuestarias entre Estados federados donantes y perceptores.

Sin poder entrar, por falta de espacio, con mayor detalle en estas discusiones, habrá que aludir a un paso decisivo, realizado tras un pleito jurídico-constitucional por parte de los *Länder* económicamente más poderosos, que se quejaron de las obligatorias transferencias en el marco de la compensación financiera horizontal que al fin y al cabo amenazaban incluso su propio éxito económico-financiero. Con el fin de consolidar las relaciones financieras entre el *Bund* y los *Länder* y de evitar, de una vez por todas, las reiteradas polémicas sobre los detalles de aquel sistema, el Tribunal constitucional federal obligó al legislador federal a dictar una ley sobre los principios generales de la compensación financiera, indicando a la vez unos elementos materiales obligatorios, entre ellos, y en síntesis,

1. la creación de *mecanismos incentivos* en favor de la propia iniciativa político-económica de cada *Land*; deben ayudar a evitar la a menudo criticada postura, de que un Estado Federal con poca capacidad financiera confía simplemente en recibir prestaciones adicionales y anuales en el curso de la compensación financiera en lugar de preocuparse por sí mismo de la mejora de los datos económicos;

2. estrechamente vinculado con el primer aspecto, la creación de un *sistema de primas* para aquellos *Länder* (donantes), cuya política económica y presupuestaria alcanza éxitos superiores al promedio de todos los Estados Federados (para evitar la impresión de que no valen la pena los esfuerzos político-económicos, si al final deben servir para nutrir la compensación financiera en favor de los Estados perceptores);

3. al lado de aquellos nuevos elementos *competitivos*, se mantiene el objetivo del federalismo *cooperativo*, y esto especialmente en favor de la Alemania oriental, de manera que el sistema *solidario* para financiar las ulteriores, y todavía necesarias, obras infraestructurales en los *nuevos Länder* se ve afirmado y prolongado al menos hasta el año 2020⁴⁷.

El acto legislativo que debe servir para la auto-vinculación del legislador federal cuando se trata de diseñar con más detalle el régimen de la compensación financiera fue aprobada el día 9 de septiembre de 2001 como “Ley sobre los baremos genéricos para la concretización de la Constitución acerca del reparto de la recaudación del impuesto sobre la venta, la compensación financiera entre los *Länder* y acerca de las asignaciones financieras-complementarias de la Federación”⁴⁸. Se ve flanqueado por la “Ley sobre la continuación del Pacto de Solidaridad, la reorganización de la compensación financiera del Estado Federal y sobre el desarrollo del Fondo ‘Unidad Alemana’” (*Solidarpaktfortführungsgesetz*) del 20 de diciembre de 2001⁴⁹. Mientras que la Ley de baremos sirve en primer lugar para la concretización y suplementación de la propia normativa jurídico-constitucional (artículos 104a y ss. de la Ley Fundamental), realizando además los imperativos establecidos por el Tribunal Constitucional, la “Ley sobre la continuación del pacto solidario” esboza un esquema detallado para el reparto de los ingresos tributarios entre la Federación y los Estados Federados así como entre estos últimos, para la compensación financiera (horizontal) entre los *Länder* y para las asignaciones complementarias de la Federación (*Bundesergänzungszuweisungen*).

V. CONCLUSIÓN

Hemos visto que el actual debate sobre la arquitectura del Estado alemán está caracterizado por fuertes tendencias hacia la *refederalización* del antiguo concepto del Estado federal unitario, especialmente a través de un considerable reajuste del reparto de las competencias legislativas y ejecutivas en favor de los *Länder*, de la reestructuración de las instituciones y procedimientos de cooperación (con el fin de evitar demasiados entrelazamientos entre *la política* y los propios intereses regionales) así como mediante una mayor racionalización de las relaciones financieras entre el Estado y los *Länder*, introduciendo además elementos que deben estimular la *competencia* entre los Estados federados.

Sin embargo, los proyectos de reforma realizados hasta ahora se limitan en medidas más bien singulares. En qué medida el sistema federal en su conjunto será sometido a ulteriores cambios sustanciales, por ejemplo en forma de la reorganización territorial de los *Länder* o bien de fundamentales enmiendas constitucionales, depende principalmente de la voluntad política de todos los interesados, que se encuentra ciertamente, en vista del actual estado alarmante de la economía en Alemania y de la debida modernización -eficaz- del *Estado social*, bajo una fuerte presión para actuar.

47. V., la sentencia del Tribunal constitucional federal del 11 de noviembre de 1999, BVerfGE 101, pp. 158 y ss.

48. *Gesetz über verfassungskonkretisierende Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen*, Bundesgesetzblatt (BGBl. = Boletín Oficial de la Federación) I, 2001, pp. 2302.

49. *Gesetz zur Fortführung des Solidarpaktes, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Abwicklung des Fonds Deutsche Einheit (Solidarpaktfortführungsgesetz, SFG)*, BGBl. I, pp. 3955 y ss.

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS

Gustavo José Linares Benzo

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

De acuerdo con el artículo 4° de la Constitución, Venezuela es un Estado Federal *en los términos consagrados por la Constitución*¹. La lectura ortodoxa de la norma simétrica de la Constitución de 1961 había entendido, con base incluso en la propia exposición de motivos de ese Texto Fundamental, que el adjetivo era poco más que semántico, hasta el punto que Brewer catalogó al nuestro como *un Estado en forma federal pero con contenido centralista*².

Tan desalentadora conclusión exige reexaminar hoy el texto constitucional, a fin de determinar hasta que grado Venezuela es un Estado federal, y sobre esa base, indagar sobre el reparto de competencias legislativas entre el centro y la periferia. Antes, hay que ensayar una definición de Estado Federal. Dejando a un lado las infinitas disquisiciones doctrinales³, parece pacífico aceptar que un Estado es Federal si conviven en él varias entidades con poderes *políticos*. Por tales deben entenderse, básicamente, la potestad *legislativa*, es decir, la capacidad de dictar actos normativos superiores, directamente ordenados a la Constitución y eficaces sin necesidad de homologación de otra autoridad. La potestad legislativa, como se entiende inmediatamente, es el requisito esencial para poder estructurar políticas propias con la máxima amplitud. Esta pluralidad de centros políticos es, en mi opinión, el núcleo de lo federal y lo que hace imprescindible acudir al bagaje doctrinal necesario para resolver los conflictos que se producen en esta convivencia. Los demás datos que la doctrina ofrece (pacto federal como origen del Estado, cámara federal en el Congreso) son más decorativos que otra cosa y, sobre todo, no plantean los problemas jurídicos que se resuelven con ese *ius cogens* federal al que pretendemos apelar con este trabajo y que quedó perfilado en la breve panorámica de derecho comparado inicial.

Que un Estado sea federal en tanto coexistan en él entes de sustancia política *-id est*, capaces de legislar- permite concluir desde luego *que Venezuela lo es en la plena acepción de la palabra*. En efecto, la potestad legislativa es concedida por la Constitución al Poder Nacional (art. 156, ordinal 13), a los Estados (art. 162, ordinal 2°) e incluso a los Municipios, desde la autonomía política que se les concede (art. 168)⁴. Es indiscutible la capacidad de dictar leyes del Poder Nacional, atribuida a la Asamblea Nacional expresamente (art. 187, ord. 1°), y también lo es una competencia simétrica de los Conse-

1. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*. Caracas 2000, pp. 124-130. BREWER-CARIAS, Allan, *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, Caracas 2000, pp. 79 y ss.

2. BREWER-CARIAS, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, p. 597.

3. *Idem*.

4. Expresamente la Corte Suprema ha establecido que las ordenanzas municipales son "leyes locales" (Cf., Sent. de la CFC de 14-11-43 en *G.F.* N° 2, la etapa, pp. 174-5).

jos Legislativos (art. 162, ord. 1°). Tales leyes son supremas dentro de su rango de competencia, como se verá, lo que significa que no requieren de homologación por ninguna otra autoridad, entre ellas el Poder Nacional. Además, el ámbito de eficacia de las leyes estatales es pleno: alcanza a todos los habitantes y a todo el territorio de la respectiva circunscripción. Y, en fin, las relaciones entre las leyes nacionales y las estatales *nunca es de jerarquía* -es decir, no se derogan unas a otras- sino de competencia, lo que se verá más en detalle y es el modo clásico de resolución de conflictos en los federalismos comparados.

La existencia en Venezuela de varias entidades con potestades legislativas es así la confirmación de que se trata de un Estado Federal *tout court*. La idea doctrinal de que esa sustancia federal es mera forma que encubre una realidad centralizada se basa en un dato menos decisivo, aunque políticamente muy importante: el progresivo vaciamiento de la competencias estatales en aras del Poder Nacional, lo que ha implicado paralelamente la sustracción de los objetos sobre los que podían ejercerse las potestades legislativas de los respectivos Consejos. Pero esa mengua de sectores regulables es meramente *cuantitativa*: la *calidad* de los poderes legislativos se ha mantenido incólume a lo largo de nuestra historia constitucional, permaneciendo tales sin duda alguna. Aunque la disminución ha sido notable, los Estados conservan poderes políticos y por lo tanto sigue siendo útil la indagación por las relaciones entre la legislación nacional y la estatal porque, como se vió, ambas son verdaderas leyes y ello hace inútil la sencilla regla de la jerarquía.

Además, y como ya comenzó a intentar Brewer⁵ la subsistencia de potestades legislativas en los Estados permite hallar objetos hasta ahora inimaginados para ejercerlas, sobre la base de la cláusula residual estatal que se mantiene en nuestro sistema, además de las cláusulas de descentralización del artículo 157 y de la ausencia de una lista exclusiva de poderes nacionales. Esa tarea se intentará de seguidas.

I. RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES

La clave para entender el principio federal es la *separación* inicial de las entidades federales y la Federación, como principio general. Esa *separación* es el elemento fundamental de la autonomía, que expresamente es reconocida a los Estados en el artículo 159C. Desde el punto de vista jurídico, la autonomía de los Estados como entidades políticas se resuelve *en un propio sistema de fuentes del Derecho*, de modo que será la norma originada de esas fuentes y no de otras la que regulará los objetos competencia de los Estados. Como ya se vió, en su ámbito la norma estatal es suprema, y excluye cualesquiera otras que pretendan esa superioridad.

Por ello, la relación básica entre las leyes y demás normas nacionales y la normativa estatal no es de jerarquía. Si así lo fuera, la norma de mayor rango derogaría a la de menor y, en el entendido de que la jerarquía superior correspondiese a la norma nacional, su aparición sencillamente derogaría a la estatal. El principio que gobierna las relaciones entre ambas categorías de leyes es el de competencia. La Constitución reparte los objetos sobre los cuales puede recaer la potestad legislativa entre el Poder Nacional y

5. *Op. cit.*, pp. 632. y ss.

los Estados; determinados esos objetos y atribuidos bien al centro o bien a las regiones, la norma emanada del nivel competente es máxima y tiene garantizado por la Constitución su ámbito de autonomía. De allí que el principal problema federal en este aspecto es la delimitación de áreas de competencia de cada uno de los niveles. La delimitación en lo que toca a la potestad legislativa es lo que se analizará de seguidas.

Efectivamente, cada nivel tiene atribuido en la Constitución una esfera propia de materias sobre la que ejerce su competencia. El Poder Nacional se ve habilitado para actuar sobre la larga lista de materias del artículo 156, materias sobre la cual puede legislar de acuerdo con el ordinal 13 de ese mismo artículo. Por su parte, las competencias exclusivas estatales se listan en el artículo 164, sobre la cual la posibilidad de legislar se encuentra expresamente atribuida a los Consejos Legislativos. La separación inicial se aprecia así nítidamente: sobre lo nacional los Estados no pueden pretender títulos para actuar ni, recíprocamente, el Poder Nacional puede ingresar válidamente en la esfera de los Estados. No hay ninguna relación de jerarquía entre una y otra normativa: la nacional que penetre en el sector estatal será nula y viceversa.

Sin embargo, la explicación entera del sistema de relaciones entre ambos niveles se complica notablemente con las interferencias positivas y no de mera separación que articula de seguidas la Constitución. En otras palabras, el principio de separación no es el único que gobierna estas relaciones, pues si así fuera sería cierto la ausencia prácticamente absoluta de materias sobre las que legislar de los Estados. Obran en nuestra Federación relaciones mutuas entre ambos niveles, expresas previsiones sobre las competencias residuales y sobre la naturaleza nacional de los asuntos y mecanismos de delegación de competencia que deben analizarse para comprender a cabalidad el sistema federal venezolano.

II. LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO

El artículo 164 de la Constitución declara:

Es de la competencia exclusiva de cada Estado:

11. Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal.

La Constitución recoge la típica cláusula residual en favor de los Estados, común a casi todos los federalismos. La poca atención prestada a esta previsión por nuestros constitucionalistas se debe sin duda a la marcada tendencia centralizadora del sistema político hasta fecha reciente, pero en un entorno más federalizante su estudio puede contribuir a perfilar la verdadera sustancia del sistema venezolano, mucho más federal de lo que parece en la práctica.

La cláusula residual implica, en primer lugar, que todo lo que no corresponda al Poder Nacional o a los municipios es de la competencia estatal. Esta es la afirmación textual de la norma, y es su primer significado: listados los poderes nacionales y municipales, todo lo que no se registre en esos catálogos es estatal. Hasta aquí ha llegado nuestra doctrina.

Pero hay más. Que la competencia residual sea de los Estados exige, al contrario, *que todas las competencias nacionales y municipales estén previstas en la Constitución*. Sin

habilitación constitucional el Poder Nacional y los Municipios no tienen poderes. Ante esta afirmación derivada de la cláusula residual cabe una indagación posterior: ¿tiene que ser expresa esa habilitación? La pregunta es muy semejante a la que resolvió *Mc Culloch* con la teoría de los poderes implícitos. Desde que es necesario un título constitucional para apoderar al Poder Nacional o a los Municipios, y a fin de desmontar la presunción de competencia estatal que se deriva de la cláusula residual, ¿ese título tiene que ser expreso o puede descubrirse por vías de interpretación constitucional? En otros sistemas han dado las respuestas de *Mc Culloch*: la existencia de poderes implícitos, aquellos necesarios para ejercer las potestades explícitamente concedidas por el texto; y del Tribunal Constitucional alemán, sobre la base de la naturaleza de las cosas, la conexión objetiva y las competencias anejas. Aunque más adelante se analizará nuestra cláusula de la naturaleza nacional de las materias (art. 156 ord. 33 de la Constitución), el problema de si los poderes nacionales o municipales tienen que estar expresos en la Constitución debe resolverse igualmente. Y es precisamente la existencia de la cláusula de la naturaleza nacional de los asuntos la clave para ello. Como se verá, esta disposición permite integrar coherentemente los poderes federales en Venezuela, atribuyendo al Poder Nacional los complementos necesarios para ejecutar las potestades expresamente conferidas y aquellos otros necesariamente federales en un Estado moderno. La consagración de esa cláusula -que no tiene paralelo en los modelos alemán y norteamericano- hace innecesarias en nuestro sistema las tesis de los poderes implícitos o las técnicas alemanas de expansión de las competencias federales.

Por lo tanto, la habilitación competencial del Poder Nacional o de los Municipios *debe ser expresa* en la Constitución si quiere superarse la presunción de titularidad estatal que establece la cláusula residual del artículo 164, ord. 11 de la Constitución. Ello es consecuencia del mismo juego de esa cláusula, pues sencillamente se vaciaría de contenido si frente a ella pudiera construirse competencias implícitas; construcción que de hecho ha representado una verdadera centralización en otros sistemas. Además, la doctrina tradicional siempre ha entendido que las competencias deben ser expresas, y al imperio de ese principio no escapan tampoco las constitucionales.

III. AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES

Otra característica muy propia del sistema federal venezolano es que en ninguna parte del texto constitucional se califican de exclusivas las competencias nacionales: el artículo 156C jamás usa esa palabra. En esto se diferencia el sistema del alemán, cuyo artículo 73 califica de exclusivas las competencias de la Federación.

La existencia de una exclusividad expresa en las competencias federales simplifica notablemente la interpretación de un texto constitucional, pues en ellas no cabrá ninguna intervención estatal desde que se consagran con esa calidad. En cambio, que falte esa calificación exige, en primer lugar, determinar si puede llegarse a ella por la vía de la interpretación y, en caso negativo, establecer si los Estados podrían intervenir en aquello que no fuera nacional de esas materias.

Un análisis del artículo 156 abona la tesis de que esas competencias no necesariamente son de la exclusiva reserva nacional, al punto de que se enumeran allí materias sobre las que indudablemente los Estados tienen competencia. Así, la conservación y fomento

de la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal (ord. 25) y las políticas sobre vivienda (ord. 23), además de lo relativo al transporte (ord. 26) sobre el cual no hay duda de que los Municipios tienen atribuciones. En efecto, de acuerdo con la tesis de las competencias concurrentes que se expondrá más adelante, los Estados tienen atribuciones sobre el fomento de la producción, en general (arts. 299 y 112) y sobre la vivienda cómoda e higiénica con servicios básicos esenciales (art. 182, primera parte). Por tanto, y por este solo hecho, puede concluirse que no todas las materias del artículo 156 son exclusivamente federales, lo que exige su interpretación para determinar si esa exclusividad existe en algún caso. Por lo pronto, en los casos en que pueda demostrarse que alguna competencia no es exclusiva, los Estados estarán habilitados a actuar en ella en virtud de la cláusula residual, pues existirán sectores de esa materia que no serían competencia nacional al no haber exclusividad.

Las anteriores reflexiones permiten concluir que la inclusión de una materia en la lista del artículo 156, si bien apodera al Poder Nacional de competencia sobre ella, no implica necesariamente la extinción de los poderes que le corresponderían a los Estados en virtud de la cláusula residual. Tal conclusión exige por tanto un delicado ejercicio de interpretación del artículo 156, para determinar en primer lugar aquellas competencias nacionales exclusivas que allí se prevén y luego para establecer el grado de intervención de los Estados en las competencias que no presentaran la exclusividad, en virtud de los poderes residuales y demás títulos competenciales de los Estados.

IV. LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL

Todo el panorama anterior del reparto competencial entre el Poder Nacional y los Estados -la cláusula residual y la no exclusividad expresa de las competencias nacionales- se termina de presentar con lo expresado en el artículo 156, ordinal 33, de la Constitución:

Es de la competencia del Poder Nacional:

33° Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional *o que le corresponda por su índole o naturaleza*.

La Constitución termina de construir el sistema de repartición de competencias con una cláusula general que amplía sustancialmente las atribuciones del sector central. Como se ve, es una disposición que viene a cumplir un papel semejante a la cláusula de necesidad alemana, concentrando a nivel nacional las principales competencias del Estado moderno y siendo la base de una centralización que parece ser la tendencia moderna en materia de reparto de competencias en el Estado Federal⁶.

La cláusula de la naturaleza nacional de las materias ha tenido una gran fecundidad. Normalmente se ha empleado implícitamente, pues, hasta donde sé, el Congreso nunca ha expresado al legislar materias no expresamente atribuidas al Poder Nacional que lo hace en virtud de su naturaleza nacional. Así, el Congreso de la República nacionalizó la recolección de basura en el Distrito Federal, creando mediante ley al Instituto Muni-

6. Sobre el estado actual de la teoría federal y las competencias del Estado moderno, Cf., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La revisión del sistema de Autonomías Territoriales: reforma de los Estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo*, Editorial Civitas, Madrid 1988, pássim.

cial de Aseo Urbano⁷ desde que esa era una competencia indudablemente municipal; asignó al Poder Nacional la competencia principal en materia de ambiente con la Ley Orgánica de la materia (LOAm)⁸, a pesar de que esa es una materia no está atribuida a ningún sector en la Constitución por lo que en virtud de la cláusula residual correspondía a los Estados; y así muchos otros casos.

Sin embargo, y como se aprecia palmariamente del caso de la LOAM, la existencia de la cláusula de la naturaleza nacional de la materia plantea *eo ipso* el problema de su integración con la cláusula residual. En efecto, la cláusula del artículo 156,33 sólo tiene cabida cuando la materia que pretende atribuirse al Poder Nacional por su índole o naturaleza *no le está expresamente asignada por la Constitución*; de lo contrario sería inútil recurrir a esa disposición pues bastaría señalar la competencia constitucional expresa que distribuye la materia al sector central. Pero recíprocamente, la ausencia de asignación expresa de una competencia al Poder Nacional o a los Municipios es el supuesto de operación de la cláusula residual: si una materia no está expresamente atribuida a uno de estos dos niveles, el artículo 164, 11° de la Constitución lo envía a la esfera estatal de atribuciones. Por lo tanto, se trata de dos cláusulas -la residual y la de la naturaleza nacional de las materias- que actúan sobre supuestos semejantes: la aplicación de una necesariamente implica la exclusión de otra ¿Cuál debe prevalecer?

El problema debe resolverse determinando que una de las dos cláusulas sea el principio general y la otra la excepción, de modo que en igualdad de circunstancias una sea prevalente y sólo en determinados casos la otra pueda entrar en acción. En mi opinión, *la cláusula residual tiene que ser necesariamente la prevalente*, pues de lo contrario la residualidad de las atribuciones estatales dejaría de existir. Si una materia no atribuida en la Constitución al Poder Nacional o a los Municipios en principio estaría atribuida a aquél en virtud del artículo 156, 33°, sencillamente la declaración del poder residual de los Estados del artículo 164, 11° sería ineficaz: todo lo no previsto sería nacional, no estatal. Para que se respeten la letra y el espíritu de la Constitución es imprescindible concluir que el principio general es el poder residual estatal y la cláusula de la naturaleza nacional de la materia sólo puede invocarse como excepción y en determinadas circunstancias.

Se presenta entonces una cuestión ulterior: la determinación de los casos en que una materia es de naturaleza nacional. Como se ha dicho, que el Congreso haya empleado esa posibilidad sólo se conoce *ex post facto*, y nunca ha elaborado razonamiento alguno que permita indagar sobre el punto. Tampoco la doctrina nacional la ha explorado. Queda, por tanto, el recurso al derecho comparado. Y, como se vió en la primera parte de este trabajo, allí sí hay normas y doctrinas sobre el punto, desde la teoría de los poderes implícitos de *Mc Culloch* hasta la normativa alemana de la necesidad de la legislación concurrente federal. Recurriendo a esos tópicos es posible hilvanar una teoría sobre cuándo puede emplearse la cláusula de la naturaleza nacional de las materias.

En ese intento, debe comenzar por afirmarse que los supuestos en que una materia sea de tal índole que deba corresponder al Poder Nacional son de tres categorías. En primer lugar, y sobre la herencia de *Mc Culloch*, aquellas materias que deben regularse necesariamente para que sea eficaz la regulación de otras que expresamente la Constitución otorga al Poder Nacional. Así, y tal como se dijo anteriormente, el artículo 156 de la Constitución es la base en Venezuela de una teoría de poderes implícitos, -o de las

7. Ley de Nacionalización y Coordinación de los Servicios de Recolección y Tratamiento para Residuos, Desechos y Desperdicios en el Área Metropolitana de Caracas de 17-08-76 en *G.O.* 31.047 de 17-8-76.

8. Ley Orgánica del Ambiente de 15-6-76 en *G.O.* N° 31.004 de 16-6-76.

competencias anejas-, en términos alemanes. No es este el lugar para desarrollarla, aún cuando el material a examinar es muy escaso, ante el poco interés práctico que tenía esa cláusula en un escenario político máximamente centralizado, como era el venezolano hasta 1989.

El segundo grupo de supuestos en que puede invocarse la naturaleza nacional de los asuntos es aquel relativo a las materias que escapan a las posibilidades estatales de realizar una regulación y control eficaces. Sería el caso que dio base a la nacionalización de los servicios de recolección de desperdicios en Caracas.

En tercer lugar, sería una materia de naturaleza nacional aquella que, de ser regulada por una ley estatal, afectaría los intereses de otros estados o de toda la Nación, tal como plantea el artículo 72,2 de la Ley Fundamental de Alemania. Este supuesto viene autorizado además por la adjudicación al Poder Nacional de la tutela de los intereses generales de la República (art. 156, 2°), adjudicación que obraría aquí para autorizar el empleo de la cláusula del 156, 33°. Además, y también como inspiración del 72,2 de la Constitución de Alemania, el principio de la unidad del Estado, muy particularmente en materia de unidad del mercado (garantizada en Venezuela en el artículo 183 de la Constitución, entre otros lugares), sería fuente particularmente feraz de supuestos de materia nacionales por naturaleza.

V. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES

De acuerdo con el profesor Brewer y con el afán expreso de expandir las muy reducidas competencias estatales previstas en la Constitución, cada vez que ésta atribuye potestades al *Estado*, está consagrando facultades a sus tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, y construyendo entonces competencias concurrentes sobre las respectivas materias.

Así, cuando la Constitución en su artículo 75 asigna al *Estado* la protección de la familia, está otorgando competencias en la materia tanto al Poder Nacional como al Estatal y a los Municipios, siendo por ello la protección de la familia materia de competencias *concurrentes* de esos tres niveles.

La tesis del profesor Brewer ha tenido una extraordinaria fortuna, ya que se convirtió, con pocos añadidos, en la lista del artículo 4° LOD. En efecto, puede verse que varios de los dieciocho ordinales de esa norma son un clarísimo reflejo de artículos de la Constitución que otorgan funciones al *Estado*: ordinal 2° (protección de la familia), artículo 75; ordinal 3° (población campesina), artículo 306; ordinal 4° (comunidades indígenas), artículo 119; ordinal 5° (educación), artículos 102 y 103; ordinal 6° (cultura), artículo 99; ordinal 7° (deporte), artículo 111; ordinal 8° (servicios de empleo), artículo 87; ordinal 10 (fomento), artículo 112; ordinal 11° (recursos naturales), artículo 127.

Como se ve, prácticamente todas las materias enumeradas por el artículo 4° son objeto de materias concurrentes según la tesis del profesor Brewer.

Esa tesis, que por demás compartimos, es un modo adecuado de expandir las competencias estatales, muy restringidas por el artículo 164 de la Constitución, y que además puede encontrar base en el empleo de términos distintos cuando la Ley Fundamental se refiere a competencias que sin duda son exclusivas del Poder Nacional, como favorecer la integración latinoamericana, que siendo actuación internacional correspondería exclusi-

vamente al Poder Nacional (artículo 156, 10) allí se usa la expresión *República*. De igual modo, es la *República*, no Estado, la que reconoce el derecho de asilo, la que dirige las Fuerzas Armadas y a la cual pasará la propiedad de las armas de guerra que entren al país, casos todos de competencias exclusivas del Poder Nacional.

El resto de la lista del artículo 4° se refiere a materias concurrentes bien porque esa competencia tiene base expresa en la Constitución -el caso de las obras de interés estatal, por argumento a contrario del artículo 156, y de la salud, artículo 156- o por causa del poder residual de los Estados, en vista de que se trata de materias previstas expresamente en el texto fundamental: ordenación del territorio, protección de los consumidores, investigación científica y defensa civil.

En todo caso, es de suma importancia constatar que todas las materias listadas en el artículo 4° *son concurrentes en virtud de la propia Constitución*, y no por estar incluidas en el artículo 4° LOD. Sólo el texto fundamental puede repartir competencias entre los niveles del Estado, y cualquier reparto indebido efectuado en la ley sería inconstitucional. Así, el artículo 4° LOD, en lo que respecta a declarar como concurrentes una serie de materias, es precisamente eso: *meramente declarativo*.

Ello así, debe resolverse ahora un problema fundamental que plantea la concurrencia: *qué sector de la materia sobre la que recaen competencias concurrentes corresponde al Poder Nacional y qué sector a los Estados*. Evidentemente, no es posible que sobre el mismo objeto recaigan competencias idénticas de distintos poderes públicos, porque ello sólo conduciría a la anarquía: jurídicamente hablando, dos poderes iguales tienen capacidad derogatoria mutua; es decir, lo que uno realice puede ser cancelado por el otro, y así *ad nauseam*, poniendo en peligro la unidad misma del país.

El problema de la delimitación de las competencias concurrentes del Poder Central y de los Estados está muy trabajado en otros sistemas. Sobre toda materia pueden recaer competencias de legislación y competencias de ejecución; las primeras se refieren, obviamente, a la capacidad de dictar actos normativos sobre el objeto de la concurrencia, con rango suficiente -legal- para establecer cargas a los particulares y organizar los entes públicos encargados de gestionarlo. Las competencias de ejecución, administrativas por naturaleza, se refieren a la gestión de la materia.

Así, una clásica repartición de materias concurrentes ha sido dejar al Poder Central -en nuestro caso al Poder Nacional- las competencias de legislación y a los Estados las competencias de ejecución. Es el caso de *los federalismos de ejecución* como el alemán federal, en los cuales el Poder Central prácticamente no tiene funciones ejecutorias y se dedica a legislar y coordinar el funcionamiento del Estado, correspondiendo a los Estados o Regiones la ejecución de toda la legislación, tanto nacional como la que ellos mismos dicten.

Sin embargo, es muy común que sobre la misma materia recaigan competencias concurrentes *de legislación*: tanto el Poder Central como los Estados poseen facultades legislativas sobre la misma materia. Para resolver este conflicto se ha elaborado una hilvanada teoría que tiene como base el par de conceptos *legislación básica y legislación de desarrollo*. Tratándose de materias sobre las cuales varios niveles del Poder Público tienen competencias legislativas, corresponderá al nivel superior, que siempre es el nivel central -el Poder Nacional en nuestro caso- la legislación básica, es decir, la de los extremos fundamentales de la respectiva materia, aquellos en que está involucrado el interés general y que es necesario regular de modo uniforme para asegurar tanto la unidad del Estado como la igualdad de los ciudadanos.

Por su parte, corresponderá a los Estados la legislación de desarrollo de esa legislación básica, poniendo en juego en esa legislación políticas propias, dentro del espacio que necesariamente deben dejar las leyes de base que dicte el Poder Central.

En nuestro sistema esta tesis de la repartición de legislación básica legislación de desarrollo tiene expreso fundamento constitucional, el artículo 165 como se verá. El uso de esa técnica es la solución que el Texto Fundamental da a las competencias concurrentes.

Se cierra así el sistema constitucional de reparto de competencias: separación de sectores; competencia residual de los Estados; no exclusividad, en todos los casos, de las competencias nacionales; cláusula de naturaleza nacional de las materias, frente a la cual prevalece la cláusula residual; competencias concurrentes. Con el juego de estos principios es posible asignar de modo global los sectores a la competencias de los distintos núcleos del Poder Público en Venezuela. Como es evidente, se aplican también a la totalidad de las funciones públicas, incluyendo la legislación. Ahora, indagaré como se reparten, conforme a estos principios, las potestades legislativas.

VI. REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN

Resolver los conflictos entre competencia legislativas sólo es posible recurriendo a los criterios generales esbozados anteriormente. Antes hemos de establecer cuales son las posibles relaciones entre la legislación nacional y la estatal, para determinar cuales son los eventos en que ese conflicto se produce, y apuntar para ello algunas líneas de solución.

Los conflictos de competencia legislativa sólo se producen cuando una misma materia cae bajo títulos competenciales tanto nacionales como estatales. Que un determinado sector sea competencia nacional o estatal se determina comparándolo con la descripción de esos títulos que hace la Constitución, bien expresamente o bien por las cláusulas generales como la residualidad o la naturaleza nacional de las materias⁹. Hecha esta operación de subsunción, puede concluirse que la materia a regular sea inequívoca y *exclusivamente* nacional (Fuerza Armada, p. ej.), o estatal (organización territorial del Estado de que se trate). Debe insistirse que esa certeza de adjudicación nacional o estatal no necesariamente ocurre solo en el caso de que la Constitución lo establezca expresamente: también por la vía de la cláusula residual o de la naturaleza nacional de las materias es posible arribar a que la materia es de la exclusiva competencia de un nivel. Allí, obviamente, no habrá ningún conflicto y el ente político competente tiene absoluta libertad de regular la materia, dentro de la Constitución.

Pero la subsunción puede resolverse también en que ambos niveles, el Poder Nacional y los Estados, tengan competencia sobre el sector a regular: es el caso de la concurrencia de competencias. Como ya se dijo, la concurrencia se produce cuando sobre una misma materia inciden competencias de más de un sector del Poder Público. Cuando esa concurrencia se produce en el campo de la *legislación*, es imprescindible arbitrar un

9. La subsunción de una determinada materia en alguno de los títulos competenciales es particularmente compleja, ya que en la mayoría de los casos el deslinde no es claro y varios títulos tienen relación con la materia de que se trata. Sobre el problema en España, Cf., AJA, Eliseo y otros. *Manual de Jurisprudencia Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid 1980, pp. 482-493.

sistema de reparto que deslinde ambas potestades claramente, porque el carácter supremo de la ley hace imposible que entes distintos legislen sobre la misma materia: las disposiciones emanadas de uno y otro se derogarían mutuamente, produciéndose una anarquía que el sistema jurídico no puede permitir y haciendo que en realidad ninguna de las dos potestades sea suprema. No cabe, pues, la concurrencia de potestades legislativas sobre el mismo objeto.

Para resolver este conflicto el Derecho comparado arbitra dos soluciones distintas. Una es el desplazamiento, de acuerdo con el cual la legislación federal priva sobre la estatal cuando hay concurrencia, derogándola o sustituyéndola, según se acoja o no la teoría de la preempción, cosa que veremos más adelante. De ese modo, nunca habría conflicto: apenas se dicte la legislación nacional en una materia concurrente regulada hasta entonces por normas estatales, éstas se ven desplazadas y el estado pierde la competencia para dictarlas en adelante y todo el sector se ve regido por las disposiciones nacionales.

La otra solución es la técnica de las leyes de base y de desarrollo, ya sintetizada más arriba: la regulación de los aspectos esenciales, tocantes al interés general, básicos, en una palabra, del sector corresponde a la Federación; y los estados desarrollan esas bases de acuerdo con políticas propias.

La Constitución de 1999 recurre a la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo (art. 165) a diferencia de la Constitución de 1961, la cual recurría a ambas técnicas y ante el silencio de la Constitución en caso de concurrencias legislativas, se recurría a la técnica de leyes de base y leyes de desarrollo. Pues bien, a tenor del artículo 165, esta problemática ha sido solucionada al establecer expresamente:

Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Así la interrogante que antes se planteaba bajo la Constitución de 1961 ha sido superada por el contenido del artículo 165.

VII. LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO

Dedicaremos a continuación, el análisis a esta técnica, ya que del artículo 156 se pueden deducir ciertos supuestos de conflictos de poderes legislativos que podrían resolverse con la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo. En efecto, el ordinal 19 reserva al Poder Nacional

...el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística, materia en la cual no hay duda alguna de la existencia de competencias municipales legislativas (art. 178, ord. 1º), por lo que cabe pensar que esas *normas* urbanísticas tienen que ser básicas para que quede espacio para la correspondiente regulación municipal.

De igual modo,

Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (art. 156, ord. 24),

corresponden al Poder Nacional, y la atención de la educación y la salud es una competencia concurrente para éste y los Estados a tenor de los artículos 102 y 84 de la Constitución. Por iguales razones, cabría aquí entender que esas políticas nacionales tienen que ser básicas para que puedan coexistir con las estatales.

La técnica de leyes de base y leyes de desarrollo encuentra su justificación desde que sobre un mismo objeto recaen potestades legislativas distintas, y siendo éstas por definición supremas, es necesario repartir el campo entre ambas: a la potestad legislativa nacional corresponderá la disciplina de lo básico y a la estatal el desarrollo de esas bases. Este es, *grosso modo*, la justificación y la estructura de esta institución.

No existe en nuestro medio, hasta ahora, ningún ejemplo práctico en que se haya empleado esta técnica. Las características profundamente centralizadas de nuestro sistema político hicieron inviable legislación estatal en materias concurrentes. Desde 1989, en cambio, las Asambleas Legislativas comenzaron a producir normativa y se hace necesario perfilar los modos de articularla con la legislación nacional. Por estas razones, es necesario acudir al Derecho comparado para ello.

Siguiendo a García de Enterría¹⁰, la esencia de la concurrencia normativa en lo básico y en el desarrollo se articula sobre cinco nociones básicas:

1° Corresponde a la normativa básica el establecimiento de la política nacional del sector, en tutela del interés general que corresponde al Poder Nacional de acuerdo con el artículo 156,2° de la Constitución, logrando un régimen unitario. Esa unidad, sin embargo, debe permitir la actuación de las potestades estatales en procura de políticas propias, incluso divergentes de estado a estado. El juego característico de bases-desarrollo es, pues, el establecimiento por las primeras de la política global del sector y de las políticas propias de los Estados por las segundas

2° La técnica de las bases pretende construir un común denominador normativo del sector de que se trate en todo el territorio nacional, sobre el cual los Estados podrán desarrollar las peculiaridades que les convengan. Es la unidad de regulación el fin de la técnica en estudio, unidad que no sea uniformidad sino que permita la estructuración de políticas propias por los Estados.

3° Esta unidad, que no uniformidad, impide que el Poder Nacional, al establecer las bases de un sector, lo regule pormenorizadamente. Es necesario que se reserve a los Estados un sector sustancial, de modo que allí puedan emplear su potestad legislativa y no meramente reglamentar. Una ley de bases que regule totalmente la materia respectiva sería inconstitucional.

4° La conjunción de ambas normas debe producir un mismo sistema normativo, en el cual la regulación por cada nivel del Poder Público no sea contradictorio con la del otro. Para ello, como se verá, la estructura técnica de la ley de bases prevé el encuadramiento de la legislación estatal.

5° La norma de desarrollo no es un reglamento de la ley de bases, porque si así fuera no permitiera en realidad políticas que deban ejecutarse mediante ley. Que la normativa de desarrollo sea -pueda ser- de rango legal se resuelve en que el Estado goza de esa libertad política propia de los legisladores -mucho más intensa que la mera discrecionalidad administrativa.

10. *Ibidem*, Tomo I, pp. 293 y ss.

1. El concepto material de las bases

Para acceder con éxito la noción de leyes de base es imprescindible anotar desde ya que no se trata de un fenómeno de delegación legislativa. En otras palabras, éstas no son posibles delegaciones que el Poder Nacional haría a los Estados para que legislen de acuerdo con la ley delegante. Los poderes de los Estados de dictar la legislación de desarrollo dimanán *de la misma Constitución*, del mismo modo que los nacionales de establecer las bases. Por ello, no todo lo que el Poder Nacional considere básico lo es, pues, como ya hemos dicho, debe regular de tal modo ese sector de base que permanezca dentro de la atribución de los Estados la posibilidad de construir políticas propias incluso mediante la legislación. No siendo delegada por el Poder Nacional, sino originaria, la competencia estatal de desarrollo de las bases, cualquier extralimitación del Poder Nacional es fiscalizable por el Tribunal Supremo de Justicia y, a la recíproca, la invasión de lo básico por los Estados también puede ser controlada por esa sede judicial.

Otra consecuencia de esta doctrina, de efectos prácticos inimaginables, es que, no siendo delegada la potestad estatal de dictar las leyes de desarrollo, *los Estados pueden dictar esa normativa aunque no se hayan promulgado todavía las leyes de base correspondientes*. Los Estados no tienen porque esperar que el Poder Central establezca las bases para actuar sus potestades legislativas de desarrollo, desde que éstas son originarias y no delegadas. Una solución distinta bloquearía de hecho la posibilidad estatal de legislar y la sometería inconstitucionalmente al arbitrio de la Asamblea Nacional.

De hecho, y como reseña la práctica comparada, las leyes de desarrollo se dictan normalmente antes de las leyes de base. Por ello, y se aprecia aquí el enorme impacto práctico de la figura, sería posible en Venezuela que los Estados dicten su correspondiente ley de educación, aunque no se dicte la ley nacional de bases y por supuesto dentro de su espacio mucho mayor que el absolutamente inconstitucional detalle de la Ley Orgánica de Educación deja sin regular. La doctrina de las bases-desarrollo se convierte así en un verdadero instrumento de profilaxis de la legislación nacional que, sin duda, no deja verdaderos espacios al ejercicio de las potestades legislativas estatales en materia concurrentes. Además, como ya puede verse, la federalización del sistema político va a producir el reacomodo de la legislación nacional en sectores concurrentes, pues en la actualidad invade las potestades estatales en muchísimos campos. De allí, en conclusión, la importancia superlativa de esta doctrina y su correcta aplicación por los operadores jurídicos.

2. Estructura de la Ley de Bases

Tocará al Poder Nacional la regulación de todo lo referente al interés general. ¿Quién es el competente para determinar que es de ese interés en una determinada materia? No puede ser otro que el mismo legislador nacional. Tal conclusión deriva en nuestro medio no sólo del mismo principio que radica la tutela del interés general del Estado en el Poder Nacional, sino también de la competencia de éste para legislar en lo relativo a *todas las materias de la competencia nacional* (art. 156, ord. 32°) una del las cuales es esa tutela del interés general (art. 156, ord. 2°). Dos observaciones deben incluirse aquí: la calificación de una materia como del interés general que haga el legislador no puede ir en contra de calificaciones constitucionales. En segundo lugar, no puede el Estado

mediante este conducto absorber la regulación íntegra de una materia que corresponda también a los Estados: debe dejar en todo caso un espacio suficiente para que éste gestione libremente, incluso en uso de su potestad legislativa.

Para concluir el análisis de la técnica de las leyes de base y de desarrollo, es necesario esbozar someramente la estructura de la ley de bases que permite el juego de las potestades legislativas estatales. Esa estructura está compuesta, básicamente, por el círculo material de interés general y por el círculo de encuadramiento.

A. Círculo material de interés general

En este sector el legislador nacional debe regular íntegramente aquellos aspectos de la respectiva materia que sean del interés general: no puede haber aquí intervención estatal. Incluso si este interés exige una normativa pormenorizada, tocará al Poder Nacional, por sí solo, desarrollarla.

Ejemplo de una regulación material del interés general a nivel municipal, en vista de la ausencia de uso de estas cláusulas constitucionales por los Estados, lo tenemos en el capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que determina con precisión el contenido de los planes de ordenación urbanística. Debe considerarse que tal contenido es parte de la concreción del interés general en materia urbanística, y por tanto corresponde al Poder Nacional y no al Municipio, a pesar de que la Constitución considera a ésta como materia propia de la vida local.

B. Círculo de encuadramiento

No es suficiente que el Poder Nacional determine con precisión y regule exhaustivamente los aspectos de interés general de las materias en que actúa concurrentemente con los Estados. La Constitución ordena la *colaboración* entre los órganos que ejercen el Poder Público con el objeto de *realizar los fines del Estado*. Esto sólo es posible si estos *fines del Estado* son los mismos para el Poder Nacional y para los Estados. Esta identidad de fines exige entonces que la total actividad pública se oriente y se coordine hacia ellos, orientación y coordinación que corresponderá efectuar al Poder Nacional como tutor del interés general.

Estas consideraciones determinan que la ley de la materia no sólo discipline el interés general involucrado, sino que también fije unos objetivos mínimos, una estrategia general conforme a la cual el estado de que se trate ejerza su actividad sobre la materia en que concurre con el Poder Nacional. Esos lineamientos constituyen el círculo de encuadramiento de la potestad estatal dentro del esquema global de actividades públicas, radicalmente ordenadas hacia unos fines determinados en la Constitución.

Es preciso dejar en claro, pues, que la ley material que organice las intervenciones nacionales y estatales en la misma área no puede reducirse a una mera repartición de campos, fijados los cuales cada parte se desentiende de la otra. Hay unos fines y unos propósitos que exceden completamente las atribuciones de uno y otro sector, para residenciarse en el mismo supraordenamiento constitucional. Al Poder Nacional toca, dentro de los límites constitucionales, definirlos y orientar a todo el Poder Público hacia su consecución.

Por otro lado, debe siempre respetarse la autonomía estatal, aún en el desarrollo de estos círculos de encuadramiento. Por ello, la estrategia que se diseñe debe permitir, en todo caso, un sustancial ámbito de libertad para los estados, dentro del cual éstos puedan llevar a la práctica políticas propias.

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

José Luis Villegas Moreno
Profesor de la Universidad del Táchira
Venezuela

PRESENTACIÓN

La participación en esta obra colectiva en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, con diversos autores de sólida vocación y formación iuspublicista, es un honor, a la vez que un serio compromiso. Compromiso respecto de los participantes y del homenajeado en esta la obra, el maestro Allan R. Brewer-Carías, a quien guardamos vivo afecto y profunda gratitud. Su labor científica se proyecta e influye ya sobre varias generaciones de juristas. También por ser ejemplo de una permanente disponibilidad para la atención académica y personal de quien se la ha solicitado en el curso de su formación.

I. INTRODUCCIÓN

La población venezolana ha ido desarrollando solidaridades locales desde tiempos inmemoriales, mucho antes que las que luego manifestaría en el siglo XIX. Antes de la llegada de los españoles a estas tierras, existían pueblos con una identidad inequívoca; naciones, podría decirse sin exagerar, porque vivían en un territorio determinado, hablaban una lengua diferenciada, tenían costumbres y valores propios. Con la llegada de los conquistadores se desdibujaron esas particularidades y se impuso una misma lengua, una misma religión y unas costumbres y valores estandarizados; pero en modo alguno significó esa labor homogeneizante la desaparición de los caracterismos locales¹. Las formas seculares se transformaron, muchas de ellas subsisten de forma sincrética confundidas con las españolas. Las raíces, el aislamiento, la fuerza centrípeta de las ciudades líderes, las instituciones, los símbolos, el arraigo son componentes de un proceso de lugarización que continúa y se fortalece, con una dinámica que lo enriquece y le imprime variantes y modalidades. Hoy existe un país integrado y una realidad espacial heterogénea que debe encontrar expresión en sus instituciones jurídico-políticas.

Estamos convencidos de que los procesos de cambio político y administrativo que requiere Venezuela en estos difíciles momentos de encrucijada de ideologías y de confusión, deben generarse desde los gobiernos locales, desde los municipios. En efecto, el local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés

1. GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato, "El régimen municipal en la Constitución venezolana de 1999", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 5.

político, ya que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos al igual que son las instituciones que el ciudadano conoce más directamente. El nivel local es el que enraíza, de modo cuantitativamente más importante, las instituciones con el tejido social.

Venezuela tiene una larga tradición municipalista que se remonta a los cabildos coloniales y que aparece posteriormente reflejada en todas las Constituciones desde 1811. En el devenir histórico constitucional el municipio ha pasado por diversas vicisitudes, especialmente desde que el Cabildo de Caracas inició el proceso independentista republicano hasta el advenimiento de la democracia en el siglo pasado. El municipio en Venezuela ha trajinado por variadas y diferentes modulaciones y ha aglutinado las mayores experiencias.

La Constitución de 1999 recoge esta dilatada tradición municipalista venezolana y la refleja en su articulado, patentando una vez más que el régimen local está indisolublemente unido a la noción de autonomía, a pesar de la indeterminación y ambigüedad del concepto a lo largo del tiempo y bajo las más diversas circunstancias políticas. La autonomía local no puede entenderse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado.

El trabajo que hemos elaborado está hecho desde la Constitución de 1999 con sus condicionantes y motivaciones, a la espera de una nueva legislación municipal que se adecúe a sus lineamientos, presentando el Poder Municipal en su genuina expresión constitucional cuya potencialidad corresponderá desarrollar al legislador ordinario.

II. CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL

1. Principios fundamentales

El mayor problema que plantea el reconocimiento constitucional de los entes locales y de su autonomía es determinar cuál sea el contenido de ésta. Se trata, como se sabe, de una tarea de la mayor dificultad.

Qué debemos entender por autonomía local en el marco de la Constitución, es tarea prioritaria. Una primera aproximación es, como siempre, gramatical. Para la Real Academia Española de la Lengua autonomía es una expresión polisémica: tiene hasta cinco significados diferentes, uno de ellos cabalmente adecuado a la situación que ahora nos ocupa; autonomía, dice, es *la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios*. Pero es evidente que esta definición nada aclara, pues lo que aquí importa es, precisamente, determinar cuáles son esos intereses y hasta donde llega esa capacidad de regirlos.

Una primera cosa sí queda, con todo, establecida: tanto desde la perspectiva gramatical como desde la constitucional, la consagración de la autonomía implica, en primer lugar, el reconocimiento de un ámbito de intereses propios y, en segundo lugar, el reconocimiento de que esos intereses propios han de ser normados y regidos por entes específicos y autónomos. Autonomía significa, pues, consagración de un ámbito de actuación y libre disposición propio, en el que se incluye al menos un mínimo de discrecio-

nalidad y, consecuentemente, una cierta capacidad de resistencia frente a las órdenes o instrucciones que pretendan invadir dicho ámbito².

Como acertadamente expresa Miguel Molina³ los principios básicos inherentes a la autonomía plena pueden resumirse en los siguientes:

1. Autogobierno, entendido como la aptitud del municipio para dotarse a sí mismo de sus gobernantes, reconociendo en el pueblo el derecho a elegirlos libre y democráticamente.

2. Titularidad de atribuciones locales, esto es, disponer de competencias propias, reconocidas por la Constitución y que no puedan ser anuladas por actos de autoridades superiores.

3. Capacidad para programar, dirigir y ejecutar sus propias atribuciones sin tutela alguna.

4. Autosuficiencia económico-financiera, es decir, reconocer al municipio la competencia para crear y aplicar los recursos necesarios que le permitan desarrollar sus actividades; asimismo, el derecho a recibir de las instancias nacionales y autonómicas otros ingresos provenientes de su coparticipación tributaria en esos niveles. La potestad tributaria local debe entenderse como un hecho fundamental de cualquier concepción autónoma.

5. Facultad de dotarse de Cartas locales, o autonormatividad de tercer grado. Se trata de una concesión que ciertas Constituciones otorgan a determinados municipios, generalmente los de más elevada población.

Cuando concurren todos estos principios puede hablarse de autonomía plena.

En septiembre de 1985, la Unión Internacional de Administraciones Locales, IULA, con motivo de su XXVII Congreso Mundial celebrado en Río de Janeiro, presentó la *Declaración Universal de la Autonomía Local*. Partiendo de la consideración de que el municipio es el nivel de gobierno más próximo a los ciudadanos y el que mejores posibilidades reúne para implicarlos en el proceso de toma de decisiones relativas a sus condiciones de vida, esta Declaración aborda la cuestión de la autonomía municipal desde múltiples frentes. En primer lugar, la define como *la atribución de los derechos y responsabilidades de los gobiernos locales para regular y administrar los asuntos públicos bajo su responsabilidad y en interés de la población local* (art. 2º), lo que debe ser reconocido constitucionalmente.

Así mismo, el Consejo de Europa ratificó en octubre de 1985 la *Carta Europea de la Autonomía Local*, con planteamientos similares a la declaración anterior del IULA, pero referida especialmente al ámbito europeo. El literal 3 de la Primera parte de la Carta señala que por autonomía local *se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*.

La Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal(OICI), con motivo de su XX Congreso Interamericano de Municipios, celebrado en Caracas en noviembre de 1990, dejó constancia también de su posición con respecto a este tema en la llamada *Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana*. Sobre la autonomía local, el punto

2. GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La Configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid 1998.

3. MOLINA MARTÍNEZ, Miguel, *El Municipio en América. Aproximación a su desarrollo histórico*, CEMCI, Granada 1996.

segundo sostiene que *debe superar los planos teóricos y el universo de las grandes declaraciones para materializarse en una realidad permanente y auténtica*. Hace un llamamiento para que *desaparezcan los intervencionismos y controles gubernamentales sobre las municipalidades* (Punto cuarto), junto al deseo de que *a las medidas democratizadoras y autonomistas locales se incorporen criterios descentralizadores auténticos*. (Punto quinto). Además incentiva la participación ciudadana a través del asociacionismo, considerándolo como factor clave de la recuperación del movimiento municipalista (Punto séptimo y octavo).

Por su parte, en 1993 la Unión Iberoamericana de Municipalistas, asumiendo las referidas Cartas de Autonomía Local, incidió y profundizó en esos mismos aspectos dándoles forma en el documento que tituló *Declaración de Cartagena de Indias sobre la Autonomía Local*. Ordenada en 12 puntos, comienza señalando que *la autonomía local es un derecho que se sitúa en la base misma de una estructura democrática del poder*, añadiendo que *la descentralización y la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos son condiciones básicas de la democracia de nuestros días*. Pensando en el municipio como un ámbito de gobierno, demanda que la autonomía local, un derecho colectivo de los ciudadanos, sea recogida en la Constitución de cada país (Punto tercero).

Como puede observarse, la coincidencia de todos los textos internacionales en la materia es absoluta a la hora de resaltar que el verdadero potencial del municipio como institución de la cosa pública y entidad representativa, además de órgano de democracia política y social, se expresa con plenitud en el marco de una descentralización política e institucional y sobre la base de unos principios de autonomía.

Todo lo cual debe redundar, sin ningún género de dudas, en el acrecentamiento del papel del municipio como instancia generadora de actividades que contribuye al desarrollo de la vida humana, más cercana y segura para el ciudadano y menos expuesta a la presión de las élites económicas y burocráticas. Son cada día más quienes se convencen de que la verdadera meta de vida democrática de un país pasa por la existencia y desarrollo de municipios dotados de autonomía plena. De ahí la urgencia de avanzar hacia la revalorización de una institución municipal más representativa y participativa.

La autonomía contribuye a la cohesión social, en tanto en cuanto revaloriza la participación ciudadana e incentiva la captación de los individuos para colaborar en el planteamiento y desarrollo de las tareas públicas. Así entendida, la autonomía trata de reafirmar la defensa de los intereses de los ciudadanos y contrarrestar las carencias de la democracia formal.

Todos estos principios generalmente aceptados aparecen recibidos en la Constitución de 1999.

2. Configuración constitucional

El artículo 168 constitucional no sólo define el municipio como “... la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley...”. Además en dicho artículo se determina que la autonomía municipal comprende: la elección de sus autoridades, la gestión de las materias de su competencia, y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Así las cosas, se plantea el problema relacionado con el significado polivalente, al que se hacía referencia anteriormente, que la Constitución de 1999, en concreto, asigna a la palabra autonomía. En efecto, dicha palabra sustantiva se encuentra relacionada -adjetivada- con varios órganos o entes distintos, asignándoles en cada caso un sentido peculiar⁴.

-En primer lugar, con los Estados cuya autonomía es reconocida en su artículo 159: *Los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político...*,

-En segundo lugar, con respecto a los Municipios en el artículo 168, arriba transcrito.

-En tercer lugar, con respecto a la Contraloría General de la República en su artículo 287 al señalar que ésta... *Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa...*,

-En cuarto lugar, en relación con los órganos del Poder Ciudadano - Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo y consejo Nacional Electoral - los cuales según señala el artículo 273 ejusdem, *...gozan de autonomía funcional financiera y administrativa...*

-Finalmente, con relación a la autonomía que se confiere a la administración tributaria nacional, el Constituyente del 99 señala: *artículo 317. (...) La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera...*

El alcance constitucional del término autonomía utilizado por la Constitución en relación con varios órganos, es evidente: es bien heterogéneo, por lo menos desde un enfoque técnico, ya que se observa una notoria distinción entre la autonomía del Municipio y la autonomía encomendada a la Contraloría General de la República (funcional, administrativa y organizativa), a la administración tributaria nacional (técnica funcional y financiera) y a los órganos del Poder Ciudadano (funcional, financiera y administrativa).

Pero de todas formas, la enumeración contenida en la norma constitucional citada, sin duda, le da a la autonomía local en Venezuela una amplitud considerable que abarca una autonomía política, normativa, tributaria y administrativa⁵. Según la exposición de motivos de la Constitución, se ha querido incluir en el texto constitucional el reconocimiento expreso de la autonomía municipal con la definición del contenido mínimo que corresponde a esa cualidad esencial, así como la garantía jurisdiccional de la misma.

Creemos que el Constituyente ha recibido la mejor doctrina municipalista en relación a este polémico tema de la autonomía local, contenida en las diferentes declaraciones o cartas internacionales sobre tan debatido tema. En efecto, creemos que la *Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana* que proclama la existencia de estructuras locales democráticas, autonomía municipal y descentralización, la incorporación de los ciudadanos a los procesos de gobierno y a la gestión municipal, facilitando las vías y cauces para una participación ciudadana efectiva, ha influido notablemente en la Constitución de 1999⁶.

El artículo 168 constitucional establece que los municipios gozan de autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley. Por tanto, la autonomía no es absoluta y además el legislador ordinario puede establecer límites a esa autonomía. En la Constitución de 1961 la limitación de la autonomía por vía legal no estaba prevista. Cabe preguntarnos hasta dónde el legislador ordinario puede limitar la autonomía local consa-

4. V., ARAGÓN CORTÉS, Irene Belén, "Configuración jurídica de la autonomía tributaria de los municipios venezolanos", *Revista Tributum* n° 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 2001.

5. BREWER-CARÍAS, *ob. cit.*

6. Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana, OICI, Madrid 1998

grada en la Constitución, es decir cuál es el núcleo esencial indisponible por el legislador. Para Brewer-Carías la autonomía local aparece así interferida, minimizada, al poder intervenir en ella el legislador ordinario⁷. ¿Podría pensarse que asistimos a un silencioso vaciamiento de la autonomía local, en palabras de Knemeyer?⁸ Es un asunto delicado ya que el legislador ordinario puede intervenir la autonomía local, creemos que desdibujando la configuración del municipio en la tradición venezolana. Es factible que se tienda nuevamente al centralismo al limitar el escenario de la vida local. Es una amenaza latente que sólo el trajinar próximo nos aclarará. Pero el municipio puede y debe defenderse de injerencias indebidas dada la construcción que la propia Constitución hace de su escenario vital. Estamos convencidos que el legislador ordinario no le puede escamotear al municipio ningún asunto propio o que concierna a la vida local, a menos que exista para ello una situación excepcional directamente relacionada con el interés público general.

Sin duda que la autonomía municipal aparece configurada como un principio fundamental que regula la organización del Estado y que, por tanto, como principio orientador de la estructura territorial, goza de eficacia trascendente.

3. Contenido mínimo

A. Autonomía política

En primer lugar, está la autonomía política que es la que da origen al autogobierno, y que implica la elección de sus autoridades a través de mecanismos que la Constitución exige que sean siempre de carácter democrático (art. 174)

Por eso, en la Constitución venezolana no se concibe el Municipio sin su autonomía, políticamente hablando, es decir, sin su carácter democrático representativo, lo que conduce a que sus autoridades o representantes, los concejales y alcaldes, sean electos por votación universal, directa y secreta.

B. Autonomía normativa

En segundo lugar, los Municipios tienen autonomía normativa, es decir, se dictan su propio ordenamiento en las materias de su competencia. Por ello, las ordenanzas municipales en Venezuela tienen carácter de leyes locales y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia desde hace ya varias décadas⁹. Es decir, las normas que los Concejos Municipales producen, tienen carácter de ley en relación, por supuesto, con las materias propias de la competencia municipal. De lo contrario no se entendería, por ejemplo, cómo mediante ellas se pueden establecer impuestos, lo cual está reservado a la ley (art. 317 de la Constitución). Esta competencia normativa, además, se ejerce con entera autonomía, en el sentido de que no está sujeta a la ley nacional

7. *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas 2001.

8. Citado por SOSA WAGNER, Francisco, "La autonomía local", en el libro *Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Civitas, Madrid 1991.

9. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1939-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Caracas 1976, pp. 278 y ss.

o estatal en las materias que sean propiamente municipales y donde no haya concurrencia, y sólo está sujeta al control jurisdiccional conforme lo dispone el artículo 168 de la Constitución.

Ahora bien, la Constitución en algunos casos establece materias en las cuales hay concurrencia de competencias entre los diversos niveles y en estos casos, corresponde a la Ley Nacional establecer el ámbito que corresponde a cada nivel. Sin embargo, en las materias propias de la vida local, donde no hay concurrencia, el Municipio es enteramente autónomo y las ordenanzas son dictadas sin sujeción a la normativa nacional, porque ésta no puede invadir las competencias municipales. Ha sido muy frecuente la participación de la extinta Corte Suprema de Justicia en el conocimiento de conflictos entre ordenanzas municipales y leyes nacionales, denunciadas tanto por los Municipios como por el Poder Nacional, en el sentido de que se considera que hay invasión de competencias de un órgano del Poder Nacional y viceversa. La extinta Corte Suprema de Justicia tiene una extensa jurisprudencia donde delimita las competencias en los casos de conflicto¹⁰.

C. Autonomía tributaria

Pero además de la autonomía política y normativa, el Municipio tiene autonomía tributaria, en el sentido de que en la Constitución se prevén sus tributos propios. Por tanto, podemos señalar que así como los órganos del Poder Nacional tienen una potestad tributaria originaria, también los Municipios tienen una potestad tributaria originaria. Es la Constitución la que establece cuáles tributos son nacionales y cuáles son municipales, y éstos son desarrollados por los propios municipios en sus propias ordenanzas.

En esta forma, el artículo 179 del texto fundamental, establece como ingresos municipales por vía tributaria, las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades, generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística; el impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

Estos tributos propios, asignados directamente por la Constitución, son regulados con autonomía, en cada Municipio, en sus respectivas Ordenanzas.

Hay que observar que es de la competencia del Poder Nacional lo relativo a la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial (art. 156.11). Según esto, la autonomía de los municipios en materia tributaria debe armonizarse con esta especial injerencia del Poder Nacional.

10. *Idem.*, pp. 246 y ss.

Este tema de la autonomía tributaria municipal ha sido y sigue siendo controvertido dada la voracidad fiscal de los municipios, que muchas veces provoca interferencia con las competencias del Poder Nacional. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, según reciente sentencia de 08-11-2000 ha establecido:

...la Constitución atribuye autonomía financiera y tributaria a los municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en el artículo 168... por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho...

D. Autonomía Administrativa

Además de la autonomía política, normativa y tributaria, los Municipios también, tienen, por supuesto, una autonomía administrativa. El artículo 168 de la Constitución habla de la gestión de las materias de su competencia, lo que implica no sólo autonormación, sino también autoadministración y, por lo tanto, la posibilidad de invertir los ingresos municipales en la forma como lo juzguen conveniente, sin intervención alguna del Poder Nacional o del Poder Estatal.

Podríamos señalar, sin embargo, que una limitación a esta libre gestión sólo se podría deducir del sistema del Situado Constitucional, en cuanto a los ingresos del Municipio provenientes del Situado que se asigna a los Estados y que éstos, a su vez, deben transferir, en un porcentaje, a los Municipios.

4. Garantía de la Autonomía

La autonomía de los Municipios, tal como se ha señalado, es un principio constitucional fundamental derivado de la distribución vertical del Poder Público que caracteriza nuestra forma de Estado. Por ello, la propia Constitución establece la garantía de dicha autonomía al prescribir, que *los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes de conformidad con la Constitución y la ley* (art. 168) .

En consecuencia, en Venezuela no existe ninguna forma de control de tutela de carácter administrativo o político, por parte de la República o de los Estados sobre los Municipios, siendo sólo posible la intervención de la Contraloría General de la República sobre las administraciones municipales, *sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la Constitución* (art. 289).

Por otra parte, la garantía de la autonomía municipal también se configura como una garantía objetiva de orden constitucional, en el sentido de que las invasiones de competencias y lesiones a la autonomía por parte de los órganos de la República y de los Estados, se consideran usurpación de funciones y autoridad, cuyos actos son nulos (art. 138 Constitucional) y pueden ser anulados por el Tribunal Supremo de Justicia (art. 266 Constitucional) y los tribunales contencioso-administrativos.

Ello no obsta, sin embargo, para que la Administración Nacional o la del Estado puedan ejecutar obras o prestar servicios de carácter local, o mejorarlos cuando al Municipio al cual competen, no las construya o preste, o lo haga de manera deficiente, pero siempre en conformidad con los planes y programas del respectivo Municipio.

No hay, pues, apoyo constitucional alguno para conceptualizar la autonomía local como un derecho constitucionalmente reconocido. En estas condiciones, la determinación de la naturaleza jurídica de la autonomía local podría derivar, lógicamente, como señalara Parejo¹¹, hacia la figura de la garantía constitucional elaborada por Schmitt. La definición de la garantía institucional que el propio Schmitt nos suministra es la de *un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero éste carece de una facultad de disposición total e inmediata*¹². Para proseguir el análisis que nos ocupa, conviene sintetizar las características de esta figura que incorpora *una eficacia específica (más fuerte que la derivada de cualquier otra norma constitucional "ordinaria") de la decisión del poder constituyente respecto de la capacidad de configuración social reconocida al poder constituido, consistente justamente en el aseguramiento frente a éste de la presencia y actuación permanentes de la institución en el seno del ordenamiento del Estado, en términos de impedimento de la supresión, así como también de la alteración o desviación ilegítimas de ésta*¹³.

Pero el principal problema que plantea la técnica de la garantía institucional es que, en sí misma, no garantiza nada mucho más allá de la existencia del ente o concepto amparado por la garantía: no asegura, por sí sola, ningún contenido mínimo o normal, ningún haz de potestades, ningún ámbito de actuación exclusiva o preferente. Porque la garantía institucional es, exclusivamente, un límite que se impone al legislador: se asegura la existencia de un ente o un concepto y, en consecuencia, se reduce el ámbito de libre disponibilidad del legislador, que podrá regular el objeto protegido por la garantía institucional, pero no podrá hacerlo de tal forma que desaparezca ese objeto que resulta garantizado, o de manera tal que, aunque subsista, lo haga en condiciones tales que equivalgan a su inexistencia práctica. Es, por tanto, un mecanismo reactivo frente a la actuación legislativa y, si se quiere, un parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la actuación legislativa, pero en modo alguno resulta un elemento garantizador de una posición determinada - potestades, competencias, etc.- en el esquema institucional.

Porque lo relevante no es el carácter político - innegable además, como se ha visto- de la autonomía local, sino su relación con la Constitución y la ley o, dicho en otros términos, la determinación de hasta qué punto está amparada en su contenido y límites por la propia Constitución y la delimitación de en qué medida está expuesta a la libre disponibilidad por parte del legislador.

Siguiendo a Sánchez Morón¹⁴ creemos que la autonomía local no aparece regulada en la Constitución como un derecho fundamental. El constituyente en Venezuela no ha incluido la garantía de la autonomía local entre los *Deberes, Derechos Humanos y Garantías*, sino en la denominada parte orgánica o constitución política, y específicamente en el capítulo referido al Poder Público.

Así, el municipio tiene una situación jurídica protegida que le confiere un derecho reaccional a que se respete su autonomía, configurada por la ley de acuerdo con la Constitución.

Hay que plantearse entonces la naturaleza jurídica de la autonomía, constitucionalmente reconocida al Municipio, vista la posición asumida por el Constituyente. Consi-

11. *Ob. cit.*

12. Citado por PAREJO ALFONSO, en *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid 1981.

13. V., PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid 1981.

14. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid 1990.

deramos que este problema es difícil aunque algunos sectores de la doctrina han tratado de clarificar¹⁵ con acierto.

Con respecto a este asunto existen, pues, tres corrientes, a saber:

- La que enfoca que constitucionalmente se tiene un *derecho* a la autonomía;
- La que enfoca a la autonomía como una garantía *institucional*, y
- La que enfoca como una garantía *constitucional*.

Siguiendo la mejor doctrina, creemos que considerar, de entrada, que la Constitución de 1999 pretende otorgar a los entes locales un derecho a la autonomía es hacer una afirmación errada, pues sería considerar, como se mencionó anteriormente, que al Municipio le corresponde un derecho natural, por ser anterior al Estado -según la teoría sociológica- obviando que el Municipio es *Municipio* -jurídicamente hablando- gracias al reconocimiento que hace el Constituyente y por el cual lo impregna de un lugar dentro de la distribución político-territorial del Estado; después de la emancipación de España, los entes locales asumieron que su figuración dentro del ámbito de la República es debido a un Poder Supremo, es decir, a un mandato constitucional.

Ahora bien, esto presenta un gran margen de duda, como señala García¹⁶ con un enfoque muy práctico, en relación a las afirmaciones contenidas en las dos últimas posiciones: ¿Será la autonomía que se reconoce a los entes locales dentro de la Constitución venezolana una garantía *institucional* o más bien una garantía *constitucional*? Lo que marca la diferencia entre una garantía y la otra es que la una - la institucional - simplemente asegura la existencia del ente, mientras que la otra - la constitucional - incluye a la primera pero, a la vez, sienta las bases para su organización, es decir, fija límites para el poder legislador el cual será el que, finalmente, determine sus competencias y potestades. Al respecto el citado autor con claridad expone que:

La garantía institucional en estado puro no va más allá de la mera mención del ente u órgano cuya existencia quiere el Constituyente proteger frente a la posible actividad legislativa, fijando por ende, un límite a la opción del legislador; ahora bien, en lo que a la autonomía local se refiere, la constitución no se limita a mencionar la figura, para así garantizarla: la rodea, además de otras muchas características y de características que ocupan un elevado plano en la escala axiológica constitucional¹⁷.

Tal y como la Constitución ha definido al *ente local*, ello lleva a admitir que el Constituyente no sólo pretendió reconocer la existencia del Municipio sino que, además, ha impregnado a estos órganos con un poder influyente dentro de la estructura política y territorial de la República; es decir, los ha definido como entes integrantes de la división política territorial, de la misma manera que lo ha hecho con los otros dos entes que forman parte de la división política del estado, es decir, la República y los Estados. En efecto, no es que solamente esté garantizada la existencia, la perpetuidad o la continuidad de los Municipios, o que esta subsistencia sea tal gracias a la seguridad de una garantía institucional, sino que está porque la Carta Magna los admite dentro de la estructura del Estado como entes integrantes de una división político territorial. Estas afirmaciones se comprueban cuando el Constituyente dedica un capítulo entero, como se señaló anteriormente, a disponer los lineamientos por los que debe regirse esta entidad y la

15. V., BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. y AGUIAR DE LUQUE, Luis, "La Garantía institucional: Crítica y verdadera operatividad de esa técnica", en *Configuración Constitucional de la Autonomía Local*. GARCÍA M. J., Marcial Pons, Madrid 1998.

16. *Ob. cit.*

17. *Ob. cit.*

manera cómo estos límites deben detener la acción incorrecta del legislador. Incluso por ese motivo, el Constituyente exige ley orgánica para alterar los límites municipales e incluso dota a los municipios de un principio democrático al exigir que sus representantes sean elegidos por votación universal, directa y secreta.

Parece lógico admitir, entonces, que la Constitución no sólo pretende que se asegure la existencia de un determinado ente territorial sino que, además, pretende que cumplan unas funciones determinadas -muy importantes a nuestro parecer- y que se elijan sus representantes dentro de un requerimiento democrático.

La Constitución ha diseñado un ente -político territorial- al que le asegura su existencia, pero a la vez le delimita unas determinadas características y competencias, dejando a la intervención del legislador su regulación, pero sin poder en ningún caso invadirlas; es decir, el legislador respetará los mínimos impuestos por ella y a favor del Municipio.

Hay opiniones opuestas en cuanto a la importancia de ubicar a las autonomías locales dentro de una posición u otra, pues puede ser tildada de innecesaria, pero cuando García¹⁸ aborda este tema, fija su posición dentro de la garantía constitucional -diferiendo de la posición asumida por el Tribunal Constitucional español, que la ubica como garantía institucional- pero admite que la posición asumida por el Tribunal Constitucional de España, tiene un trasfondo basado en un criterio interpretativo, que crea un efecto cuya razón sería la interpretación del contenido de la autonomía local en función de parámetros configuradores de instituciones y cuya consecuencia es la exigencia de un contenido indispensable para el despliegue de las funciones que la institución tiene constitucionalmente asignadas.

La garantía institucional -posición que asume el Tribunal anteriormente mencionado-, exclusivamente, una limitación al poder del legislador, un aseguramiento de la perpetuidad del ente en el ordenamiento y disminución de la capacidad de disponibilidad del legislador.

Nuestra posición: La posición que asumimos -con base en todas las argumentaciones anteriores- es que el atributo de autonomía municipal en Venezuela, está configurado dentro de la Constitución de 1999 como una *garantía constitucional*.

Así las cosas, no compartimos la doctrina jurisprudencial sentada en relación a este caso por la Corte en Pleno de la Extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de julio de 1997, en el caso de la Ley Orgánica sobre emolumentos y jubilaciones de altos funcionarios de las entidades federales y municipales, que parece ser hasta ahora la última palabra de nuestro máximo Tribunal. En efecto, dicha decisión se desarrolla en torno a precisar si la autonomía municipal se configura o no como un objeto tutelable por la vía de amparo, dependiendo de su naturaleza específica, sea ésta una competencia, facultad, potestad o garantía y por ello, entra a considerar como punto fundamental si los derechos y las garantías son términos equivalentes o si por el contrario, se trata de conceptos diferentes que podrían invocarse mediante el amparo de manera independiente.

La sentencia referida establece que "...los apoderados actores solicitan amparo constitucional para la autonomía municipal que la Constitución consagra. Estima esta Corte que tal alegato se contradice con el sentido antes expresado de las garantías constitucionales, vistas en la forma en que fueron expuestas como los medios, mecanismos, instrumentos y vías previstas para la tutela de un derecho constitucionalmente consagrado.

18. *Ob. cit.*

Se plantea así la necesidad de discernir entre una garantía y una facultad pública, como lo es la autonomía...La autonomía conforma uno de los poderes públicos que el sistema jurídico acuerda a determinados entes públicos para el eficaz cumplimiento de sus fines...¹⁹.

Al referirse la sentencia citada a la autonomía y su conceptualización, la considera como una figura organizativa dentro del Estado, acercándose más a la noción de potestades públicas difiriendo entonces de las garantías. Es decir, es una forma de organización que le permite al ente descentralizado realizar válidamente una serie de actuaciones, ejercida a través de poderes públicos que son acordados para su eficiente desempeño. Las potestades constituyen así, la esencia misma de la actuación de los entes públicos y especialmente de los de naturaleza territorial como los Municipios. Así las cosas, señala la sentencia, no puede subsumirse la autonomía en la noción de garantía.

También se establece en la sentencia que los entes territoriales pueden ser sujetos activos de la acción de amparo, pero sólo respecto a la tutela de los derechos y garantías constitucionales, entendidos estos últimos en su sentido estricto. Por ello, quedan excluidos la tutela de las potestades y competencias y de los conflictos entre los entes territoriales.

Llama la atención que la ponente reconozca todo un fenómeno en la doctrina comparada y nacional dirigido a tutelar por vía de amparo los poderes, competencias y facultades de los organismos públicos; todo ello después de negar tal situación en su ponencia. En efecto, así se expresa: *...no puede ignorarse que hay una tendencia dirigida a tutelar las facultades, competencias y poderes de los organismos públicos, mediante el amparo que, en tales casos asume la designación de amparo organizativo. En algunos sistemas, inclusive, está expresamente reconocido por vía legislativa. Es indudable que tal figura significa la ampliación del amparo a nuevas funciones y objetivos.*

Compartimos plenamente el magnífico voto salvado emitido por el extinto maestro de Derecho Constitucional en Venezuela Humberto La Roche, que es el que da verdadera luz al problema debatido en la sentencia. En efecto, analiza las nociones de derecho y de garantías, aclarando las confusiones que constantemente se presentan al respecto.

El disidente señala expresamente que la autonomía es dentro del Municipio uno de los aspectos esenciales. Por tanto no comparte la idea de la mayoría sentenciadora que restringe a la autonomía como figura organizativa; esto es, como una forma de organización que le permite a un ente descentralizado realizar válidamente sus actuaciones. Para el disidente, la autonomía municipal como la autonomía de los estados y la autonomía universitaria es un derecho fundamental o una garantía institucional que la ley debe garantizar.

Para el disidente, en opinión que compartimos, si es posible tutelar la autonomía municipal por vía de amparo constitucional. En igual sentido se pronuncia Lejarza²⁰ al sostener que la garantía de autonomía municipal, tiene plena vigencia y procedencia dentro de nuestro sistema ya que puede hacerse efectiva mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional.

19. PIERRE TAPIA, Tomo 10, pp. 119-146.

20. LEJARZA, Jacqueline, "Las Garantías institucionales y el amparo constitucional (a propósito de la sentencia de la Corte en Pleno de 29 de julio de 1997, en el caso de la Ley Orgánica sobre emolumentos y jubilaciones de altos funcionarios de las entidades federales y municipales)", *Revista de Derecho Administrativo*, n° 4, 1998.

III. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Las funciones constitucionales de la autonomía y, por tanto, de la Administración local según el espíritu de la Constitución de 1999, siguiendo para ello la orientación de Parejo Alfonso²¹, son las siguientes:

1. Político-democrática

Las manifestaciones de la democracia son múltiples y dependen de la *constitución* de cada Estado. Y la interpretación de ésta ha de hacerse sobre el modelo asumido por la norma fundamental en cada caso y en modo alguno desde y sobre la base de un modelo teórico.

La Constitución de 1999 ha optado por un sistema democrático que contempla la descentralización y la autonomía local. De ello se sigue, como resulta por demás de los arts. 2 y 4 de la Constitución, que a la unidad del sistema democrático es inmanente la autonomía local y la descentralización, de suerte que aquél se ofrece enteramente impregnado por ésta.

En consecuencia, la autonomía local sirve, en la escala local, a la efectividad y el reforzamiento de la construcción y el funcionamiento democráticos del Estado. La opción organizativa del art. 16 encuentra su fundamento en el valor de la autonomía local para la realización del principio democrático consagrado en el art. 2, cabalmente en el sentido precisado por el art. 70 (facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social).

La autonomía local cumple, en efecto, diversas funciones de fomento de la vida democrática en el contexto de la Constitución de 1999, tales como las siguientes:

-Proporcionar un ámbito determinado por la afección de las colectividades de convivencia en el territorio, para la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Y así incrementar el grado de posibilidades de intervención en la formación de la voluntad colectiva, que constituye criterio de medida para la realización -en sociedad- de los valores de libertad e igualdad que tienen el rango de superiores del ordenamiento jurídico (art. 2).

-Ampliar el círculo, al multiplicar las instancias y los procesos de decisión política y pública, de los ciudadanos activos y comprometidos políticamente. Y ello, lo que es decisivo, aunado a los factores más importantes de la legitimación democrática: la representación (cuando no la intervención directa) y la participación. En esta combinación radica justamente la cualidad distintiva de la autonomía local dentro de la estructura territorial del Estado, y más concretamente dentro del sistema de Administración pública de este.

La gestión bajo la propia responsabilidad de los asuntos que afectan a la colectividad de convivencia amplifica, en efecto, las posibilidades de todos y cada uno de influir en la confirmación de las condiciones de vida social en su dimensión local, que son las que le atañen y conciernen más directamente.

21. PAREJO ALFONSO, Luciano, "La garantía institucional: crítica y verdadera operatividad de esta técnica". Comunicación presentada en *La Configuración constitucional de la Autonomía Local*, Marcial Pons, Madrid 1998.

De esta suerte, la instancia local y su desarrollo y funcionamiento plenos no son ajenos al derecho fundamental consagrado en el art. 70. La efectividad de éste depende de dichos desarrollo y funcionamiento.

-Proporcionar un escenario más para la resolución democrática de conflictos sociales y para la articulación y ejecución de la voluntad política. Ello quiere decir que al propio tiempo que suministra la base para la intervención y participación ciudadana, sirve de lugar de encuentro de las fuerzas políticas organizadas a escalas superior por el ciudadano, convirtiéndose por ello en un importante nivel funcional del sistema democrático.

-Potenciar las condiciones requeridas para la legitimación por aceptación del sistema democrático, al incrementar -por su inmediatez a los problemas y los ciudadanos- el grado de acierto y corrección de las decisiones públicas y de su ejecución.

-La autonomía local supone, en efecto, una instancia de *transposición*, bajo la propia responsabilidad y en términos de política local propia (dotada de legitimación democrática), de las decisiones de las instancias superiores, prestando una importante contribución a la adecuación de las políticas públicas a los problemas y necesidades reales. Y ello precisamente en el decisivo plan administrativo.

Debe tenerse en cuenta, además, que la instancia local ofrece condiciones idóneas para el fluido intercambio de información e, incluso, de la directa comunicación entre Administración y ciudadano. Ello hace de la instancia local lugar privilegiado para la innovación en las políticas públicas, como la propia historia local acredita. Dada la conexión, a su vez, entre dicha instancia y la superiores del Estado, tales características hacen de ella un lugar privilegiado para la retroalimentación del entero sistema democrático.

Desde este punto de vista, pues, adquiere todo su sentido el principio de la descentralización de la administración pública con un todo consignado en el art. 4 de la Constitución.

-Compensar, en una sociedad-Estado de gran complejidad y a una escala aún dominable, la enorme y creciente distancia entre el ciudadano y los centros de decisión política y pública.

Sirve así la autonomía local de antídoto al proceso de indiferencia, alienación y apartamiento del Estado que generan el alejamiento de los centros de decisión y la incomprendibilidad, por su complejidad, de las decisiones.

-Integrar al ciudadano en el sistema democrático mediante la agrupación de los ciudadanos en una unidad política local de base y la intermediación, de su acercamiento al Estado como un todo, es decir, su identificación con éste como tal.

-Construir, por sus características, el lugar más idóneo para la interiorización y la práctica de las pautas y los comportamientos propios del sistema democrático.

Estas funciones de la instancia local, relevantes para el principio y, por tanto, para el sistema democrático definido por la Constitución de 1999, inciden además en la efectividad de otros principios estructurales del Estado. Así:

-El control democrático del poder que comporta a su escala favorece también, desde luego, el principio del Estado de Derecho y el valor superior de la libertad a él conectado.

La autonomía local es parte de un Estado con división territorial del poder (contribuye, pues, a esta división horizontal) y sirve además, también y en su seno, a la división vertical del poder (art.1).

Y las características mismas de la autonomía local que hacen que ésta abra espacios para la realización, en colectividad, del libre desarrollo de la personalidad (la libertad).

-La conexión de la autonomía local con un elenco de competencias hace de ella instrumento para el establecimiento autónomo (bajo la propia responsabilidad) de prestaciones propias del Estado social y la realización, por tanto, del valor superior de la igualdad que es propio de éste.

Sobre la base de las consideraciones precedentes puede concluirse, pues, que la Constitución de 1999 ha optado claramente por un concreto sistema democrático, caracterizado por su escalonamiento y diversificación territoriales, y construido sobre una instancia basal local dotada de un autogobierno específico por agotarse en la Administración y combinar, no obstante, la doble legitimación democrática procedente de los mecanismos de representación (carácter electivo) y participación (gestión por los propios destinatarios). La autonomía local es, así, una pieza del entero Estado democrático constituido, sin cuyo desarrollo y funcionamiento plenos, dicho Estado no se realiza plenamente.

2. Inherentes al Estado de Derecho

En este terreno, la principal conexión entre autonomía local y el principio de Estado de Derecho (art. 2) radica en la contribución de aquélla a la división del poder, tanto horizontal como vertical. A dicho principio, en los términos en que es proclamado por la Constitución, es inherente, además de la división funcional o vertical clásica, la división territorial u horizontal. La autonomía local supone: una diferenciación de espacios de responsabilidad (por círculos de interés imputados a colectividades locales: art. 69) y, por tanto, de tareas y competencias, que discrimina por razón de la diversidad local e impide una total centralización de la gestión de los asuntos públicos en las dos instancias superiores del Estado. De esta suerte, puede y debe decirse que la autonomía local es un elemento esencial del sistema constitucional total de división/distribución y equilibrio recíproco de poderes.

Además, la multiplicación de niveles de decisión que implica favorece el respeto de la minorías, toda vez que aquélla amplía las posibilidades de mayorías de gobierno y con ello disminuye el número de las minorías vencidas en contienda electoral.

Lo dicho anteriormente demuestra que la autonomía local contribuye, además y a través de la limitación de poder, a la protección del individuo y al aseguramiento de la libertad.

En consecuencia, tampoco existe contradicción y ni siquiera tensión alguna entre autonomía local y Estado de Derecho. Como resulta de las consideraciones precedentes, dicha autonomía cumple fines constitucionales afines al Estado de Derecho (que al propio tiempo guardan relación con otros principios del Estado, tales como el democrático y el social), resultando ser por ello también un instrumento para la realización de los principios en que se desagrega el Estado de Derecho (art.2)

3. Inherente a la realización del Estado Social

En contra de lo que en principio pudiera parecer, la autonomía local guarda también estrechas relaciones con el principio del Estado social y el valor superior de la igualdad

(art. 2). Y ello porque dada la construcción territorial del Estado constituido, la acción pública dirigida a la producción de igualdad social y mejora de la vida colectiva no presume centralización alguna; ha de cumplirse precisamente a través de la estructura descentralizada diseñada por el constituyente. La organización territorial dispuesta por el art. 16 significa que el principio de Estado social y los mandatos de acción que de él derivan (art. 3) no se agotan en las instancias superiores de aquella organización, alcanzando también a la local y distribuyéndose, por tanto, entre todas ellas. En otras palabras, el principio de Estado social debe entenderse necesariamente referido al Estado organizado precisamente en municipios y estados: la Constitución se sirve también, pues, de la instancia local para la realización de dicho principio.

Cabalmente, los entes locales son especialmente idóneos para afrontar objetivos del Estado social. Las necesidades básicas se hacen visibles primariamente en la comunidad local, permitiendo así su pronta y correcta detección y su adecuada satisfacción en ella. Y el Estado social debe entenderse también en términos de atención de necesidades concretas e individuales según la diversidad de las situaciones. Así resulta, desde luego, del art. 3, que refiere los mandatos de acción positiva estatal, siendo la comunidad local el grupo social primario, en tanto que determinado por la convivencia sobre el territorio. Sus mismas características prefiguran la vocación de la autonomía local de procura existencial diferenciada e individualizada, siendo así- para ciertas necesidades -mejor instrumento del Estado social que las instancias superiores. De hecho, el cometido ordinario de los entes locales aparece referido a la cobertura de bienes y prestaciones básicas y esenciales para asegurar el mínimo de calidad de vida.

En conclusión, pues, la autonomía local consagrada en la Constitución de 1999 es una institución no sólo del Estado democrático de Derecho, sino también del Estado social, cumpliendo en éste específicas y relevantes funciones.

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

Argenis Urdaneta
Directivo de la Asociación Venezolana
de Derecho Constitucional

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos presentar, sin mayores desarrollos y dentro de los límites que impone la obra con la queremos colaborar, los aspectos que consideramos fundamentales para el entendimiento del municipio en el contexto de la Constitución de 1999, y los cuales deberán ser desarrollados como objeto de trabajos posteriores.

A efectos del estudio del municipio venezolano debemos tomar en consideración dos ejes que se convierten en fundamentales en la Constitución venezolana, ellos son: la democracia participativa y el Estado federal descentralizado, por lo que los destacamos en este trabajo sobre el poder municipal.

II. FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA

La Constitución de 1961 no favorecía expresamente, aunque tampoco negaba, el desarrollo de mecanismos de participación. Pero siendo el Municipio el escenario ideal para el desarrollo de la cultura de la participación, por ser la entidad estatal más cercana al ciudadano, el legislador, desde la primera ley de régimen municipal (LORM 1978), incorpora un título especialmente dedicado a la participación ciudadana, reconociendo a las asociaciones de vecinos, convirtiéndolas en asociaciones de derecho privado con actuación pública reconocida, y estableciendo como medios de participación, las sesiones abiertas, iniciativa legislativa popular, reconsideración de ordenanzas, referéndum de consulta y cooperación vecinal; y en su última reforma se incorpora el referéndum revocatorio.

Partimos de la premisa de que ha existido una amplia base para el desarrollo e implantación de un modelo participativo de democracia, y ello incluye los desarrollos legislativos producidos en las dos (2) últimas décadas del siglo pasado, la propuesta de Reforma General de la Constitución de 1961, presentada por la Comisión Bicameral en marzo de 1992; las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Constituyente en 1999, y el nuevo texto constitucional. No obstante, y a efectos de tratar la base institucional del desarrollo inmediato de la legislación requerida para la implantación de diversos medios o formas de participación, hemos creído conveniente, en esta oportunidad sólo referirnos a lo contenido en la nueva Constitución. (Allan R. Brewer-Carías; 2000. Ricardo Combellas; 2001).

1. Exposición de motivos

En la Exposición de Motivos (G.O. N° 5.453, Extraord. 24-03-00) se explica la inclusión de modificaciones sustanciales en relación con el sistema democrático establecido en la Constitución anterior, en los siguientes términos:

... consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercido de manera directa o indirecta ... no queda circunscrito al sufragio, ... abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública.

2. Preámbulo

En el Preámbulo, texto orientador de la Constitución, se expresa claramente la intencionalidad del constituyente de emprender la construcción de una democracia participativa, al establecer que:

El pueblo de Venezuela ... con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica ...; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente ... (Subrayado Nuestro).

3. Principios fundamentales

Entre los fines del Estado se destaca en la Constitución: "... el ejercicio democrático de la voluntad popular ..." (art. 3).

La soberanía reside en el pueblo, y se ejerce:

Directamente: en la forma prevista en la Constitución y las leyes.

Indirectamente: mediante el sufragio por los órganos que ejercen el Poder Público (art. 5).

4. Preceptos constitucionales de democracia participativa

En la Constitución de 1999 se consagra el gobierno democrático, participativo y de mandatos revocables se describe ampliamente los derechos políticos, entre los que se destacan los referendos, y se establecen diversos mecanismos para permitir y favorecer la participación ciudadana en la actividad de los órganos del poder público y de la administración pública. A continuación los señalamos someramente.

A. Gobierno democrático (art. 6)

En los tres niveles del Poder Público, el Gobierno venezolano es *democrático, participativo*, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de *mandatos revocables*.

B. En lo que respecta a los derechos políticos

Se establece el derecho que tiene todo ciudadano a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes electos (art. 62).

Se considera el sufragio sólo como un derecho, a diferencia de la Constitución derogada, que también lo consideraba un deber (art. 63).

Se consagra el derecho de todo ciudadano a exigir a sus representantes, rendición de cuentas (art. 66).

Se mantiene el derecho a asociarse con fines políticos. En el nuevo texto se sustituye la expresión *partidos políticos* por *asociaciones con fines políticos*. No hay monopolio del partido político, en cuanto a la actividad política, como sucedía en la Constitución de 1961. Se establece la participación electoral por iniciativa propia, y no sólo por las organizaciones políticas (art. 67).

También se mantiene el derecho a manifestar pacíficamente y sin armas (art. 68).

Medios de participación: Se establece entre otros, la elección de cargos públicos, los referendos, la consulta popular, la iniciativa legislativa, la iniciativa constitucional, y el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos (art. 70).

Los referendos: la Constitución dedica cuatro (4) artículos a los referendos (art. 71-74).

(a) Consultivo (art. 71)

Contenido de la consulta: materias de especial trascendencia nacional (también estatal, municipal y parroquial).

Se establece la iniciativa popular por parte del 10% de los electores inscritos en el REP.

(b) Revocatorio (art. 72)

Se establece el principio según el cual todo cargo por elección es revocable.

Para su realización debe haber transcurrido la mitad del periodo correspondiente.

Sólo se establece la iniciativa por parte del 20% de los electores inscritos en el REP.

Condiciones:

Participación en el referendo: 25% de los inscritos en el REP.

El efecto revocatorio se produce si el voto favorable a la revocación se da en número igual o mayor al obtenido por el funcionario en su elección.

Sólo se puede solicitar un referendo revocatorio por período.

(c) Aprobatorio (art. 73)

Para aprobar proyectos de ley en discusión. Por decisión de 2/3 de los miembros de la Asamblea Nacional.

En caso de tratados, convenios, acuerdos internacionales que comprometan la soberanía o transfieran competencia a órganos supranacionales, la iniciativa corresponde al

Presidente en Consejo de Ministros, a 2/3 de los miembros de la Asamblea Nacional, y al 15% de los electores inscritos en el REP.

(d) Abrogatorio (art. 74)

Para derogar leyes. La iniciativa corresponde al Presidente en Consejo de Ministros y al 10% de los electores inscritos en el REP.

En caso de decretos con fuerza de ley (por Ley Habilitante), la iniciativa sólo corresponde al 5% de los electores inscritos en el REP.

Se establece como requisito de validez, la participación del 40% de los electores inscritos en el REP.

Excepción: no podrán ser sometidos a referendo abrogatorio las leyes relativas a presupuesto, impuestos, crédito público, amnistía, derechos humanos, aprobación de tratados internacionales.

No podrá realizarse más de un referendo abrogatorio, para la misma materia, en el mismo período.

C. En cuanto a la organización del Poder Público

Se ha producido la incorporación de diversos mecanismos para favorecer la participación ciudadana, así tenemos que:

(a) Administración Pública

Se establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, entre otros, en el principio de la participación (art. 141).

Los ciudadanos tienen el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública; y al acceso a archivos y registros administrativos; no se permite censura a funcionario que informa sobre asuntos bajo su responsabilidad (art. 143).

(b) Poder Público Estatal

Se prevé la creación del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, con representación de las comunidades organizadas, así como de Alcaldes y concejales (art. 166).

(c) Poder Público Municipal

Incorpora la participación ciudadana a las actuaciones del Municipio (art. 168).

Se prevé la descentralización y transferencia a comunidades y grupos familiares organizados (art. 184).

(d) *Consejo Federal de Gobierno*

Es el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Público Nacional a los Estados y Municipios, y en su integración incluye representantes de la sociedad organizada (art. 185).

(e) *Poder Judicial y Sistema de Justicia*

El Sistema de Justicia está constituido, entre otros, por los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la Ley (art. 253).

La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces (art. 255). Esto obliga a una necesaria reforma legislativa.

Se establece la Justicia de Paz, como parte del sistema. Los jueces de paz serán elegidos (art. 258).

III. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Nos referiremos en esta ocasión, de manera esquemática, al marco orgánico Constitucional dentro del cual deberá desarrollarse la organización del Poder Municipal.

1. Organización del territorio

El territorio venezolano se *organiza* en municipios, no se divide en municipios. Esto podría contribuir a superar la errónea interpretación que hasta ahora ha influido en la creación de municipios y parroquias (art. 16).

2. División política

Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales (art. 16, encabezamiento).

Una ley especial establecerá una unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre un sistema de gobierno municipal de dos niveles ... (art. 18, segundo aparte). Esos dos niveles incluye el Distrito Metropolitano (Distrito Capital), los municipios del Estado Miranda, que constituyen una sola realidad urbana integrada a la ciudad de Caracas, y el Municipio Libertador, herencia de la anterior organización del Estado venezolano (Distrito Federal); este último, atendiendo a las realidades urbana, económica, social y comunitaria, podría dar origen a nuevos municipios.

3. Organización del Poder Público Nacional

Distribución vertical del Poder Público: Municipal, Estadal y Nacional.

División horizontal del Poder nacional: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Aunque manifestamos tener serias dudas de la rigurosidad jurídica de las expresiones *Poder Ciudadano* y *Poder Electoral*, consideramos conveniente e importante la autonomía de los correspondientes órganos (tema que requiere tratamiento aparte).

A. Legislativo

Asamblea Nacional (parlamento unicameral), número de integrantes según base poblacional de 1,1%; cada Estado elegirá tres (3) diputados, aparte de esa proporción. Representación indígena: 3 diputados designados respetando tradiciones y costumbres. Cada diputado tendrá un suplente. Periodo de 5 años, reelección por dos periodos consecutivos máximo (art. 186, 192). Función de control: interpelaciones, investigaciones, preguntas, autorizaciones, aprobaciones; pueden declarar responsabilidad política y solicitar acciones al Poder Ciudadano (art. 222).

B. Ejecutivo

Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y Ministros (art. 225).

Presidente: Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional (dirige acción de gobierno). Período de 6 años, reelección inmediata por una sola vez (art. 226 y 230).

Vicepresidente Ejecutivo: órgano inmediato y colaborador directo del Presidente como Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 238).

Ministros: órganos directos del Presidente, reunidos con él y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Procuraduría General de la República: asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República (art. 247).

Consejo de Estado: órgano superior de consulta, recomienda políticas de interés nacional en aquellos asuntos que el Presidente requiera su opinión (art. 251).

C. Sistema de Justicia

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos ... (art. 253).

Sistema constituido por: El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y demás Tribunales, Ministerio Público (lo que contribuye a dudar de la expresión *Poder Ciudadano*), Defensoría Pública, órganos de investigación penal, auxiliares y funcionarios de justicia, sistema penitenciario, sistema alternativo de justicia, *ciudadanos* que participan en la administración de justicia, *abogados* (art. 253, aparte único).

Autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 254).

Ingreso por concurso público de oposición (art. 255).

Prohibido activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante; así como actividades privadas lucrativas incompatibles con su función. Los jueces no podrán asociarse entre sí (art. 256).

Simplificación, uniformidad y eficacia de trámites, procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (art. 257).

Se establece la Justicia de Paz y la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos (art. 258).

Se permite a pueblos indígenas aplicar, en su hábitat, instancias de justicia acordes con sus tradiciones ancestrales (art. 260).

Jurisdicción Penal Militar es parte integrante del Poder Judicial (art. 261).

TSJ: Sala Plena, y Salas Constitucional, Políticoadministrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social (art. 262).

Gobierno y Administración del Poder Judicial: TSJ - Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

D. Poder Ciudadano

Consejo Moral Republicano. Órganos: Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República. Con autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 273).

Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano: representantes de diversos sectores de la sociedad (art. 279).

Defensoría del Pueblo: promoción, defensa y vigilancia de derechos y garantías. Único periodo de 7 años. (art. 280). El Defensor goza de inmunidad en ejercicio de sus funciones (art. 282). Su actividad se rige por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283).

Ministerio Público: bajo dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República. Periodo de 7 años (art. 284).

Contraloría General de la República: órgano de control, vigilancia y fiscalización; goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa; funciones de inspección a organismo y entidades (art. 287). Periodo de 7 años (art. 288). Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional (FAN) es parte integrante del Sistema Nacional de Control (art. 291).

E. Poder Electoral

Consejo Nacional Electoral (CNE): ente rector (art. 292); integrado, para un periodo de 7 años, por 5 personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos, designados por votación de 2/3 partes de la Asamblea Nacional, 3 de ellos postulados por la sociedad civil (designados al inicio de cada periodo), 1 postulado por la Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidades Nacionales y 1 por el Poder Ciudadano, ambos designados a mitad de periodo (art. 296).

Organismos subordinados: Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento (art. 292).

Se rige por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana, descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinio (art. 294).

Comité de Postulaciones Electorales: integrado por representantes de diferentes sectores de la sociedad (art. 295).

4. Poder Público Estatal

Estados: entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena ... obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional (art. 159).

Constitución Estatal: competencia exclusiva de los Estados (art. 164).

Gobierno y administración: Gobernador, periodo de 4 años, reelección inmediata y por una sola vez, rinde cuenta de su gestión ante Contralor (art. 160 y 161).

Legislativo: Consejo Legislativo (entre 7 y 15 integrantes), periodo de 4 años, reelección por dos periodos máximo. La Ley nacional delimitará el régimen de organización y el funcionamiento (art. 162).

Contraloría: autonomía orgánica y funcional; designación por concurso público (art. 163).

Competencias concurrentes: (art. 165, encabezamiento) leyes de desarrollo (estadales), leyes de base (nacionales).

Transferencia a municipios: ordenamiento estatal regula los mecanismos (art. 165, único aparte).

Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 166).

En este esquema hemos excluido el municipio, al que se le da un trato aparte en este trabajo.

IV. VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

Además de la democracia participativa, el otro eje fundamental contenido en la Constitución de 1999, para entender el municipio venezolano en un nuevo contexto, es el Estado federal descentralizado.

1. Exposición de Motivos de la Constitución

El estado federal descentralizado es justificado en la exposición de motivos en clara oposición a la experiencia del desarrollo de la Constitución de 1961.

... el diseño constitucional consagra un Estado Federal que se define como descentralizado, para así expresar la voluntad de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con la especificidades que requiere nuestra realidad

2. Preámbulo constitucional

Se identifica el Estado social de derecho y de justicia, pero también federal y descentralizado:

... con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica ... en un Estado de justicia, federal y descentralizado ...

3. Principios fundamentales de la Constitución

Conforme al nuevo texto constitucional Venezuela es un Estado Federal, y a esos efectos dispone, en su artículo 4 que se trata de un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, texto semejante al contenido en la Constitución de 1961, lo que implicaría otra renovación del pacto federal.

Esto nos lleva a la necesidad de observar las peculiaridades de cada Federación, y entender que se trata de *nuestra Federación*, la cual está regida, de acuerdo con la Constitución (art. 4) por los siguientes principios:

- Integridad territorial (Unidad Federal).
- Cooperación (Federación Cooperativa).
- Solidaridad (Federación Cooperativa).
- Concurrencia (Competencias de diferentes entes sobre iguales materias).
- Corresponsabilidad (No sólo de los entes territoriales sino de la sociedad).

4. Descentralización

No obstante la declaración del Estado federal descentralizado, en el texto constitucional encontramos algunos avances con respecto a la Constitución anterior, pero acompañados de importantes contradicciones, que pueden convertirse en concesiones al centralismo.

Competencia del Poder nacional: La nueva Constitución mantiene una muy amplia lista de competencias exclusivas del Poder Nacional (art. 156), que supera la del artículo 136 de la Constitución de 1961, lo que contrasta con la intencionalidad de lo contenido en el artículo 4 constitucional y el espíritu constituyente expresado en la Exposición de Motivos.

Se mantiene la cláusula descentralizadora (art. 157). Resulta significativo observar que se haya mantenido en la nueva Constitución el equivalente al artículo 137 de la Constitución de 1961. La Asamblea Nacional por mayoría de sus miembros puede atribuir materia de competencia nacional a estados o municipios, con el fin de promover la descentralización. De nuevo se deja en manos del legislador la posible decisión futura que permita desarrollar y profundizar el proceso de descentralización iniciado con la legislación aprobada en 1989. Pareciera que, aunque el nuevo texto se refiere a un federalismo descentralizado, la concreción del desarrollo del Estado federal venezolano será consecuencia de la voluntad concertada de los actores representantes de los diferentes niveles del Poder Público. La federación de nuevo se difiere.

Se concibe la descentralización como *una política nacional* (art. 158):

Constituye un principio orientador del proceso de descentralización, cuya dinámica estará determinada por la actuación de los gobernantes regionales y locales, así como por la voluntad política descentralizadora del Poder Nacional.

El objetivo es *profundizar la democracia* acercando el poder al ciudadano (la población, según el texto constitucional).

Se persigue mejorar el ejercicio de la democracia y la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

La Constitución incorpora una nueva modalidad de descentralización: la *transferencia*, por parte de Estados y Municipios, de servicios *a comunidades* y grupos vecinales organizados, previa demostración de su capacidad para prestarlo; (art. 184). Esto podría constituir el ámbito más favorable para el desarrollo de las prácticas participativas, lo que implica vincular conceptualmente los términos descentralización y participación.

Consejo Federal de Gobierno (art. 185):

Órgano de *planificación y coordinación de políticas y acciones* para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

Integrado por: Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Gobernadores, un Alcalde por Estado, representantes de la sociedad organizada, los cuales se designarán de acuerdo a la ley.

Tiene una Secretaría integrada por: Vicepresidente Ejecutivo, dos ministros, tres gobernadores, tres alcaldes.

Legislación de base y de desarrollo (art. 165).

Se distingue, a los efectos del tratamiento de las materias de competencia concurrente el carácter de las leyes nacionales, consideradas como leyes de base, mientras que las aprobadas por los estados son consideradas como leyes de desarrollo; legislación que estará orientada por los principios de:

Interdependencia (Unidad e integridad territorial de la Federación).

Coordinación (Federación Cooperativa - Descentralización como política de Estado, política nacional = art. 158. Es interés de todos).

Cooperación (Federación Cooperativa).

Corresponsabilidad (De entes territoriales y de la sociedad).

Subsidiariedad (La actividad debe desarrollarla el ente más cercano al problema, los entes mayores intervienen subsidiariamente. Esto incluye a la sociedad como primera instancia).

Consulta: los estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos (art. 206).

De esta manera, la Constitución vigente define, mejor que la anterior, el marco general del Estado Federal, lo que contribuye a darle bases normativas más sólidas a la implantación de un sistema federal que habrá de ser el producto de la dinámica política y del desarrollo legislativo posterior, que no excluye las dificultades de la tensión que produce la contradicción con la tradicional tendencia centralista.

V. PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES

1. Nuevo municipio

Para 1998 ya se había avanzado importantemente en el diseño de la normativa que reformaría el régimen municipal, la coyuntura electoral no permitió que se le diera continuidad a aquella discusión que venía realizándose de manera participativa por parte de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados del extinto Congreso de la República. El debate constituyente de 1999 incluyó, en buena parte, los criterios que se venían manejando en aquella discusión, y de alguna manera han sido recogidos en el texto de la nueva Constitución. Corresponderá a la Asamblea Nacional darle el marco legal a ese nuevo régimen municipal, con una nueva Ley que habrá de ser una ley marco no uniformista como la aún vigente; asimismo corresponderá a los Estados atender a la organización de sus municipios, conforme a ese nuevo marco, y a los órganos y autoridades municipales crear la normativa local que permita el desarrollo de las municipalidades. Será una tarea de gran importancia para los municipios venezolanos.

A los efectos de los objetivos de este trabajo, nos referiremos, a manera de esquema, a los parámetros que nos fija la Constitución vigente para hacer realidad ese nuevo régimen municipal (Alan Brewer-Carías, 2000; Ricardo Combellas, 2001; Alirio Naime y Ana Dinizi, 2000).

A. Territorio

Municipio: unidad política primaria de la organización nacional, goza de personalidad jurídica y autonomía, dentro de los límites de la Constitución y la Ley (art. 168, encabezamiento). La Ley deberá establecer criterios flexibles para el régimen de creación, pero deberá ser rigurosa a los efectos del necesario cumplimiento de los requisitos que establezca.

Distrito metropolitano: conformado por dos o más Municipios de una misma entidad federal (áreas metropolitanas). Tal como se planteó en la propuesta de reforma de 1998, esta materia debería ser regulada por ley especial, la que de acuerdo con la Constitución, podrá establecer diferentes regímenes distritales. La creación y organización le corresponde al Consejo Legislativo, previa consulta popular. En el caso de municipios de distintas entidades federales, le corresponde la decisión a la Asamblea Nacional (art. 171 y 172).

Parroquia. El Municipio *podrá* crear parroquias, por iniciativa vecinal o comunitaria, pero ellas *nunca serán asumidas como divisiones exhaustivas* del territorio del Municipio (art. 173). Sólo deberá haber parroquias en las realidades municipales que lo requieran. La Ley deberá otorgarle funciones definidas, a fin de hacer efectiva la existencia de estas entidades.

B. Organización

Se rige por la Constitución, leyes orgánicas nacionales, Constitución estatal y leyes estatales (art. 169, encabezamiento).

La ley deberá establecer diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración. La Constitución niega el uniformismo de la actual Ley (art. 169, único aparte).

Mancomunidad y modalidades asociativas intergubernamentales. La mancomunidad no es una entidad territorial; es el producto de la voluntad asociativa de entes territoriales. En principio se trata de la asociación de entidades de carácter local, pero la nueva Constitución prevé la asociación intergubernamental, lo que nos hace pensar en la posibilidad de acuerdos asociativos Estado - Municipio (art. 170)

Alcalde: (art. 174).

Órgano de gobierno y administración. La nueva Ley deberá atender a la definitiva separación de funciones previendo la designación del presidente de la Cámara Municipal.

Primera autoridad civil. Esto obliga a atender el problema del registro civil, materia en la que la ley deberá prever mecanismos que eviten las confrontaciones que se han presentado.

Venezolano, mayor de 25 años (se aumenta la edad).

Período: 4 años; elegido por mayoría; tal como estaba previsto en la propuesta de reforma de 1998.

Reelección inmediata por un periodo más, por una sola vez.

Concejo: (art. 175).

Órgano que cumple la función legislativa.

Los concejales serán elegidos en la forma prevista por la Constitución. La ley establecerá número y condiciones de elegibilidad.

Contraloría: (art. 176).

Órgano contralor, de vigilancia y fiscalización.

Dirigida por Contralor Municipal, designado por el Concejo, mediante concurso público.

Goza de autonomía. No es órgano auxiliar del legislativo municipal.

C. Autonomía

Permite al Municipio:

La elección de sus autoridades (art. 168, num. 1).

La libre gestión de las materias de su competencia (art. 168, num. 2).

La creación, recaudación e inversión de sus ingresos (art. 168, num. 3).

Y sus actos sólo pueden ser impugnados ante los tribunales competentes (art. 168, segundo aparte).

Participación:

Se incorpora el concepto de *participación ciudadana* al desarrollo de la gestión municipal ... sus competencias se cumplirán *incorporando la participación ciudadana* al

proceso de *definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación* de sus resultados ... (art. 168, primer aparte).

Competencia:

En su contenido, la nueva Constitución resulta más generosa que la anterior en materia de competencia municipal, al establecerlas de una manera amplia, destacándose en su artículo 178 las siguientes:

Ordenación territorial y urbanística.

Vialidad urbana.

Ambiente.

Salubridad y atención primaria en salud.

Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico.

Justicia de paz y policía municipal.

Debemos entre ellas destacar la importancia de la incorporación de la Justicia de Paz como materia competencia de los municipios. Aunque también es un tema a ser tratado en un trabajo aparte, consideramos conveniente señalar que deberá ser reformada la Ley Orgánica de Justicia de Paz, a efectos de ser adaptada a la nueva fundamentación constitucional (art. 178 y 258), y hacer las correcciones requeridas según el examen de la experiencia vivida, y a los fines de animar el desarrollo de esta modalidad alterna para la solución de conflictos.

Finalmente, vale la pena compartir la preocupación que genera los comentarios expresados por Alirio Naime y Ana Denizi (2000; 149 - 150), también conocidos en los foros que con motivo de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) se realizaron en 1997 y 1998, en el sentido de atender a las posibilidades reales o limitaciones que tiene el municipio para enfrenar la respectiva prestación del servicio, en casos como el de la electricidad, acueductos y cloacas. La Ley deberá delimitar lo que corresponde al Municipio en estas competencias concurrentes.

2. Propuesta de nueva Ley Municipal

Existe un Proyecto de Ley Orgánica del Poder Público Municipal presentado por la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional creada para su elaboración y se está desarrollando la respectiva consulta, retardada por los inconvenientes producidos por la tensión vivida en el parlamento como consecuencia de la elección de su Directiva a comienzos de este año, en un ambiente dominado por la incertidumbre sobre los votos que garantizarían la mayoría requerida, luego por las consecuencias del debate sobre lo ocurrido en abril, y es probable que sufra un nuevo retardo como efecto de la tensión política vivida por el país. Ese Proyecto es producto del trabajo realizado desde mayo hasta finales de 2001, iniciado por el equipo de diputados y asesores de la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, con una amplia consulta desarrollada en diversos escenarios del territorio nacional, con la activa participación de diversas expresiones del sector público y privado, comunidades organizadas, autoridades y funcionarios municipales y estatales, universidades, diputados regionales y nacionales y numerosos ciudadanos. Posteriormente se constituyó una Comisión Mixta para la elaboración del Proyecto de Ley, entre las Comisiones permanentes de Política Interior, que había iniciado el trabajo, la de Participación ciudadana y

la de Administración y Servicios, fueron constituidos nuevos equipos, y se continuó el análisis de las propuestas que habían sido presentadas con aportes de los nuevos actores del proceso. En la confección del proyecto se animó la conformación plural de espacios de análisis y discusión, que permitió recoger “la diversidad de opiniones de todos los factores involucrados en ese largo, complejo e integral proceso de consulta y elaboración”, lo que permite apostar a un buen texto legal. (Exposición de Motivos).

En cuanto a la nueva denominación, el proyectista considera que “el uso del adjetivo *Régimen Municipal ...* se convierte en insuficiente e inapropiado...”, lo cual se fundamenta en las siguientes razones:

1. La calificación de poder Público que otorga la nueva Constitución.
2. La condición inferior del campo de aplicación de la normativa que ese adjetivo ampara.
3. El rango superior del objeto de la ley que ordenan las nuevas disposiciones constitucionales.
4. El carácter de innovación en el cuerpo doctrinario que implica los principios y preceptos relativos al ámbito del Poder Municipal y la amplia transformación en el orden de las relaciones administrativas, políticas y sociales instituida para el marco de la vida local a partir del mandato constitucional.

De acuerdo con el proyectista el resultado de esta “creación legislativa debe ser el de un Poder Público Municipal modesto pero capaz de constituir el orgullo de una ciudadanía transformadora” que atienda a los retos de desarrollo social y económico en el marco de la democracia participativa y la disciplina de la gestión expresada en principios de transparencia, servicio público, sostenibilidad, solvencia fiscal, efectividad y eficiencia, rendición de cuentas y evaluación de desempeño. Y concibe *la esperanza del Municipio posible* como una entidad político territorial que pueda ser un escenario eficiente de la democracia local, con instituciones de gobierno y administración comprometidas con el más estricto cumplimiento del principio de legalidad, apropiadamente dotada de medios financieros y de gerencia y sometida a evaluación de gestión; un espacio y un instrumento institucional para el ejercicio del derecho de los ciudadanos a ser protagonistas efectivos en la formulación, ejecución y control de la gestión pública; una instancia de gestión planificada y ordenada del territorio. (Exposición de Motivos).

Asimismo, en el articulado del proyecto se puede observar la continuidad del debate abierto y participativo que se había iniciado en los años finales del extinto Congreso (1997 y 1998), cuando se aspiraba reformar la todavía vigente LORM, espíritu que también formó parte del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente y que se ha expresado con semejante coherencia en el contenido del texto constitucional en esta materia; por lo que abrigamos esperanzas en un texto legislativo superior a la LORM de 1989 y con menos desatinos y contradicciones que las leyes para la descentralización hasta hoy creadas. La revisión de aspectos particulares acerca del contenido de ese articulado, será tratada en otra oportunidad, como objeto de un trabajo aparte.

BIBLIOGRAFÍA

- BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.
 -*Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas 2001.

COMBELLAS L., Ricardo, Derecho Constitucional, *Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001.

ESCALONA, Juan Jacobo, “Descentralización, municipio y participación, nuevas oportunidades para el desarrollo institucional en Venezuela” en *Cuestiones Locales* N° 2, Centro de Estudios Políticos y Administrativos UC.

HENAO HIDRON, Javier, *El Poder Municipal*. Editorial Temis, Bogotá 1998

NAIME, Alirio y DINIZI, Ana P., *Estados y Municipios en la Constitución de 1999*, Paredes Editores, Caracas 2000.

OROPEZA MARTÍNEZ, Humberto, *Administración Pública Municipal. Estudio preliminar del municipio libre*, Editorial Trillas, México 2001.

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Enrique Orduña Rebollo
Secretario General de la Organización Iberoamericana
Cooperación Intermunicipal (OICI)
España

I. LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS

Una invitación a participar en el Homenaje al ilustre profesor Allan R. Brewer-Carías, muy admirado maestro y amigo desde los ya lejanos tiempos del Instituto de Estudios de Administración Local de España, me permite volver a comparecer ante los ámbitos doctrinales Iberoamericanos, muy especialmente el tan querido de Venezuela.

Dicha invitación me facilita la ocasión para realizar algunas reflexiones sobre la organización del Estado y la distribución territorial del poder en España, realizados desde una doble perspectiva institucional e historicista, al poner en práctica lo que se ha venido en denominar *Historia del Tiempo Presente*, concepto ampliamente utilizado por la historiografía contemporánea.

En un foro internacional como el que hoy nos acoge, después de la reforma constitucional de 1999 en Venezuela y veintitrés años, día a día que se aprobase la Constitución Española, resulta en extremo oportuno realizar algunas reflexiones sobre ésta, su vigencia y, en especial, la articulación entre el Estado y sus instituciones territoriales: Comunidades Autónomas y Municipios.

1. Vigencia de la Constitución de 1978

Este planteamiento nos obliga a analizar en primer lugar las previsiones territoriales de la Constitución Española de 1978 (En lo sucesivo CE), deteniéndonos en las instituciones y entidades de tal índole que disfrutaran de la garantía constitucional reconocida en el Título VIII.

Aunque se apunta la posible revisión de algunos temas constitucionales, después de 23 años de vigencia¹, en algunas Comunidades Autónomas surgen movimientos de opinión política que postulan una reforma del texto Fundamental aprobado en 1978. Esta reforma, para unos supondría la transformación del Estado de las Autonomías en un Estado Federal, mientras que otros, entre ellos un sector de los ciudadanos vascos, plan-

1. Al tiempo de redactar las presentes líneas ha venido a terciar en este debate el profesor JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, quien en su toma de posesión vino a señalar que la tarea del Alto Tribunal *ha de centrarse en contribuir a la buena vertebración del Estado*, debiendo contar ineludiblemente cualquier iniciativa de reforma o de *reelectura* constitucional, con el consenso entre las diferentes fuerzas políticas y sociales de hace veintitrés años. V., *El País*, 16 de noviembre de 2001.

tean la necesidad de un proceso de autodeterminación de complejo, cuando no irrealizable, ajuste constitucional.

Al margen de consideraciones teóricas sobre el concepto de autodeterminación, propio de los procesos descolonizadores de la segunda mitad del siglo XX, los sectores radicales del separatismo vasco propugnan un nuevo Estado independiente formado por las tres provincias Vascongadas, Navarra y el País Vasco francés. Lo que entra en el terreno de las utopías y merecería el desdén por su planteamiento, sí la aventura separatista no se hubiese convertido en un terrorismo irracional, que ha ocasionado más de 850 víctimas mortales, multitud de heridos con sus secuelas y miles de ciudadanos que viven atemorizados bajo la amenaza real de principios y comportamientos de naturaleza fascista.

Sin embargo la fortaleza del Estado se manifiesta permanentemente, las instituciones resisten estos embates y la ciudadanía apuesta firmemente por la democracia, la libertad y la paz, en un sistema político que los ha conquistado desde 1978 y al que nos está dispuesto a renunciar.

Respecto a la transformación del Estado de las Autonomías hacia un modelo federal, existe una corriente de opinión mantenida por sectores que entienden el camino hacia el federalismo como una derivación natural del Estado Autonómico, proceso en el que los factores históricos juegan un papel de gran relieve, junto a la consideración de España como una nación de naciones².

De momento y salvo alguna propuesta política, cuestionada incluso por sectores del nacionalismo, no supera la fase del debate pausado y doctrinal, centrado principalmente en los dos conceptos: federalismo simétrico y federalismo asimétrico³. Pues nadie puede ignorar que las Comunidades Autónomas españolas, no tienen un carácter homogéneo, sino que existen múltiples asimetrías, lo que ofrece mayores dificultades al encontrarse con diversas realidades histórico-jurídicas distintas entre unos territorios y otros, lo que se denomina hechos diferenciales, cuya relación aproximada sería:

-Existencia de una lengua cooficializada (gallego, catalán y vasco).

-Derechos forales civiles en diversas Comunidades Autónomas, los Derechos históricos en otras (País Vasco y Navarra),

2. Entre otros ACOSTA SÁNCHEZ, José, entre otros: ACOSTA SÁNCHEZ, José, "Federalismo y Confederalismo en las fuentes y horizonte del Estado Autonómico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n° 21, Madrid 1999, pp. 61-106. AGRANOFF, Robert, "Federal Evolution in Spain", *International Political Science Review*. n° 4, Beverly Hills 1996, pp. 385-401. AJA, Eliseo, *El Estado Autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial, Madrid 1999, 293 pp. BALDI, Brunetta, "La Spagna fra Regionalismo e Federalismo", *Instituzioni del Federalismo*, n° 5, Rimini 1998, pp. 917-936. BÖRZEL, Tanja R., "From competitive regionalism to cooperative Federalism: The Europeanization of the Spanish State of the autonomies", *Dentos Publius: The Journal of Federalism* 30-02-2000, pp. 17-42. GARCÍA ROCA, Javier, *España Asimétrica: (Descentralización territorial y Asimetrías Autonómicas: Una especulación teórica)*, en "Jornadas sobre el estado Autonómico", INAP, Madrid 1997. pp. 51-75. LÓPEZ AGUILAR, J.F., "Hechos diferenciales y Federalismo competitivo", *Revista de Derecho Político*, n° 48-49, Madrid, 2000, pp. 13-29. MORENO, Luis, *La federalización de España. Poder político y territorio*, Siglo XXI. Madrid 1997, 195 pp. PÉREZ VILLALOBOS, M. Concepción, "El Desarrollo del Estado autonómico: las Técnicas del federalismo cooperativo", en *Estudios de Derecho Público Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Tecnos, vol. II, Madrid 1997, pp. 1305-1316.

3. GARCÍA ROCA, Javier, "¿A que llamamos en Derecho hechos diferenciales?", *Cuadernos de Derecho Público* n° 11, Madrid Septiembre-diciembre 2000. pp. 75 y ss. AJA, Eliseo, *El Estado autonómico*. Op.cit. Alianza Editorial, Madrid 1999. Sostiene que el Estado autonómico es un sistema federal con hechos diferenciales y Estas diferencias estructurales de algunas Comunidades Autónomas dan lugar a diferencias de status respecto del resto y alejan el modelo de los Estados Federales más consolidados, basados en la plena igualdad de sus entidades territoriales.

-El régimen financiero foral mantenido a través de los Conciertos Económicos, (Navarra, Alava, Guipúzcoa y Vizcaya).

-La organización político administrativa diferente en los territorios insulares con los Cabildos y Consejos Insulares

-Las Comunidades Autónomas uniprovinciales,

-El caso de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla,

Estos son algunos de los hechos diferenciales y no los únicos, que complican considerablemente una definición simétrica y homogénea del sistema autonómico español⁴.

De ello se deduce que si bien el Estado de las Autonomías permite diferenciación entre Comunidades Autónomas, por otro lado reconoce el derecho a la igualdad entre todos los españoles, tanto en los deberes como en los derechos, De manera que aquél sólo puede funcionar con un ejercicio permanente de solidaridad entre las Comunidades Autónomas, configurándose esta solidaridad como principio jurídico de rango constitucional es multilateral, por lo que debe existir comportamientos leales y favorables a todo el ordenamiento por todas las partes: Estado y Comunidades Autónomas⁵.

Por tanto las propuestas reformistas constitucionales se refieren principalmente al contenido del Título VIII, que durante estos años ha servido, junto al artículo 2 y la Disposición Adicional 1ª, para transformar la organización del Estado, desde un modelo unitario y fuertemente centralista hacia otro autonómico y descentralizado⁶, pero que además ha sido válido durante estos años. Quizá por ello la fórmula reformista, sin modificar prácticamente el título VIII de CE, puede encontrar un camino indirecto sobre el que existe un acuerdo mucho más amplio y que se refiere a la conversión del Senado en cámara territorial de representación de las Comunidades Autónomas, que sirva de cauce para la integración de los poderes territoriales⁷.

Por lo general las propuestas de reforma se refieren a la composición y forma de elección de los Senadores, que salvo variables se realizarían por los órganos legislativos de las CC.AA. (procedimiento que se sigue actualmente para designar un senador por cada provincia) y el resto serían elegidos directamente por los ciudadanos de las respectivas CC.AA. No obstante, en otras propuestas se plantea la posibilidad de que podrían participar en los grandes debates los Presidentes de las CC.AA.⁸

La mayoritaria coincidencia en la oportunidad de tal reforma, no es óbice para que también deba ser tomada con precauciones, ya que según López Aguilar se trataría de ampliar los cauces de participación de las CC. AA. en la formación de la voluntad del

4. GARCÍA ROCA, Javier, "España asimétrica (Descentralización territorial y asimetrías autonómicas: Una especulación teórica)" en *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*. INAP, Madrid 1997, pp. 49-76. LÓPEZ GUERRA; Luis, "Modelo abierto y modelo cerrado del Estado de las Autonomías" en *Asimetría.... op. cit.*, pp. 33-48. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Estado autonómico y hechos diferenciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

5. GARCÍA ROCA, J., ¿A que llamamos..., *op. cit.* p. 106.

6. Sobre la posible reforma de CE, ALAEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, 433 pp.

7. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Estado y Sociedad una visión desde Navarra*, Sahats, Pamplona 1997, p. 98. El autor, siendo presidente de la Comunidad Foral de Navarra, planteó en un debate en el Senado el año 1994 una serie de propuestas tendentes a reforzar el nivel autonómico partiendo de la reforma del Senado.

8. AJA, Eliseo, "El Senado", en *La Experiencia Constitucional 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 363 y ss. *La reforma constitucional del Senado sigue siendo necesaria para dotar a las CC.AA. de un foro de participación en el estado autonómico que evite la multiplicación de conflictos de competencias, que reduzca los excesos del Estado en la legislación básica, que promueva la colaboración de las CC.AA.*

Estado y en la definición de sus políticas básicas⁹. Cautelas reiteradas, como hemos visto, por el reciente elegido presidente del Tribunal Constitucional, profesor Jiménez de Parga, que no se muestra partidario de una reforma constitucional, y en caso de hacerse *debe contar ineludiblemente con el consenso de hace 23 años*.

2. Una reflexión sobre la Nación española

Aunque en la literatura científica y divulgativa de carácter político el tema ha sido de frecuente análisis y referencia, no podemos pasar por alto una reflexión sobre ello. Nuestra Constitución es tajante en su artículo primero cuando afirma que España se constituye en Estado social y democrático de Derecho. No hay pues ninguna vaguedad política o semántica en el principio territorial objeto de la Constitución: España. Aspecto que se olvida consciente o inconscientemente con demasiada frecuencia por determinados sectores políticos, que eluden pronunciar la palabra España y la sustituyen por el Estado Español¹⁰.

Dicho concepto aparece en el artículo 3º de la Constitución de 1931, en una cuestión accidental para el tema que nos ocupa, como la ausencia de religión oficial, o en otras de mayor incidencia y calado político como los artículos 14 y 15 sobre las competencias exclusivas y el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, en el 21 sobre la prevalencia del Derecho estatal sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no estuviese atribuido a su exclusiva competencia por los Estatutos respectivos; o en el artículo 24.1º al referirse a la pérdida de la condición de español, etc. Pero donde adquiere un carácter fundamental es, precisamente, en el Decreto de la Junta de Defensa Nacional promulgado en Burgos (30-9-1936), cuando se nombró Jefe del Gobierno del Estado Español al general de división Francisco Franco¹¹.

La denominación Estado español sería repetida una y otra vez hasta la saciedad durante cuarenta años, indentificándose de forma interesada con otro concepto mucho más amplio y superior. Por eso la Constitución de 1978 vino a aclarar esta confusión, cuando en el mismo artículo 1º, párrafo 3º se refería la Monarquía Parlamentaria como la forma política del Estado español, y en el 56º que atribuye al rey la más alta representación en las relaciones internacionales. A lo largo de su articulado las múltiples referencias se hacen al Estado a secas, sin adjetivos calificativos, pues resultaría una obviedad insistir sobre su condición territorial o sobre su carácter de social y democrático de Derecho.

Por su parte, la palabra España aparece en el Título Preliminar y en el correspondiente a los Derechos y deberes fundamentales de forma reiterada, por ejemplo: al referirse a la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas (art. 3º. 3), a la bandera (art. 4º), a la misión de las fuerzas armadas para garantizar la soberanía e independencia de España,

9. LÓPEZ AGUILAR J.F., *Estado... op. cit.*, p. 112. Se refiere a proceder con todas las cautelas advertidas desde un principio por la doctrina.

10. Muy oportuna y recientemente, entre otros, AZURMENDI, Mikel, *La herida patriótica*, Taurus, Madrid 1998, p. 99: "ETA ha logrado borrar radicalmente entre los nacionalistas vascos el término España, que ya nadie pronuncia aquí" "... España, ese país con su paisaje y paisanaje se pronuncia aquí el Estado español", esto es, "el epíteto del supuesto antagonista del pueblo que se ansía con Estado propio".

11. Entre otros: CABANELLAS, Guillermo, *La guerra de los mil días*, Grijalbo, vol. I, México 1973, pp. 656-657. PRESTON, Paul, *Franco Caudillo de España*, Grijalbo, Barcelona 1994, pp. 234-235. Al parecer el texto inicial fue redactado por el catedrático de Derecho Internacional D. José YANGUAS MESSÍA y la manipulación se produjo al considerarse Franco como Jefe de Estado.

defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8º.1), en los casos de doble nacionalidad (art. 11º.3), los derechos de los extranjeros (art. 13.1º y 4), en el derecho y deber de los españoles a su defensa (art. 30º). En el Título III referido a la Corona aparece reiteradamente (arts. 56.2º, 57.1, 2 y 3), el derecho al sufragio (art. 68º.5), los Tratados internacionales (art. 96º.1), la jurisdicción del Tribunal Supremo (art. 123º.1), las obligaciones de las Comunidades Autónomas y el interés general (art. 155º.1).

Las referencias a los españoles o al pueblo español, en el que reside la soberanía nacional y del que emanan los poderes del Estado, son constantes disipando cualquier duda que pudiera surgir al respecto. No se quiera ver en lo anterior que premeditadamente adoptamos una postura españolista o nos encuadramos en un trasnochado nacionalismo español. Conceptos, por otra parte, usados reiteradamente de forma despectiva en los últimos tiempos, y que pueden encubrir un deseo de enfrentamiento, para referirse a los que siguiendo un orden general y común de los ciudadanos y de la cultura llamamos a las instituciones por su nombre, sin subterfugios o ambigüedades. Bastante lamentable es que durante mucho años el autoritarismo manipulase y utilizase conceptos superiores que en ningún momento eran de su patrimonio y mucho más en nuestros días identificar a los que los usan, ejerciendo su derecho, con lo que resultó periclitado en diciembre de 1978¹².

Coincidiendo con la opinión del profesor García de Cortázar de que el conocimiento de la Historia nos protege de las fabulaciones y los mitos de las elaboraciones nacionalistas¹³, no podemos menos de hacer una sucinta referencia a los orígenes del concepto España en nuestra historia. Al referirnos a los hechos que de alguna manera condicionaron nuestro panorama territorial, se deben incluir los motivados por conquistas, acciones militares, matrimonios, herencias y otras cuestiones que afectaron a la existencia, división, fusión o separación de los diversos reinos que constituían la Hispania medieval, nombre con el que se conocían desde el siglo VIII los dominios musulmanes peninsulares y desde mediados del XI el territorio cristiano de la Península Ibérica, como se recoge en los documentos, textos y crónicas, palabra tardolatina que pasando los años se expresaría en la versión romance de España, como recientemente y con su acostumbrada brillantez expuso el profesor Valdeón Baroque, en su discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia¹⁴.

Por ejemplo, Sancho el Mayor de Navarra (1005-1035), tomado como modelo en algunos textos de corte nacionalista, que dominó el norte peninsular desde Santiago de Compostela a Barcelona, en los últimos años de su reinado se le conocía como Rex Hispaniarum. Las Españas o la Monarquía Hispana, como manifestación de poder de los siglos XVI en adelante eran conceptos al uso y que todos entendían: los peninsulares y los extranjeros, por lo que ya en el siglo XVII las referencias a España eran usuales en los textos y en los documentos públicos o privados, entendiéndose como tal el espacio peninsular e insular, reservando la enumeración de reinos, condados y señoríos en los

12. De gran interés el trabajo de MORALES MOYA, Antonio, "En torno al nacionalismo español actual" en *Las claves de la España del Siglo XX. Nacionalismos e imagen de España*, Sociedad Estatal Nuevo Milenio. Madrid 2001. pp. 187 a 196.

13. GARCÍA DE CORTAZAR, Fernando, "A la búsqueda de España", *Diario El Mundo*, Madrid, Marte 17 de noviembre de 1998. p. 57.

14. VALDEON BARUQUE, Julio, *Las raíces medievales de España*, Discurso leído el día 9 de junio de 2001, en el acto de recepción pública por el Excmo. Sr...., Real Academia de la Historia, Madrid 2002, 88 p.

que el rey actuaba como cabeza visible de aquella unidad territorial, que no política, convertida en realidad desde 1512 con la incorporación del reino de Navarra.

Las manipulaciones de un pasado inmediato, pero cada vez más lejano, acuñaron conceptos como *Unidad nacional* atribuyéndosela a los Reyes Católicos. Nada más lejos de la realidad, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón lograron merced a su matrimonio, y a la muerte de Juan II de Aragón en 1479, la unidad territorial de las dos Coronas de Aragón y Castilla, en 1492 conquistaron Granada, Melilla e incorporaron Canarias y sobre todo los extensos territorios de las Indias Occidentales. Después de muerta la reina se produjo la integración de Navarra. Pero esta unidad territorial vinculada a las personas no supuso la integración política, pues incluso Fernando el Católico tuvo que salir de Castilla a la muerte de la reina y contrajo matrimonio con el propósito de dividir de nuevo el reino dual si hubiese tenido descendencia.

Superado este paréntesis, la configuración de la Monarquía Hispánica en los albores del siglo XVI tenía diversos componentes, junto a una Castilla más unitaria, pero que incluía la presencia de unas provincias auténticamente autónomas, como sería el caso de las tierras americanas, estaba la Confederación aragonesa, como la definió Sánchez Albornoz al referirse a las relaciones entre los tres reinos de Aragón, Valencia, Mallorca y el Condado de Cataluña, sin que la hegemonía de uno primase sobre la de otro, e insistió en considerar la cualidad autónoma de la Cataluña medieval dentro de la confederación catalano-aragonesa¹⁵.

Por estas causas, Von Ranke vislumbró hace más de un siglo que la larga lista de títulos de los Habsburgos era algo más que una ostentación y respondía a una realidad política, pues su monarquía no era igual en Castilla que en Aragón y en Guipúzcoa su poder emanaba del hecho de ser barones y señores hereditarios de aquellas tierras¹⁶.

Además el concepto nación es producto de expresiones políticas formuladas casi tres siglos después, por lo que la idea de unidad nacional afectó a la Italia de Cavour o a la Alemania Bismarquiana, pero en el caso de España tal cuestión no se planteó, por el contrario, existió a partir del segundo tercio del siglo XIX una corriente reivindicativa de los derechos y la peculiaridades históricas de aquellos territorios que eran poseedores de ellas y que desde el siglo XVIII hasta aquel momento habían sido reducidos al centralismo, primero del absolutismo y después del Estado liberal, al final de guerras en las que se mezclaban las cuestiones de las autonomías territoriales con otras de diversa índole política y económica¹⁷.

3. El proceso descentralizador iniciado en 1978

Cuando en la España decimonónica se instauró el Estado Constitucional, se optó por un sistema centralista, sin concesiones a las autonomías territoriales. Se realizó a fines de 1833 una división del territorio nacional en provincias, cuya dependencia gubernamental

15. SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Del ayer de España. Tres problemas en el hacer de España. Cataluña en España*, Madrid 1973, pp. 272-276.

16. RANKE, Leopold Von, *Pueblos y Estados en la Historia Moderna*, FCE, México 1979, p. 275. No olvidemos que los territorios americanos se integraron institucionalmente en la Corona de Castilla y de forma exclusiva.

17. Una aproximación bibliográfica con los antecedentes de una administración autónoma vasca en ORDUÑA, E., "Ensayo sobre fuentes bibliográficas del Estatuto de Autonomía del País vasco", en *I Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del Vasco*, IVEAP, Oñate 1983, pp. 1652 y ss. Con anterioridad nuestro *Estudio Preliminar al Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1979, 37 p.

mental era su característica más notable y en el escalón inferior los Municipios, sujetos a un intervencionismo superior en los más mínimos detalles de su funcionamiento. Aunque tal modelo de organización centralista fue exclusivo entre 1836 y 1978, con algún paréntesis en los años treinta del siglo pasado, no podemos ignorar la tradición española en materia de descentralización, referido principalmente al caso americano, como muy bien ha señalado en diversas ocasiones el profesor Brewer-Carías¹⁸.

Hemos de hacer una pausa retrospectiva, pues en estos años las Comunidades Autónomas se constituyeron de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, instrumentos normativos no otorgados por ningún poder foráneo a su ámbito, sino elaborados y aprobados por los representantes democráticamente elegidos por ellos. Tramitados parlamentariamente, su aprobación definitiva correspondería en los casos de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía a referéndum entre sus ciudadanos, (Art. 151), para el resto de las Comunidades Autónomas serían ratificados posteriormente por las Cortes Españolas, y promulgados todos ellos mediante Ley Orgánica.

En muchas ocasiones hemos caído en el tópico del amplio camino recorrido desde diciembre de 1978, aunque también hemos señalado no sólo algunas deficiencias de la distribución de competencias y la asignación de recursos a las Administraciones locales, sino la conveniencia de alcanzar el cierre del proceso autonómico español. Pero una imprescindible visión historicista, nos obliga desde una perspectiva, aún corta, a hacer un intento de reflexión retrospectiva.

A principios de 1983 se habían aprobado todos los Estatutos de Autonomía en la España peninsular e insular, proceso concluido en 1995 con la aprobación de los Estatutos de las ciudades de Ceuta y Melilla. Durante aquellos cinco años, 1978-1983, los más tensos y complejos del período, se consiguió, como ya hemos señalado y pese a la oposición decidida de algunos sectores de la sociedad, transformar un Estado de corte centralista y unitario en otro descentralizado y autonómico.

La oposición a este cambio que afectaba principalmente a la organización territorial de España, no provenía sólo de sectores ultramontanos, sino que podía apreciarse también, y esto era lo más grave, la existencia de una cultura centralista que calaba profundamente en la sociedad española, inmersa en ella no sólo durante los 40 años anteriores, sino desde el siglo XIX, con el tímido y frustrado paréntesis de la experiencia republicana de 1931-1936.

Frente a esta actitud se situaba una opinión distinta, localizada mayoritariamente en determinados territorios de la periferia, -Cataluña, País Vasco, Galicia- aunque comenzaba a ser notable en otros lugares de España, -Andalucía, Valencia, Baleares, Canarias, las dos Castillas, Extremadura, etc. En definitiva una situación compleja resuelta poco a poco, salvando escollos, evitando estridencias que agraviasen a cualquiera de las partes, haciendo un ejercicio de contraste de pareceres, debates más o menos serenos y por encima de todo la observancia del principio democrático, dentro del espíritu de *Consenso*, que también tendría sus detractores anclados en el radicalismo.

Para muchas personas poco avisadas de nuestro pasado histórico, era sorprendente que conceptos como autonomía y descentralización, banderas en otro tiempo asignadas, con más ligereza que efectividad, a las opciones políticas de la izquierda ideológica, apareciesen asumidas por el centrismo gubernamental y más que toleradas por la derecha democrática. En consecuencia la dinámica social esta vez, como había sido habi-

18. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 102 y ss.

tual, no fue por delante de la realidad política, defecto perceptible en muchas ocasiones de la historia española, con las consecuencias negativas que ya conocemos.

Sin embargo hoy debemos plantearnos algunas preguntas a la vista de lo acaecido en los años pasados: ¿e llegó tarde para la solución de problemas seculares?, ¿estuvo la clase política a la altura de las circunstancias para conseguir el delicado y necesario equilibrio ante una reforma tan profunda?.

La primera pregunta tiene una respuesta negativa, pues las reformas políticas son el resultado de una demanda en un momento determinado y sí durante los veintitrés años siguientes no se rompe el modelo adoptado, éste merece una interpretación favorable.

La segunda respuesta entendemos que es positiva por razones análogas. Ahora bien, hemos de tener presente que en la práctica, ningún Texto Fundamental es cerrado, por lo que pueden hacerse interpretaciones ponderadas del mismo, siempre menos arriesgadas que cualquier reforma, aunque sea prudente, por las tensiones y recelos que provoca. De cualquier forma, nunca debe excluirse una u otra posibilidad.

Las dificultades salvadas por los constituyentes de 1978 comenzaban por cuestiones filológicas y semánticas: no podía definirse literalmente un modelo de Estado Federal (temor a la experiencia republicana de 1873)¹⁹, el concepto región era rechazado por unos, que consideraban superados los modelos regionales clásicos experimentados en el período de 1931-1936, por cuya razón, precisamente, contaban con la oposición de otros. Finalmente se optaría, como todos sabemos, por el término nacionalidades y regiones, que de alguna manera podía condicionar la existencia de dos categorías territoriales, aunque para alejar dudas e interpretaciones parciales se reiteraban una y otra vez los principios de igualdad y solidaridad.

Durante cuarenta años quedó desterrado de la terminología habitual el vocablo región y su exclusión afectaba no sólo a los medios de comunicación, rígidamente censurados y controlados, sino a cualquier publicación, aunque fuese de carácter científico, salvo correr el grave riesgo de ser acusado de separatista. Sólo a fines de los cuarenta se hablaría de geografía regional; en la perspectiva económica, los estudios de los Consejos Económicos Sindicales del verticalismo, de clara connotación con la economía regional, se realizaban a escala provincial, primando el análisis económico provincial frente al regional, ignorando la existencia de una economía vasca, catalana, castellana, etc.²⁰.

En contadas ocasiones se hacían estudios de las Cuencas a través de las Confederaciones Hidrográficas. Incluso en el orden urbanístico, que superaba el marco exclusivamente territorial, para entrar en los ámbitos jurídicos, el profesor Martín Mateo creaba un concepto nuevo: *el regio urbanismo*, que enmascaraba una interpretación regionalista de la ordenación urbana.

Sin embargo las limitaciones, las censuras y las sanciones eran ni más ni menos que la manifestación de la incapacidad y la impotencia para eliminar principios de autoafirmación y recuperación de las raíces, que calaron profundamente en la sociedad, mani-

19. Había y hay, personas que atribuían con exclusividad al modelo federal la condición republicana de la Jefatura del Estado. Por el contrario otros, entre ellos: MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Autonomico*, IEAL, Madrid 1984, pp. 62 y 63 admite que los dictados de nuestra Constitución hace posible *una andadura autonómica estatutaria que desemboque en el Estado Federal*. Recientemente AJA, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid 1999, mantiene que el Estado autonómico es un sistema federal con hechos diferenciales.

20. SUÁREZ SUÁREZ, Andrés y ORDUÑA REBOLLO, Enrique, *Bibliografía española de Economía Regional*, Academia, León 1979.

festándose en un deseo generalizado de obtener una amplio grado de autonomía en los niveles territoriales y en el marco del ejercicio de las libertades públicas.

Por ello, la doctrina sobre descentralización y autonomía territorial, emanada de los ámbitos docentes del derecho público, tuvo un desarrollo notable en los últimos años del régimen autoritario, aunque en un marco estrictamente científico con múltiples referencias al derecho comparado con especial atención a los modelos italiano o alemán y en menor medida al americano²¹.

Podemos indicar que no era muy abundante la dedicación a los planteamientos descentralizadores propios, aunque ahora se puede alegar que desde mucho antes de 1975 se había abordado el problema regional con referencia a España. Por ello, y salvando la exhaustividad de los repertorios, hemos de remitirnos a nuestros trabajos de recopilación bibliográfica sobre la temática regional, iniciado tempranamente en la revista *Ciudad y Territorio* y ampliada en 1977 a *Documentación Jurídica* del Ministerio de Justicia, donde se puede apreciar con bastante aproximación la producción bibliográfica sobre la cuestión regional española desde la perspectiva del derecho público²².

4. El desarrollo autonómico

El proceso descentralizador iniciado en 1978 ha mantenido una dinámica permanente traducida en los múltiples decretos de transferencias de competencias, asignación de recursos y medios previstos en la legislación sobre financiación²³. Indudablemente el muy aceptable funcionamiento de todo el modelo autonómico tiene en estos principios su razón.

Por ejemplo, es generalmente reconocido que los contenidos autonómicos de Cataluña, País Vasco, Galicia o Andalucía y el resto de las CC.AA. desde hace cinco años, han adquirido unos niveles superiores a los que disfrutaban los *länder* alemanes o las regiones italianas. En los esquemas que con frecuencia aparecen en libros, documentos y otras publicaciones, se observa que todas las Comunidades Autónomas están dotadas de órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, que reciben variados nombres en función de las denominaciones de sus Estatutos²⁴.

21. Por nuestra experiencia en el ámbito documental, nos consta que un clásico norteamericano como la obra de HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, 2ª ed., México 1958, era prácticamente desconocido por aquellos años fuera del entorno docente del derecho público.

22. ORDUÑA ORDUÑA REBOLLO, E., "Ensayo de Bibliografía y Fuentes sobre temática regional española", *Ciudad y Territorio*, nº 3, Madrid 1971, pp. 80-93, nº 1, 1973, pp. 87-90, "Fuentes bibliográficas históricas, jurídicas y políticas para el concepto de Región en España", *Documentación Jurídica*, nº 13, Madrid enero-marzo 1977, pp. 73-155. Cerraríamos este ciclo de aportaciones bibliográficas con nuestra colaboración a la obra dirigida por los profesores L., AGUIAR DE LUQUE y R., BLANCO CANALES, *Constitución Española 1978-1988*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

23. Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas. Ley 14/1996 de 30 de diciembre de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas. Ley 29/1990 de 26 de diciembre del Fondo de Compensación Interterritorial. El Método para la aplicación del sistema de financiación de las CCAA para el quinquenio 1997-2001 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996. En la actualidad se anuncia un nuevo cambio en la legislación, basado mayoritariamente en la experiencia del quinquenio aún en vigor.

24. Es significativa la anécdota de que después de los acuerdos del Viernes Santo, visitó la Comunidad Autónoma del País Vasco en el año 2000, uno de los líderes del IRA, que fue recibido como un héroe, pero que quedó asombrado al conocer el grado de autonomía contenido en el Estatuto Vasco, la organización de la CCAA y las competencias ejercidas, cuestiones de las que en Irlanda estaban muy lejos de alcanzar, aún con las interpretaciones más favorables del proceso de paz.

Al principio del proceso autonómico la diferencia competencial entre unas Comunidades Autónomas y otras las podíamos encontrar en las de carácter exclusivo asumidas en los respectivos Estatutos, previstas en el artículo 148 de CE, así como el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de sus respectivos territorios de la legislación básica del Estado en una larga relación de funciones. Ahora bien, después de las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía, de acuerdo con el art. 148.2 de CE, tales diferencias pueden sintetizarse en una pocas materias, entre las que citaremos la Educación, prácticamente transferida en el momento actual, la existencia de Policías Autonómicas y poco más²⁵, haciendo salvedad claro es, de los mencionados hechos diferenciales que confieren a todo el proceso el carácter de asimétrico.

Merced a sucesivos acuerdos entre las fuerzas políticas se ha conseguido el desarrollo de los Estatutos de Autonomía, alcanzando las elevadas cotas de autogobierno que ostenta en la actualidad. Este proceso se inició con el Informe sobre Autonomías Territoriales, redactado por la Comisión de Expertos bajo la presidencia del profesor García de Enterría, del que se dedujeron los Pactos Autonómicos de 1981, cuando aún no se habían aprobado la totalidad de los Estatutos de Autonomía, lo que supondría la culminación legal del proceso de organización en 1983 con la Ley Orgánica 5/1983²⁶.

Los Pactos Autonómicos de 1981 permitieron el cierre de la organización territorial del Estado que se concretó en 17 CC.AA, once pluriprovinciales y seis uniprovinciales, frenando los intentos de fragmentación y proliferación que hubiese supuesto la aparición de otras Comunidades de estas últimas características; además se acordaron otros extremos referentes a la mecánica de transferencias, régimen local y la elaboración de un proyecto de ley de armonización del proceso autonómico, que se conoció como la LOAPA.

Llevadas a buen término las previsiones acordadas y aprobados los Estatutos de Autonomía de las 17 CCAA, se falló la Sentencia 76/1983 de 5 de agosto del Tribunal Constitucional, que además de marcar el fin de lo que podemos considerar como el primer período autonómico, introdujo una garantía fundamental para la competencia autonómica que se conocerá como *Reserva de Constitución*. De ello se deducía que el legislador estatal no estaba facultado para armonizar ni homogeneizar el contenido o la distribución de competencias, pues éstas se encontraban limitadas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, únicos elementos que diseñaban el reparto competencial y los legisladores estatales no podían incidir en dicho reparto, bajo la disculpa de su interpretación²⁷.

Esta Sentencia es una de las manifestaciones jurisprudenciales más importantes pronunciadas por el Alto Tribunal en interpretación de la CE. Pero la jurisprudencia del

25. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas elaborados de acuerdo con el artículo 143 de CE, tuvieron sucesivas reformas en los años 1994 y 1997. Como es sabido las CC.AA. acogidas al art. 151 de CE son: Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía.

26. Esta Ley supuso la incorporación de la provincia de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuyo Estatuto de Autonomía había sido el último en aprobarse (Ley Orgánica 4/1983 de 25 de febrero)

27. Sobre la STC 76/ 1983, entro otros CRUZ VILLALÓN, Pedro, "¿Reserva de Constitución? (Comentarios al Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983 de 5 de agosto sobre la LOAPA)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, Madrid septbre. dic. 1983, pp. 185-208. LÓPEZ GUERRA, Luis, "La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías (1983-1993)", *Oñate Revista Vasca de Administración Pública* nº 36. Mayo-Agosto 1993. p. 71. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", *REDC* nº 9, Madrid 1983, pp. 117-145. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Algunas reflexiones sobre la STC de 5 de agosto de 1983, relativa al proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico", *REDC* nº 9, Madrid 1983, pp. 147-184.

Tribunal Constitucional en materia de organización territorial del Estado, ni comenzó ni concluyó con la referida STC 76/1983, es más no resulta exagerado admitir que en los tres años anteriores se produjo una importante intervención del TC que fue interpretando y ordenando determinados puntos oscuros y a veces contradictorios del Título VIII de CE, por lo que se habló de *Estado jurisprudencial autonómico*²⁸.

Recordemos a tales efectos la STC 84/82 sobre el principio de autonomía, al asumir las CC.AA. sin excepción competencias legislativas. En las materias asumidas con carácter de exclusividad por las Comunidades, desaparece el principio de jerarquía para ser sustituido por el de competencia. También las Sentencias 32/81 de las Diputaciones provinciales catalanas y la 1/82 de Coeficientes de Cajas de Ahorros, por lo que el legislador estatal sólo fija los tratamientos comunes derivados de un interés general supraautonómico, pero además en tanto no se elaborasen las bases estatales, los legisladores autonómicos podían llevar a cabo su legislación de desarrollo, acorde con los principios constitucionales²⁹.

En esta segunda fase del proceso autonómico, comprendida entre la STC de la LOAPA y los Acuerdos Autonómicos de 1992, se fue consolidando paulatinamente el Estado de las Autonomías, desarrollando la actividad legislativa, administrativa y jurisprudencial, como vimos anteriormente. Pocos de los que diseñaron en 1978 el modelo autonómico, o los que creímos en él sospechaban que poco a poco se fueron venciendo dificultades, extendiéndose el sistema y sobre todo poniendo orden y racionalidad en una aparente confusión.

Fueron años de articulación y de rodaje para las CCAA del artículo 143 y de consolidación y perfeccionamiento para las del 151. Una revisión de los repertorios legislativos españoles del período nos facilitan una idea exacta de las numerosas normas de transferencias de competencias del Estado a las CCAA. Como era de esperar, al tiempo que avanzaba la construcción autonómica y se perfeccionaba el sistema surgían otras demandas, como la equiparación competencial entre todas las CCAA o la elevación de su techo. Fue una labor delicada, muy lenta para unos, muy veloz para otros, que desembocaría después de casi diez años de experiencia del sistema autonómico en el siguiente paso.

Los Acuerdos Autonómicos de 1992, supusieron la ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del art. 143 de CE, una mayor homogeneización del modelo después de diez años de funcionamiento, respondiendo a la racionalización funcional del Estado y el desarrollo del principio de Cooperación ya formulado teóricamente para su aplicación al caso español por el profesor García de Enterría. En dichos Acuerdos se determinaron las técnicas y mecanismos para materializar las relaciones de cooperación por medio de las Conferencias Sectoriales, programas, convenios, etc.

El último paso dado hasta la fecha fueron los Acuerdos para la nueva reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 (1996-1998), lo que supuso la equiparación de competencias entre todas las Comunidades Autónomas iniciada en 1992³⁰. Así, por ejemplo en estos tres últimos años fueron transferidas a

28. LÓPEZ GUERRA, L., *La segunda... op. cit.* p. 70.

29. *Ibidem*. Téngase en cuenta también GARCÍA ROCA, J., "El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: Los Conflictos Constitucionales" en *La Experiencia Constitucional. 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 489-531.

30. FERNÁNDEZ DIEZ, Jorge, "El Desarrollo del Título VIII y el modelo autonómico español" en *Administraciones Públicas y Constitución*. INAP, Madrid 1998, p. 780.

la práctica totalidad de las CC.AA las competencias de Enseñanza no universitaria, que suponen el mayor conjunto de funcionarios de las Administraciones Públicas Españolas.

Aquí podríamos detener nuestra exposición para pasar al orden territorial siguiente: el local, pero por afectar a todo el conjunto, a propósito del reparto de competencias y su correspondencia con el gasto público entre los niveles territoriales españoles: Administración del Estado, CC.AA y Corporaciones Locales, es conveniente detallar esta evolución según los datos oficiales, pues sí en 1980 la Administración del Estado asumía el 90% del gasto Público, en 1999 ha disminuido al 61%, mientras que las CC.AA alcanzaron al 25,4% y las Corporaciones Locales se mantenían en el 13,6 %:

EVOLUCIÓN DEL REPARTO DEL GASTO PÚBLICO ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS³¹

Año	Admón. Estado %	CC.AA. %	Corporaciones locales %
1980	90,00	---	10,00
1981	87,33	2,95	9,72
1982	84,57	6,08	9,35
1983	80,22	7,92	11,86
1984	75,65	12,20	12,15
1985	73,15	14,12	12,73
1986	72,62	14,60	12,78
1987	71,28	16,13	12,59
1988	67,29	19,34	13,37
1989	66,44	19,75	13,81
1990	65,78	20,21	14,01
1991	64,78	21,51	13,71
1992	64,27	22,35	13,38
1993	64,18	22,76	13,05
1994	64,53	23,14	12,33
1995	65,01	23,12	11,87
1996	62,58	24,73	12,68
1997	61,23	25,72	13,05
1998	60,71	25,20	13,37
1999	61,00	25,40	13,60
2000	---	27,30	---

Se sabe que en el año 2000 las CCAA. Del artículo 143, al haber asumido las competencias de la Enseñanza no universitaria, gestionaron el 27,3 % del Gasto, datos que se alejan del modelo óptimo de distribución del Gasto territorial fijado en el 50, 25 y 25, en lo que se refiere a las Corporaciones Locales, pues las CC.AA. lo superaron en 1997,

31. FUENTE: *Informe económico Financiero de las Administraciones Territoriales. 1997*, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1998, pp. 286-287. Para 1998 y 1999 los datos tomados de los Informes correspondientes a dichos años. Elaboración propia.

mientras que los Ayuntamientos y Diputaciones se mantienen en un porcentaje alrededor del 13 % y según todos los pronósticos les resultará imposible llegar al 25%.

II. LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA

El largo camino recorrido entró, desde 1977, en una recta que permitía albergar fundadas esperanzas en el futuro democrático de los Municipios españoles, pues derogada la Ley 41/1975 de Bases del estatuto de Régimen Local, el 7 de octubre de 1978 (Ley 47/1978) y suprimido el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales el 1 de diciembre de 1978, se estaban dando los pasos preconstitucionales más importantes para el desmantelamiento del entramado legal del régimen franquista³².

La Administración local española formada por 8.040 municipios y 50 provincias obtuvo con CE el objetivo por el que había pugnado el municipalismo español desde los orígenes del Estado Constitucional y que se plasmó en el reconocimiento y la garantía institucional de la autonomía de municipios y provincias (arts. 137, 140 y 141 de CE). Simultáneamente se reconocía la necesidad de una financiación adecuada que pudiese rescatar de la ruina económica permanente a los Ayuntamientos de España³³.

También la CE reconoció a las CC.AA. las competencias en materia de Régimen local que pudieran asumir en sus Estatutos de Autonomía (art. 148.1.20), como la alteración de términos municipales, comprendidos en su territorio³⁴, pero también *las funciones que corresponden a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen local*, de lo que se deducía que sólo determinadas materias de titularidad estatal podían ser transferidas a las CC.AA., concretamente aquellas que autorizase la legislación sobre Régimen Local, concepto que aparece por primera y única vez en la Constitución.

La cuestión fue interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que las CC AA podían legislar en las materias locales de su competencia, aunque la legislación básica no se hubiese promulgado. En aplicación del principio constitucional, Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que legisló sobre Régimen Local, promulgando la Ley 6/1980 de 17 de diciembre, sobre *Transferencia urgente y plena de la Diputaciones catalanas a la Generalidad*, recurrida por el gobierno ante el Tribunal Constitucional, éste anuló la mayor parte de su articulado en la sentencia 32/1981, que recogía la doctrina alemana de la garantía institucional de las entidades locales, por lo

32. ORDUÑA REBOLLO, E., "Estudio Preliminar" en COSCULLUELA, L., y ORDUÑA, E., *Legislación de Administración Local. 1975-1987*, INAP, Madrid 1990, XIX-XLV.

33. Con carácter general téngase en cuenta: MORELL OCAÑA, Luis, *El régimen local español*, Civitas, Madrid 1988, 844 p. LLISSET BORREL, Francisco, *Manual de Derecho Local. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, Madrid 1985, 485 p. GARCÍA ESCUDERO, Piedad y PENDAS, Benigno, *El nuevo régimen local español. Estudio sistemático de la Ley 7/1985 de 2 de abril*, Praxis, Barcelona 1985, 564 p. SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, Tecnos, Madrid 1987, 275 p. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho básico de Administración Local*, Artiel, Barcelona 1988, 436 p. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Angel, *Manual de Administración Local*, 3ª ed., Comares, Granada 1994, 980 p. RIVERO ISERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 2ª ed., Civitas, Madrid 1993, 493 p. MIR BAGÓ, Josep, *Manual de Govern Local*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona 2000, 529 p.

34. SOSA WAGNER, F., y MIGUEL GARCÍA, P. de, *Creación, supresión y alteración de términos municipales*, IEAL, Madrid 1987, 142 p. CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *El Término municipal. Extensión y alteraciones*, CC.AA. de Madrid, Madrid 1991, 297 p.

que consideró inconstitucional el vaciamiento competencial de las Diputaciones por medio de una Ley autonómica. Posteriormente la Generalidad creó por el decreto 354/1983 las Comisiones de Coordinación con las Diputaciones catalanas.

También aquel año Andalucía aprobó su Ley de Organización Territorial, el País Vasco la Ley 27/1983 de relaciones entre las instituciones comunitarias de la Comunidad Autónoma y los Órganos forales de sus Territorios Históricos y Navarra aprobó la Ley Foral 31/1983 sobre constitución de los Concejos Abiertos y elección de las Juntas de Oncena, Quincena y Veintena, La Generalidad Valenciana promulgó su propia ley atribuyendo competencias de coordinación, dirección y control sobre las Diputaciones, con el propósito de organizar su espacio provincial, y que también sería objeto de recurso de inconstitucionalidad, fallado por la STC 27/1987 de 28 de febrero, que declaró nulas algunas disposiciones y reinterpreto otras. Finalmente Murcia, aunque no tenía competencias, excepto en las modificaciones de términos municipales, aprobó la Ley 7/1983, limitándose a establecer un régimen descentralizado de funciones autonómicas a favor de las entidades locales por la vía de delegación, convenios, etc. aunque sin mermar las competencias de dichas entidades³⁵.

Ello suponía una urgente y reconocida necesidad de elaborar por el Estado un nuevo texto de Régimen Local a partir del artículo 149.1.18ª que comprende las *bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* que afectaría a la Administración local con carácter básico, pues a la legislación estatal de régimen local es a la que corresponde directamente el desarrollo de la garantía constitucional para el establecimiento de un régimen único para todo el territorio nacional³⁶.

1. El proceso democratizador de las estructuras locales

Aprobada la Constitución y definidos los principios de autonomía local³⁷, había llegado el fin del intervencionismo gubernamental, pues CE, además de garantizar la autonomía de Municipios y Provincias, hacía un reconocimiento de su personalidad jurídica plena, alejando los riesgos intervencionistas o de control estatal y configurando el papel del Municipio en el Estado de las Autonomías como una pieza clave. En lo sucesivo los controles serían ejercidos por los Tribunales de Justicia y el Tribunal de Cuentas en las cuestiones financieras³⁸.

A principios de 1979 sólo quedaba convertir en realidad la existencia de Corporaciones democráticas, pues las sucesivas derogaciones legales, la urgencia en resolver pro-

35. ORDUÑA REBOLLO, E., "La Administración local española en el siglo XX" en *La Organización del Estado*. Congreso Las claves de la España del Siglo XX, Sociedad Estatal España Nuevo Milenio, Madrid 2001, p. 91.

36. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona 1988, p. 125. Que lo define como *El denominador común normativo (STC. 1/1982 de 28 de enero), de la pieza organizativa local de la construcción territorial del Estado*.

37. Sobre la Autonomía local en aquellos momentos: EMBID IRUJO, A., "Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal", *Revista Española de Derecho Administrativo*. nº 30, Madrid, pp. 437 y ss. LEGUINA VILLA, J., "La autonomía de Municipios y Provincias en la nueva Ley básica de Régimen local", *REALA* nº 227, Madrid, pp. 437 y ss. MARTIN MATEO, R., "La garantía institucional de la autonomía local", *REALA* nº 208, Madrid 1980, pp. 609-626. PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid 1981; SÁNCHEZ MORÓN, M., *La autonomía local*. Civitas, Madrid 1989, 356 p. SOSA WAGNER, F., "La autonomía local" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991. pp. 3210-3237.

38. CAZORLA PRIETO, Luis María, *El control de las Corporaciones Locales por el Tribunal de Cuentas*, IEAL, Madrid 1982, 135 p.

blemas prioritarios de la misma estructura del sistema democrático y autonómico habrían impedido proceder a una convocatoria de elecciones municipales por sufragio universal, que respondiesen al espíritu animador de la Constitución que define a España como un Estado social y democrático de Derecho³⁹.

Las elecciones locales se celebraron el 3 de abril de 1979, con el significado histórico de que no se habían realizado desde el 14 de abril de 1931, casi medio siglo de la historia de España, salpicada de conflictos, represiones y autoritarismos. La participación ciudadana fue notable, pues de un censo electoral de 26.727.920 ciudadanos, ejercieron su derecho al voto 16.740.436, casi el 70% del censo (Téngase en cuenta que en España el ejercicio del voto es un derecho, no una obligación legal). En cuanto a los porcentajes de votos obtenidos por los partidos más votados se distribuyeron así:

Unión de Centro Democrático	31,3 %
Partido Socialista Obrero Español	27,9 %
Partido Comunista de España	12,7 %
Coalición Democrática	3,0 %
Convergencia i Unió	3,0 %
Partido Nacionalista Vasco	2,1 %
Partido Socialista de Andalucía	1,4 %

Distribuyéndose el resto en porcentajes inferiores al 1% entre cuatro formaciones políticas. El número de concejales y alcaldes electos según los principales partidos fue:

<i>Partidos</i>	<i>Concejales</i>	<i>Alcaldes</i>
Unión de Centro Democrático	30.192	3.974
Partido Socialista Obrero Español	12.211	1.130
Partido Comunista de España	3.753	236
Coalición Democrática	2.431	203
Convergencia i Unió	1.759	216
Partido Nacionalista Vasco	1.090	137
Partido Socialista de Andalucía	262	17
Herri Batasuna	276	8
Esquerda Republicana de Catalunya	207	22
Euskadiko Esquerra	86	2
Partido Aragonés Regionalista	289	39
Partido Socialista de Mallorca	19	1 ⁴⁰

Aunque los resultados fueron mayoritariamente favorables al partido del Gobierno, la Unión de Centro Democrático, tanto en el número de concejales como en el de alcaldes, se fijó una tónica que no se rompería hasta las elecciones municipales de 1995, de acuerdo con ella el Partido Socialista Obrero Español, cuyos votos se agruparon con los

39. Con anterioridad se promulgó la Ley 39/1978 de 30 de julio sobre Elecciones locales. Téngase en cuenta COSCULLUELA MONTANER, L., y MUÑOZ MACHADO, S., *Las elecciones locales*, Abella, Madrid 1979.

40. Todos los datos proceden de Ministerio del Interior. *Elecciones Locales 1979-1983-1987*. Dirección General de Procesos Electorales, Madrid 1989, p. 1. Elaboración propia.

del Partido Comunista de España, obtuvo una mayoría considerable lo que permitió a los Socialistas lograr la alcaldía de la mayoría de las capitales de provincia y ciudades importantes españolas, como Albacete, Alicante, Almería, Barcelona, Cádiz, Castellón, La Coruña, Gerona, Gijón, Granada, Guadalajara, Huelva, Jaén, León, Lérvida, Madrid, Málaga, Murcia, Palma de Mallorca, Pamplona, Salamanca, Tarragona, Valencia, Valladolid, Vigo y Zaragoza. La UCD obtuvo las alcaldías de Avila, Badajoz, Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Cuenca, Huesca, Logroño, Lugo, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Orense, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Segovia, Soria, Teruel, Toledo, Zamora y Melilla. En el resto de las capitales de provincia se repartieron las alcaldías del siguiente modo: la de Córdoba para el Partido Comunista, Sevilla el Partido Andalucista, las tres capitales vascas para el Partido Nacionalista Vasco y Las Palmas para la Unión del Pueblo canario⁴¹.

Con ello se consiguió el gran triunfo de la democracia, aceptado por toda la ciudadanía al comprobar en los meses siguientes que no se producían, como en el pasado, alteraciones del orden ciudadano (el gran temor de las generaciones mayores de 40 años), y que las Corporaciones locales iniciaban su andadura, al principio lentamente, para adquirir el ritmo normal de actividad democrática poco tiempo después. De cualquier forma, el compromiso democratizador se generalizó en los municipios sin distinción de color o adscripción partidista de sus electos, ratificando el acierto de la clase política española al realizar la consulta electoral en el momento oportuno, abriendo unas perspectivas nuevas e ilusionadas a la solución de los problemas municipales⁴².

Hemos de recordar además, que el Gobierno era de diferente signo, por lo que hacía necesario un ejercicio permanente de entendimiento entre las dos administraciones, y de consenso, palabra muy utilizada entonces, pero a la que se deben los grandes y pequeños acuerdos que hicieron posible la reconstrucción de España en el marco de las libertades públicas, la democracia, la autonomía y la descentralización.

2. Los primeros pasos del Municipio democrático español

Vimos anteriormente que en 1981 se produjo el denominado Informe García de Enterría sobre las Autonomías y los consiguientes pactos sobre la configuración del Estado Autonómico, negociándose posteriormente otro acuerdo en materia de Administración Local que comprendía diversos extremos, entre ellos la aprobación de un proyecto de Ley de Bases de Administración Local, por entonces ya presentado, elaboración de un proyecto de Ley del Sistema tributario español y otro de financiación del transporte colectivo urbano de superficie, así como transferencias de servicios de la Administración del Estado a los municipios, determinadas previsiones en materia de gestión de tributos, reforma de la Mutualidad Nacional de Administración Local, actuación en Planes Provinciales y acuerdos de cooperación entre la Administración del Estado y las Corporaciones locales.

En virtud de tales acuerdos se aprobó el RD 1672/1981 que estableció la composición y funciones de la Comisión Nacional de Colaboración del Estado con las Corporaciones

41. Téngase en cuenta el número 103 correspondiente a abril de 1999, de la *Revista Carta Local* editada por la FEMP, dedicado monográficamente al "XX Aniversario de las Elecciones Municipales del 3 de abril de 1979".

42. ORDUÑA REBOLLO, E., "Municipios democráticos" en *Anuario de Castilla y León*, Valladolid 1994; *Ambito*, 1995, pp. 98 y ss.

locales, mientras que el RD 1673/1981, de 3 de julio reguló el Régimen de los Planes Provinciales de Obras y Servicios.

Las demandas asociativas de las nuevas Corporaciones locales democráticas y las consecuencias de dichos acuerdos, supusieron la creación el 8 de enero de 1981 en Madrid, de la Federación Española de Municipios y Provincias, heredera histórica de la Unión de Municipios Españoles⁴³. Su carácter asociativo, se convirtió de hecho en una entidad política representativa de las Corporaciones locales españolas, tanto en el orden internacional, como en las relaciones con la Administración del Estado, alcanzando cada vez un protagonista más creciente, relegando, según Cosculluela a un plano meramente administrativo a la referida Comisión Nacional de Colaboración del Estado con las Corporaciones Locales⁴⁴.

La manifiesta necesidad de elaborar una nueva Ley de Régimen Local fue asumida por el gobierno minoritario de la UCD, aunque hemos de tener en cuenta, no solo su carácter de mayoría minoritaria, sino la más importante de coincidir temporalmente con los diversos procesos estatutarios, que en definitiva suponían la institucionalización del Estado de las Autonomías, por lo que en mayo de 1981, aprobados los Estatutos del artículo 151 y algunos del 143, el gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley de Bases de Régimen Local, que no fue aprobado, primando una vez más la tramitación de los Estatutos de Autonomía, frente al Régimen local, que no podemos ignorar, ocupaba en aquel momento un segundo plano en la organización territorial del Estado, al ser prioritaria la construcción del Estado de las Autonomías. Una vez más hubo que esperar algún tiempo para que se dotase a los municipios españoles del necesario ordenamiento legal, acorde con el sistema de libertades públicas, autonomía y descentralización.

Si en algunos casos han surgido dudas sobre la existencia de un vacío legal en materia de Régimen local durante los años 1978-1985, hemos de entender que la respuesta ha de ser negativa, pues si bien hasta la última fecha no se promulgó un texto normativo al efecto, existieron diversas normas transitorias, supletorias y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que resolvieron dificultades, formando un verdadero corpus legal aunque fuese complejo y prolijo.

La perspectiva, veintitrés años después, nos permite hacer la siguiente síntesis: advertida la posible inconstitucionalidad de numerosos preceptos de la Ley de Régimen Local de 1955 y del texto articulado parcial de la de 1975, fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad, estimado por el alto Tribunal por la sentencia de 2 de febrero de 1981 que consideró derogados diez artículos de la primera norma y uno de la segunda, aunque con acierto y oportunidad, pocos días antes, el gobierno había aprobado el RDL 3/1981 de 16 de enero, que sustituía a los preceptos de dudosa constitucionalidad, transformado posteriormente en la Ley 40/1981 de 28 de octubre sobre Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que amplió el contenido autonómico del propio fallo del TC, quien también por sentencia de 29 de abril de 1981 declaró inconstitucional otro artículo de LRL de 1955.

La grave insuficiencia de las Haciendas Locales, otro de los pilares constitucionales de la autonomía local, exigió la adopción de medidas urgentes de financiación, llevadas

43. Para conocer la trayectoria de la FEMP ver las sucesivas *Resoluciones de sus Asambleas Generales*, las *Memorias de Actividades* y la ya centenaria *Revista Carta Local*.

44. COSCULLUELA, L., "Estudio Preliminar" en *Legislación sobre Régimen Local nº 1975-1987... op. cit.*, p. LIX.

a cabo por medio del RDL 11/1979 de 10 de julio, complementado por la Ley 24/1983 de 21 de diciembre sobre saneamiento de las Haciendas Locales⁴⁵.

3. La Ley de Bases de Régimen Local de 1985

El nuevo gobierno surgido de las urnas del 28 de octubre de 1982, que dio la victoria al Partido Socialista, emprendió, después de aprobado el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, la elaboración de un proyecto de ley presentado a las Cortes el 14 de marzo de 1984. Su texto era una respuesta realista a la situación de la Administración local española, adaptado al modelo constitucional y al nuevo Estado de las Autonomías. En su texto se observaba una evidente influencia alemana en el tratamiento de la autonomía local, pero la estructura general de la ley seguía algunas pautas del proyecto de 1981, asumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁶.

Una vez más el preámbulo de la Ley constituía una pieza jurídica de gran calidad científica y doctrinal. Consta de dos partes, una histórica, redactada por el profesor Benjamín González Alonso, y otra en la que se resumía la filosofía del proyecto, al que se incorporaba la doctrina alemana sobre la autonomía municipal y el contenido de las competencias de las entidades locales en el marco de un Estado constitucionalmente descentralizado, que corrió a cargo del profesor Luciano Parejo Alfonso. El texto se aprobó como Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local el 2 de abril de 1985. (En lo sucesivo LRBRL)

La Ley, de acuerdo con la nueva concepción de la organización territorial, supuso una aportación novedosa al ordenamiento, en la que no se agota la materia ni cumple plenamente la actuación legislativa para todo el Estado, limitándose a la regulación de los aspectos básicos, estableciendo un nuevo sistema para todo el territorio nacional que permitió los desarrollos particulares en las Comunidades Autónomas con capacidad para ello. Pero en tanto ese desarrollo no concluyese alcanzando a todo el territorio nacional, a través del real decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril, (Texto Refundido de las Disposiciones Locales Vigentes en materia de Régimen Local) se ponía en marcha la actualización del resto del régimen local no innovado por la ley.

En la Ley 7/1985 de 2 de abril, se evitó la definición completa del sistema desde una sola clave, en favor de cualquiera de los componentes de la organización territorial del Estado: interés nacional, autonómico o local, por lo que se aceptó la diversidad propia de dicho ordenamiento erigido como un criterio de solución legal⁴⁷.

La estructura y tipología de las Entidades locales quedó definida en el artículo 3º de LRBRL, que distingue entre Entidades locales territoriales y Entidades locales. Entre las primeras están: El Municipio, la Provincia y las islas en los archipiélagos balear y canario. Gozan de la condición de Entidades locales: Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las CC.AA. Las Comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, instituidas también por las CCAA, de acuerdo en el primer caso con el art. 45 de LRBRL y en el segundo con dicha norma y los Esta-

45. MORAL RUÍZ, Joaquín del, *Hacienda Central y Haciendas Locales*, IEAL, Madrid 1984, 387 p.

46. Previamente a su tramitación parlamentaria fue ampliamente analizado por la doctrina en *Organización Territorial del Estado*, Administración Local, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1985, 3 vols.

47. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho... op.cit.* p. 187.

tutos de Autonomía respectivos. Por último disfrutaban de la misma condición las Areas Metropolitanas y las Mancomunidades de Municipios⁴⁸.

A propósito de esta ordenación hemos de tener en cuenta que las provincias en el caso de Navarra, Cantabria, La Rioja, Madrid, Asturias y Murcia, constituidas como Comunidades Autónomas Uniprovinciales, mantienen su territorio y límites, así como su consideración de circunscripción electoral, pero la Diputación provincial su órgano de gobierno ha sido sustituido por las instituciones de las CC.AA. estos es legislativo y ejecutivo, además del Tribunal Superior de Justicia con sus funciones judiciales.

El ejercicio de las competencias, corresponde a un modelo de Estado Autonómico. Inicialmente el art. 2 de LRBRL atribuye a las Entidades locales las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de cada Entidad local, pero se remite a las Leyes básicas del Estado, previstas constitucionalmente, la determinación de las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en la materia que regulen. Por tanto lo primero es la atribución expresa de las competencias, pues sólo en defecto de la misma, entrará en juego, dice Parejo, el título competencial residual de la Administración autonómica⁴⁹.

El modelo de competencias compartidas característico del Estado Autonómico se determina en el artículo 7, que las califica como propias, que sólo podrán ser determinadas por la Ley, ejercidas en régimen de autonomía y bajo su responsabilidad, atendiendo a la debida coordinación con las demás Administraciones públicas, o como competencias atribuidas, que se ejercen en los términos de delegación y en las que puede aparecer técnicas de dirección o control, respetando la potestad de autoorganización de la Entidad local. De nuevo en el artículo 10 se vuelve a hablar de coordinación de las competencias con las restantes Administraciones públicas, salvaguardando la autonomía de las Entidades locales.

Por último en el capítulo III (art. 25 y sgts.) se detallan las competencias municipales que podrán ser ejercidas en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en una relación de quince epígrafes, teniendo en cuenta que sólo la Ley determinará las competencias municipales en las materias enunciadas, de acuerdo con los principios fijados en el artículo 2⁵⁰.

Promulgada la Ley 7/1985 se aprobaron diversas normas que afectaban parcialmente al Régimen local, principalmente las relacionadas con las CCAA. Las Diputaciones y los Municipios, la regulación de las entidades inframunicipales o aspectos de las com-

48. MARTÍN MATEO, R., *Entes Locales complejos*, Editorial Trivium, Madrid 1987, 264 p.

49. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho...* op. cit. p. 205. ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid 1988.

50. Las materias son: A) Seguridad en lugares públicos. B) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. C) Protección civil, prevención y extinción de incendios. D) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas, parques y jardines; pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. E) Patrimonio histórico-artístico. F) Protección del medio ambiente. G) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de consumidores y usuarios. H) Protección de la salubridad pública. I) Participación en la gestión la atención primaria de la salud. J) Cementerios y servicios funerarios. K) Prestación de los servicios sociales y de promoción y de reinserción social. L) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. LL) Transporte público de viajeros. M) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo. N) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

petencias contenidas en el artículo 148.1.2 de CE. El desarrollo general de la LRBRL ha sido muy amplio, por lo que nos limitaremos a mencionar la normativa general o aquellos casos de cierta transcendencia, así la Ley 8/1986 de 18 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, la Ley 6/1986 de 4 de abril de la Organización Comarcal de Cataluña, complementada con la Ley 7/1987 de 4 de abril que supuso la desaparición de la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona y pocos días más tarde la Ley 8/1987 de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que incluía el régimen municipal de Barcelona, aunque éste se ha visto regulado específicamente por la Ley 22/1998 de 30 de diciembre que aprueba la Carta Municipal de Barcelona.

En cuanto a las también normas autonómicas que afectan la generalidad del Régimen Local tenemos la Ley 6/1988 de 25 de agosto de Régimen Local de Murcia; Ley Foral 6/1990 de 2 de julio de Administración Local de Navarra; Ley 3/1991 de 14 de marzo de Entidades Locales de Castilla La Mancha; Ley 3/1993 de 22 de septiembre de Régimen Local de La Rioja; Ley 5/1997 de 22 de julio de Administración Local de Galicia; Ley 1/1998 de 4 de junio de Régimen Local de Castilla y León; Ley /1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón.

Además del Texto Refundido de las Disposiciones Locales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, hemos de mencionar que entre ese año y 1994, el Estado aprobó los siguientes Reglamentos de Régimen Local: Población y Demarcación Territorial (RD 1690/1986 de 11 de julio); Registro de Entidades Locales (RD 382/1986 de 10 de febrero); Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico (RD 2586/1986 de 28 de noviembre); Bienes (RD 1372/1986 de 13 de junio); Funcionarios con habilitación de carácter nacional (RD 1174/1987 de 18 de septiembre); Provisión de puestos de trabajo a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (RD 1732/1994 de 29 de julio).

4. Las Haciendas Locales

Como es notorio, la necesidad de una Hacienda local suficiente ha sido una de las preocupaciones del municipalismo español de nuestros días, heredada de anteriores generaciones que lucharon infructuosamente por mejorar una situación endémicamente ruinosa. En esta ocasión han concurrido, además de la garantía constitucional, el principio de efectividad de la autonomía local y la complejidad, extensión y proliferación de servicios que deben ser atendidos por los Ayuntamientos y Diputaciones al ser la Administración más próxima al ciudadano. La búsqueda de este equilibrio ha sido uno de los desafíos más serios que ha tenido y tiene la Administración local española encauzados, que no resueltos, por medio de la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales, que en virtud de los Concierdos Económicos, no afecta a los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra.

La Hacienda local está constituida por los siguientes recursos: Ingresos de su patrimonio y de Derecho privado; Tributos; Participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas; Subvenciones; Precios Públicos y Operaciones de Crédito. El capítulo de Tributos propios se desglosa en: Tasas, Contribuciones especiales e Impuestos, y éstos a su vez comprenden: el Impuesto de Bienes Inmuebles, Impuestos so-

bre Actividades Económicas -que va a ser suprimido-⁵¹. Impuestos sobre Vehículos de Tracción Mecánica e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En la actualidad se ha recurrido a un sistema basado en la previsión de acuerdos quinquenales de Financiación Local, el último aprobado en 1998 está referido a los años 1999-2003, estableció las bases sobre la Participación en los ingresos del Estado (PIE), la Participación de las Entidades Locales en los Fondos Europeos y las propuestas de modificación de la Ley de Haciendas Locales, que afectaban a los tributos locales⁵²

Sobre este último aspecto el acuerdo alcanzó a las normas generales de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos y demás ingresos de Derecho Público de las Corporaciones Locales, como a la regulación específica de los impuestos municipales. El acuerdo alcanzado en una reunión de la Subcomisión de Régimen Económico, Financiero y Fiscal de la Comisión Nacional de Administración Local, fue aprobado por la Comisión Ejecutiva de la FEMP el 16 de octubre de 1998.

5. La normativa supranacional

Lo que a nosotros pueda parecernos normal actualmente en el orden al reconocimiento constitucional de la autonomía local, contenida en CE⁵³, no es común en todos los países democráticos, principalmente en algunos de los Iberoamericanos, más próximos a nuestro entorno y cultura, por lo que muy oportunamente los poderes locales europeos, a través de los Órganos Comunitarios promulgaron en defensa y perfeccionamiento del principio de la autonomía local un texto de primer rango, que tuvo y tiene una gran importancia e influencia en el ordenamiento local español. Nos referimos sucintamente, a la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante CEAL)⁵⁴.

Casi contemporánea con la LRBRL, fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (15-10-1985) y ratificada por España el 20 de enero de 1988, entró en vigor el 1 de marzo de 1989. Esta Carta no es una mera declaración de buenas inten-

51. Esta supresión corresponde a una promesa electoral, que al parecer se cumplirá en breve. Afecta principalmente a la pequeña y media empresa. Las previsiones para enjugar la diferencia recaudatoria se prevé un impuesto sobre las Telecomunicaciones a cargo de las propias empresas (antenas, telefonía móvil, etc.)

52. *Carta Local*, nº 98, noviembre 1998, pp. 8 a 11. Se tomó como base el año 1999, el PIE supuso 1.389.429 millones de pesetas. Los Fondos Europeos 72.000 millones. ZORNOZA PÉREZ, Juan José, "La financiación de las Corporaciones Locales durante el quinquenio 1999-2003" en *El desarrollo del Gobierno Local (Una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid 1999, pp. 175-198.

53. Una visión actual de la Autonomía local en GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*. Marcial Pons, Madrid 1988. GARCÍA ROCA, J., "La garantía constitucional de la autonomía de las Corporaciones locales frente a la Ley: El conflicto local" en *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid 1998, pp. 801-830. *Ibidem*. "El concepto actual de Autonomía local según el bloque de constitucionalidad", *REALA* nº 280, Madrid 1999.

54. Sobre la Carta Europea de la Autonomía Local en PAREJO ALFONSO, L., "La Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento jurídico español" en *Estudios sobre la Carta Europea de Autonomía Local*, Ajuntament. Barcelona 1994, pp. 81-98. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, "Interpretación jurisdiccional de la Autonomía Local en la Jurisprudencia española", *Ibidem*. pp. 151-159. TORNOS MAS, Joaquín, "Por un mejor sistema de control de la Carta Europea de la Autonomía Local", *Ibidem*. pp. 231-236. FONT I LLOVET, Tomás, "Las Competencias municipales en España ante la Carta Europea de Autonomía Local", *Ibidem*. pp. 245-250. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel, *La Carta Europea de la Autonomía Local. Su significación en el ordenamiento jurídico español*, Bayer, Barcelona 1996, 202 p. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Estudios de Derecho Local*. Montecorvo, Madrid 1997, pp. 60 y ss. Recientemente: VILLEGAS MORENO, José Luis, "Administración Local, autonomía y participación en Venezuela: Una reflexión desde la Constitución de 1999", *RIAP* nº 8 inédito. En publicación. Madrid.

ciones, sino que estamos ante una expresión política del Consejo de Europa, que obliga a la interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen la autonomía local en armonía con su contenido, por lo que junto a todas las normas anteriormente referenciadas, debemos incluir a la CEAL, en el bloque de la constitucionalidad local.

Su contenido se desarrolla en un preámbulo y tres partes, siendo la primera la que expresa de una forma más explícita sus fines, expuestos en los siguientes epígrafes: Fundamento constitucional y legal de la autonomía local; Concepto de la autonomía local; Alcance de la autonomía local; Protección de los límites territoriales de las entidades locales; Condiciones del ejercicio de las responsabilidades a nivel local; Control administrativo de los actos de las entidades locales; Los recursos financieros de las entidades locales; el derecho de asociación de las entidades locales y la Protección legal de la autonomía local.

Si bien los principios inspiradores del mencionado bloque de la constitucionalidad local, hacen manifestación expresa, reconociendo y garantizando la autonomía local, debemos entender que la CEAL, no sólo los ha ratificado y respaldado, sino que los ha reforzado y ampliado, como lo demuestra la posibilidad de acceso de las Corporaciones locales al Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local, enmarcada en el artículo 11. En el caso español, al suscribir la CEAL, no se consideró vinculado al apartado 2 del artículo 3: *En la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de las mismas*, las razones de tal exclusión no se deben a ninguna reserva sobre el principio democrático de la elección directa, sino que en el caso específico de las Diputaciones provinciales, órgano de gobierno de la provincia como Entidad local territorial, éste se elige por un procedimiento indirecto entre los concejales electos de los Municipios de la provincia respectiva.

Hemos de mencionar que, como consecuencia de esta adaptación de la CEAL al ordenamiento español, en 1990, con motivo del XX Congreso Iberoamericano de Municipios celebrado en la ciudad de Caracas, por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal se aprobó la Carta de la Autonomía Local Iberoamericana, ratificada en el XXI Congreso que se celebró en Valladolid en 1992. Su texto responde a los principios inspiradores de la democracia, la descentralización y defensa de la autonomía local.

La adhesión de España al Tratado de Maestrich también tuvo su repercusión en el ordenamiento constitucional español, pues fue necesario modificar el artículo 13.2 de CE, adecuándose al art. 8.B.1 del TCCE, por el que se fijan las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales⁵⁵.

6. El Pacto Local

En un Estado altamente descentralizado, como es el caso español, resulta inherente la necesidad de un reparto equilibrado del poder en la organización territorial del mismo. Una vez más, la organización local fue pospuesta ante la del escalón superior: la autonómica, pues la LRBRL fue aprobada dos años después de que todas las Comunidades Autónomas se institucionalizaran por medio de sus Estatutos de autonomía. Si a ello

55. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Estudios....op. cit.* pp. 70 y ss.

unimos lo conciso de la regulación constitucional de la Administración local española y el contenido de la CEAL, entenderemos la necesidad que existía de superar las insuficiencias y regular las competencias locales de acuerdo con su consideración de verdadero poder del Estado, al tiempo que tercer nivel de Administración en la organización territorial del mismo⁵⁶.

La clave de esta insuficiencia hemos de buscarla en la regulación de las competencias municipales que deben ser ejercidas en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 25.2 de LRBRL), aunque en el artículo siguiente se especifica la obligación municipal de prestar una serie de servicios básicos para todos los municipios, de acuerdo con su jerarquía demográfica. Asimismo, en el orden económico tampoco la Ley de Haciendas Locales resolvía la cuestión de fondo.

Las peticiones e inquietudes de los municipios y provincias se canalizaron a través de la Federación Española de Municipios y Provincias, asociación que ha desempeñado un papel decisivo en estos años y es de esperar lo siga desempeñando en el futuro. La lista de *agravios* del municipalismo era muy amplia, de los que mencionaremos algunos de los argumentos más significativos: El ciudadano no distingue entre el Estado y las otras Administraciones para formular sus demandas; por principio se dirige al Ayuntamiento, por ser la Administración más próxima; los Ayuntamientos atienden competencias que no son exclusivamente de su cometido y para las que no tienen recursos, las otras Administraciones, a veces encomiendan a los Ayuntamientos la gestión de competencias no previstas, tampoco acompañadas de las dotaciones presupuestarias correspondientes, o la expresión muy difundida de que *nadie que llama a la puerta de un Ayuntamiento se le cierra ésta*. La realidad es que les asistía toda la razón en sus quejas, pues oculto en un sentido coloquial se guardaba una palpable realidad, como lo demuestra la tabla de la evolución del reparto del Gasto Público entre las Administraciones españolas, ya que mientras que las Corporaciones locales manejaban sólo el 11,90% de dicho Gasto, cifra escasamente variada en veinte años, el Estado, que en 1979 administraba el 88 %, en 1996 era del 62,85% y las CC.AA. habían pasado a disponer del 24,73%, rompiéndose, como hemos indicado, el equilibrio formulado en los modelos de federalismo fiscal de 50, 25 y 25. Comparando esta situación con la de dos Estados descentralizados, Alemania y Estados Unidos, a los que recurrimos como ejemplo a seguir, encontramos que si el porcentaje de las Comunidades Autónomas españolas es análogo al de los Länder y Estados, por el contrario los entes locales asumen en Alemania el 17,24 % y en Estados Unidos el 24,4%.

Estas preocupaciones y demandas se manifestaron en la Asamblea General Extraordinaria de la FEMP celebrada en La Coruña los días 5 y 6 de noviembre de 1993, con el lema *La Administración más cercana*, tomando como punto de partida un documento elaborado por la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, ratificado y ampliado por las resoluciones de la Asamblea, que tenían la pretensión de:

...suscitar el consenso que permita alcanzar un verdadero Pacto Local entre las Corporaciones Locales, las Comunidades Autónomas y el Gobierno central, que comprometa a todos los grupos políticos con representación parlamentaria en la vida local, exigiendo la redistribución de recursos entre los distintos niveles de gobierno, valorando justamente las competencias y responsabilidades que asume cada uno de ellos.

56. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Administración única y Pacto Local", *REALA*, nº 271-271, Madrid, julio-diciembre 1996, pp. 567-580.

La ampliación de mayores competencias que reclamaban se referían a las siguientes materias: tráfico, seguridad vial, transportes, consumo, deportes, educación, empleo, juventud, medio ambiente, seguridad ciudadana, servicios sociales, urbanismo y vivienda. Comenzaba así un largo camino cuyo segundo hito fue la aprobación de una moción por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 23 de noviembre, respaldada por la práctica totalidad de los grupos políticos, en la que se instaba al gobierno a iniciar un diálogo entre las diversas fuerzas políticas y las Administraciones correspondientes, para realizar la definición del marco competencial, basado en el principio de subsidiariedad y dotado de financiación correspondiente. En definitiva, una gran acuerdo político a tres bandas con el propósito de equilibrar y conseguir el cierre del proceso de organización territorial del Estado.

Ahora bien este consenso no podía limitarse a las dos grandes fuerzas políticas mayoritarias, pues al ser las CC.AA. una de las tres piezas claves, había que ampliar el marco del acuerdo a otros grupos políticos. En este sentido, debemos hacer notar que la opción adoptada tuvo como consecuencia la bifurcación de la negociación del Pacto Local. Así el Estado se comprometía a adoptar las medidas necesarias para impulsar aquellas que incidiesen en la esfera de sus competencias, mientras que se postergaba para un momento posterior el desarrollo de las competencias autonómicas en materia de régimen local, atribuyendo la facultad negociadora a los partidos políticos, las instituciones autonómicas y los responsables políticos locales.

Lo anterior ha tenido como consecuencia que, si bien se han cumplido las reivindicaciones planteadas por la FEMP en relación a las facultades y competencias de régimen local atribuidas al Estado, a fines del siglo XX se abrieron diecisiete procesos de negociación de Pactos Locales entre CC.AA. y municipios (poderes locales); con lo cual la aspiración de concluir un Pacto de Estado en esta materia no ha tenido los resultados esperados. De hecho, ya son numerosas las CC.AA. que han sentados los bases para llegar a Pactos Locales de ámbito autonómico, como Galicia, La Rioja, Aragón o Castilla y León.

A partir de la Resolución aprobada en La Coruña en 1993, se elaboró un nuevo documento que recogía la opinión y las aportaciones de Profesores universitarios, Alcaldes, Presidentes de Diputación, miembros de las Comisiones de Trabajo y técnicos de la FEMP. El documento incidía en las demandas presentadas anteriormente, ampliando considerablemente los contenidos e introduciendo otros nuevos orientados a reforzar la autoridad de los Alcaldes en todos los ámbitos de la gestión municipal, destacando los aspectos referentes a la ordenación del tráfico urbano, seguridad ciudadana y en la actuación urbanística municipal, reclamando para los Ayuntamientos de las capitales de provincia y para los municipios mayores de 50.000 habitantes la capacidad para aprobar definitivamente los Planes Generales de Ordenación Urbana⁵⁷.

Las anteriores propuestas fueron aprobadas el 24 de septiembre de 1996 por la Comisión Ejecutiva de la FEMP en un documento sobre el Pacto Local, contenía la relación de competencias transferibles o delegables a la Administración local española y que fue remitido al Gobierno para su estudio y posterior decisión⁵⁸.

Las reformas propuestas por el Pacto Local, cuyo contenido estaba inicialmente concretado en el documento denominado *Medidas para el desarrollo del Gobierno Local*,

57. *Carta Local* n° 75, octubre de 1996, pp. 18 y 19.

58. Las relaciones de la Administración única en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Administración única y Pacto Local", *REALA*, n° 271-282, Madrid, julio-diciembre 1996, pp. 567-580

fue presentado por el Gobierno y aprobado por la Comisión Ejecutiva de la FEMP el 22 de abril de 1998⁵⁹, previo informe favorable de la Comisión nacional de Administración Local, fueron aprobados posteriormente por el Consejo de Ministros el 17 de julio de 1998, quien remitió los correspondientes proyectos de ley al Congreso de los Diputados, conteniendo las reformas necesarias y que entrarían definitivamente en vigor el 22 de abril de 1999.

El conjunto de medidas legislativas y administrativas inciden en una pléyade de materias directamente conectadas con el interés local. Entre ellas podemos citar la reforma y modificación de las siguientes leyes orgánicas: Tribunal Constitucional, Régimen Electoral General, Derecho a la Educación, Protección de la Seguridad Ciudadana, Derecho de Reunión y la LRBRL. Por su parte las medidas administrativas incidían en materia de Interior, Sanidad, Medio Ambiente, Justicia Economía y Hacienda⁶⁰.

Para cerrar la presente exposición, vamos a referirnos brevemente a uno de los aspectos, en nuestra opinión, más importantes introducidos por el Pacto Local, como es la posibilidad de acceso de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional, no sólo por ser una reivindicación de la doctrina desde la aprobación de la Constitución y la consagración de los municipios democráticos, sino también por ser uno de los principios garantizadores contenidos en la CEAL. A tales efectos hemos de recordar que desde 1996 se había abierto un intenso debate doctrinal protagonizado por diversos especialistas, Parejo, García Roca, Morell, Pérez Tremps, Font i Llovet., etc.⁶¹ en el que se manifiestan las distintas posibilidades de acceso al TC, por considerar insuficiente el mecanismo contemplado en los arts. 63 y 119 de la LRBRL para la protección de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Fruto de estos trabajos fue la elaboración de dos anteproyectos de Ley de reforma de la LOTC, uno que consagraba un conflicto indirecto frente a las Leyes del Estado y de las CC.AA. y otro, que preveía un conflicto directo contra normas básicas del Estado con rango de Ley o de Leyes de las Comunidades Autónomas que lesionaran la autonomía local. Después de ser sometidos ambos anteproyectos a dictamen del Consejo de

59. *Carta Local* nº 93, mayo de 1998, pp. 6 a 9. *La FEMP aprueba la tramitación de las reformas legislativas propuestas por el Gobierno*.

60. Además de la información sobre el desarrollo y vicisitudes del Pacto Local recogidas puntualmente en la *Revista de la FEMP, Carta Local*, y en *PACTO. El Pacto Local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local*. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid 1999, 294 p. con anexos. Además téngase en cuenta con carácter general: ARENILLA SAEZ, M., y CANALES ALIENDE, J.M., *Gobierno y Pacto Local*. MAP, Madrid 1999, 799 p. CALONGE, Antonio, ALLUE, Alfredo y GONZÁLEZ, Teodosio, *El Pacto Local de 1999. Medidas para el desarrollo del Gobierno Local*, Comares, Granada 2000.

61. GARCÍA ROCA, J., "Sobre las posibilidades de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional ¿Es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?" en *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1997, pp. 15 a 54. PÉREZ TREMP, Pablo, "Autonomía Local y Procesos constitucionales" en *Defensa... op. cit.* pp. 55-76. MORELL OCAÑA, Luis, "La autonomía local: cualidad de una colectividad o de una institución" en *Defensa... op. cit.* pp. 77-88. FONT I LLOVET, Tomás, "El recurso de protección constitucional de la autonomía local" en *Defensa... op. cit.*, pp. 89-122. PAREJO ALFONSO, L., "La protección jurídica de la autonomía local en el Derecho español" en *Defensa... op. cit.* pp. 123-139. Tempranamente SALAS, Javier, *La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, REALA, nº 245, Madrid, enero marzo 1990, pp. 9 a 22. GALOFRE, Jaume, "Notas sobre el acceso de los Municipios al Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 8 a 14. PARICIO, Eduard, "El acceso de las administraciones locales a la jurisdicción constitucional en el derecho español: especial consideración al recurso de amparo", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 31 a 42. BANDRÉS, J.M., "Las cuestiones de inconstitucionalidad en defensa del principio de Autonomía Local instadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 57-66. FERNÁNDEZ CORONADO, Myriam, LEAL, Isaura y BRUN, Gonzalo, "El acceso de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional: La propuesta de la FEMP", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 67-72.

Estado de 18 de junio de 1998, el gobierno optó por la fórmula del conflicto directo, cristalizado en la Ley Orgánica 7/1999 de 21 de abril de reforma de la LO 2/1979 del TC.

Una última cuestión, que ha corroborado el buen camino que están recorriendo los procesos del municipalismo español, se ha producido al aprobar el Pleno del Senado el 11 de octubre de 2000 una Reforma del Reglamento de la Cámara para constituir una comisión permanente, con carácter no legislativa, de Entidades Locales.

La iniciativa partió, una vez más, de la Federación Española de Municipios y Provincias, que acordó en su Comisión Ejecutiva, con el apoyo del Consejo Federal, elevar una petición a los grupos parlamentarios para que la Comisión de Entidades Locales tuviera la misma jerarquía y dimensión que la Comisión General de Comunidades Autónomas y no estuviese supeditada a ella. Esta nueva Comisión senatorial, será el marco para debatir los temas que afecten a las cuestiones básicas y generales relacionadas con la Administración local y estarán representados todos los Alcaldes y electos de Entidades locales⁶².

Estas reflexiones tocan a su fin y aunque la Administración local española aún tiene por delante un largo camino que recorrer, en los años transcurridos, se ha pasado de la negación e ignorancia de los principios de la descentralización y la autonomía local, a su reconocimiento constitucional y a la articulación de diversas medidas que faciliten su garantía. Por ello hemos de contemplar con moderado optimismo el futuro de la Administración local en España, que pasa en la actualidad por la efectividad del Pacto Local con las CC.AA en todo su contenido. Una vez más en la observación puntual de los principios de solidaridad y subsidiariedad está la clave para conseguir el objetivo finalista de la Administración local de nuestros días: satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

62. La propuesta se aprobó incluyendo una enmienda transaccional formulada por la Entesa Catalana de Progrés en los siguientes términos: *Las Comisiones Permanentes legislativas y no legislativas realizarán sus funciones sin perjuicio de las competencias asignadas a la Comisión General de Comunidades Autónomas, Carta Local, nº 120, noviembre 2000, pp. 12 y 13.*

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Profesor de la Universidad de la Coruña
España

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados compuestos como el español se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de determinados espacios territoriales que disfrutan de autogobierno y autoadministración en un marco de integración, cooperación y lealtad institucional. El Gobierno de España, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, y los gobiernos de los diferentes Entes locales son gobiernos democráticos, elegidos por los ciudadanos, que se caracterizan por su autonomía para la realización de políticas públicas propias en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los gobiernos se legitiman, podríamos decir, en la medida en que asumen efectivamente un compromiso creciente con los problemas reales de la gente. Siendo esto así, como lo es, no es menos cierto que cada vez, según la común opinión de politólogos y administrativistas, los Gobiernos nacionales, y en cierta medida también los regionales o autonómicos, cada vez deben circunscribir sus políticas a la orientación general, a la planificación estratégica o, si se quiere, al establecimiento de las bases, o el común denominador, que hagan posible la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos humanos por todos los españoles, con independencia del lugar de España en que residan.

Por otra parte, si bien, las Comunidades Autónomas están llamadas, por su inserción en el esquema descentralizador, a elaborar igualmente políticas públicas de ámbito supramunicipal, no debemos olvidar que deben, y así ocurre afortunadamente, dedicar una parte sustancial de sus recursos materiales y medios humanos a actividades de pura gestión o ejecución. Pero es, sin embargo, el espacio local el espacio de la gestión por autonomasia. Además, por su cercanía a la gente, el espacio local se nos presenta también como un espacio muy adecuado para las experiencias participativas, así como para las reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas. En este sentido, hasta podría decirse sin exageración alguna, que el espacio local es un permanente laboratorio democrático en el que el pluralismo y la participación, si hay voluntad política, resplandecerán permanentemente. Y no digamos la posibilidad de hacer buena esa reflexión tan atinada de que la Administración pública, en una democracia, es de la gente, de los vecinos.

Quizás por éstas, entre otras razones, en todo el mundo hay una vuelta a lo local. Una vuelta a lo local, me parece, desde posiciones moderadas y equilibradas. Es decir, desde el pensamiento compatible y dinámico, desde la aceptación de la realidad y, si se quiere, desde postulados reformistas.

En los últimos tiempos es relativamente frecuente encontrarse con una pluralidad de iniciativas, aproximaciones, reflexiones y propuestas encaminadas todas ellas, en su

conjunto, a replantear las relaciones que deben regir la posición respectiva de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales y aún quizás a replantear la posición del sistema local en el conjunto del ordenamiento autonómico del Estado. Se trata, en definitiva de cuestiones muy relacionadas con el llamado, en España, Pacto Local.

A ello ayuda también la revalorización operativa de la vida local en el espacio europeo, en el cual se comprueba el paulatino aumento de la actuación externa de los entes locales, dirigida a los más diversos sectores materiales, con el objetivo de mejorar la calidad de vida. Las funciones que, en el ámbito europeo, son realizadas por los Entes locales afectan a materias tales como la seguridad pública, la prestación de nuevos servicios asistenciales, funciones de ordenación y planificación urbanística, de promoción y dinamización social, fijación de programas de medio ambiente, promoción económica del territorio y fomento de la ocupación. De lo que se trata, en definitiva, como ha señalado el Presidente del Gobierno José María Aznar, es de la necesidad de que, en un país tan descentralizado como España en favor de Autonomías y Ayuntamientos, se alcancen mejores equilibrios territoriales, para lo que se considera razonable y conveniente la consecución del pacto local, una vez que, como es fácilmente comprobable, el Estado Autonómico ha entrado en fase de consolidación.

Después de la importante descentralización operada por el Estado a las Comunidades Autónomas podemos considerar que ha llegado el momento de la Administración local, ya que, el proceso de descentralización que trae consigo la puesta en marcha de la llamada Administración Común no debe detenerse en el escalón autonómico, sino que debe plasmarse en el ámbito local, para así conseguir una efectiva realización del principio de subsidiariedad.

La potenciación de los entes locales va ligada al principio de subsidiariedad, en virtud del cual la prestación de los servicios públicos debe llevarse a cabo por la Administración pública que se encuentre en mejores condiciones para ello y sea más próxima al ciudadano, de manera que el nivel político-administrativo superior actuará solo cuando la acción del inferior resulte insatisfactoria o ineficaz. Todo ello determina la necesidad de abordar de un modo global la redefinición del papel de las entidades locales en un Estado compuesto pues, si bien debe profundizarse en el principio descentralizador hacia las Comunidades Autónomas, es igualmente necesario el desarrollo de este principio respecto a las entidades locales en la medida en que el equilibrio y la lealtad al sistema así nos lo demanda.

Ahora bien, no debe olvidarse que el pacto local no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr de un modo definitivo situar en su lugar adecuado el nivel local. Además es preciso recalcar que el pacto local debe tener una dimensión finalista, es decir, debe estar dirigido a una mayor proximidad y mejor gobernabilidad en favor de los ciudadanos. El pacto local debe ser también un instrumento para modificar la cultura político administrativo local, reforzar de los valores añadidos de la eficacia, eficacia, legitimación, transparencia, responsabilidad y participación democráticas, así como para la mejora de la gestión y de las políticas públicas locales.

Lo cierto es que ya llegó el momento de que se posibilite que los Entes Locales ocupen un lugar en el contexto organizativo, institucional y competencial acorde con sus capacidades y en función de esa cercanía al ciudadano, origen y destino de toda mejora territorial. Por eso, el pacto local beneficiará al conjunto del Estado, que contará con unas entidades locales ágiles y eficaces, incardinadas plenamente en el contexto estatal y de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

Con el título, desde el inicio de la década de los ochenta el sector público español ha experimentado un fuerte proceso descentralizador motivado, fundamentalmente, por el establecimiento de las Comunidades Autónomas.

Esto es especialmente relevante si se compara el peso relativo del nivel de gasto de los tres niveles territoriales -Estado, comunidades Autónomas y Corporaciones Locales- en 1981, año en el que la proporción era 87,3%, 2,9% y 9,7% respectivamente, y en 1996, en el que el reparto es 59,48%, 26,91% y 13,61%.

Sin embargo, es fácilmente comprobable que el nivel local de gobierno no ha incrementado prácticamente su peso en los últimos años, lo que ha provocado que la importancia relativa de nuestros gobiernos locales esté todavía lejos de los niveles alcanzados en otros países con tres niveles de gobierno y de larga tradición federal como Alemania, Canadá, Austria, USA o Suiza. En estos países la media del gasto público local respecto al total del gasto público se sitúa en cotas superiores al 20%, por lo que parece necesario, si se quiere sentar las bases para el desarrollo del nivel local y dada la situación descrita, impulsar una descentralización de gastos desde el nivel autonómico al local.

Así pues, la mayor proximidad de los Municipios a los intereses ciudadanos tendría que proyectarse en una descentralización de funciones y competencias en favor de las Entidades Locales, extrayendo en su plenitud las posibilidades de delegación de competencias estatales o autonómicas en su favor y abordando, si ello fuera preciso, las reformas legales necesarias para alcanzar ese objetivo. El objetivo general en este ámbito es pues, el reforzamiento de los Entes Locales, de forma que puedan asumir el protagonismo que les corresponda en todas las materias susceptibles de gestión en el orden local. Ello plantea la necesidad de seguir trabajando en el Pacto local, Pacto de carácter político y territorial, que permite abordar de un modo lógico, claro y de forma conjunta el futuro, las competencias y la posición de las Entidades Locales y que ha de basarse en una serie de principios, entre los que pueden citarse: la autonomía en la gestión de los intereses propios, la subsidiariedad, la descentralización y el acercamiento de la gestión, la eficacia en el desempeño de la función, la eliminación de duplicidades y la cooperación y coordinación ejecutivas.

Asimismo es de gran interés, al tratar del principio de subsidiariedad y su relación con las Entidades Locales, hacer referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local.

Elaborada en el marco del Consejo de Europa, y ratificada por nuestro país el 20 de enero de 1988, su trascendencia es innegable, puesto que se trata de un texto normativo incorporado a nuestro derecho interno y por tanto, plenamente invocable ante los Tribunales de Justicia españoles. Esta invocabilidad es, precisamente, una de las características que le otorga mayor actualidad y justifica que le dediquemos nuestra atención.

Entre los principios que la Carta Europea de la Autonomía Local consagra, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de los recursos, la preferencia de subvenciones y el libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Pero, en definitiva, lo que la Carta nos viene a decir es que las Entidades Locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes y, que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Ello viene a suponer, en definitiva, la asunción de competencias propias sobre la parte importante de los asuntos públicos y la financiación suficiente para ejercerlos.

En la carta se parte directamente de dos principios: uno, que ya ha sido mencionado anteriormente, el de subsidiariedad y otro, el de proximidad, la cercanía a los ciudadanos como criterio de atribución competencial. Así se expresa en el punto primero del apartado tercero del artículo cuarto de la Carta, al establecer que:

El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos.

Al mismo tiempo, el mismo apartado tercero en su punto segundo exige que:

La atribución de una responsabilidad a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

A lo anterior se añaden otros tres elementos normativos. De una parte, la potestad reglamentaria se realiza según el artículo 3 de la Carta *en el marco de la Ley*. De otra, la libertad de los Entes Locales para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local.

La Carta afirma el principio de autogobierno, al establecer el ya citado artículo 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local bajo su propia responsabilidad. Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los entes locales.

Hay otro aspecto de la Carta Europea que no podemos dejar de destacar por la conexión que se está produciendo últimamente entre el principio de subsidiariedad y el problema del déficit democrático de las Instituciones de la Unión Europea. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el Preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos como cuna de la democracia: “La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización”.

Esta reflexión parte esencialmente del principio democrático, desde la perspectiva de posibilitar que los ciudadanos se sientan representados con la máxima intensidad posible en las decisiones que les afectan. De aquí la preferencia por la autoridad representativa más próxima, que sólo debe quedar desplazada cuando los efectos benéficos de una autoridad superior compense la pérdida de integración democrática.

II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN

El local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés político, lo cual no es extraño si se piensa que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos y aquellas que el ciudadano conoce más directamente. Además, esto responde seguramente a varios factores, entre los que destacan tanto la capacidad de gestión y respuesta innovadora a las demandas sociales como la receptividad y el trato cercano a los ciudadanos.

El nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social; de ahí la importancia de fomentar mecanismos de participa-

ción, la mejora de la información, la eficacia de la actuación pública y la atención a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

A este respecto, se trata de que los ayuntamientos se configuren como abiertos a la participación, ya que en el diseño institucional de los gobiernos locales cobra creciente importancia la institucionalización de mecanismos de participación y concertación ciudadanas, una de las funciones mediáticas más importantes para el gobierno local.

Ha de significarse además que la participación ciudadana no solamente se produce a través del voto, sino también a través de la presentación de candidatos, la provisión de numerosos cargos públicos de representación, la participación en un variado tipo de comisiones..etc. En definitiva, el nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social, ya que en este nivel, se fomentan los mecanismos dirigidos a la mejor información de la Administración, a la eficacia de una actuación pública sensible a las demandas populares y a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

Los municipios han de servir para incorporar fórmulas innovadoras de refuerzo de la participación política, a través de mecanismos consultivos, del derecho de petición, de consejos de participación, mecanismos todos ellos que acercan la administración y el gobierno a los ciudadanos.

Esto es así porque lo local constituye el contrapeso político necesario a la globalización a la que estamos asistiendo hoy en día. La conservación de la identidad local es una necesidad esencial en este mundo globalizado como contrapeso a los procesos de pérdida de identidad y de alejamiento de las instancias de decisión económicas y políticas de los ciudadanos.

Por otro lado, la participación ha de ser una forma de lograr una mayor integración y cohesión sociales y servir como escuela de ciudadanía, profundizando la democracia para hacerla no sólo formal y representativa, sino también real y participativa, evitando la apatía y el individualismo.

El objetivo en este terreno ha de ser doble: acercar los poderes locales a los ciudadanos y utilizar la participación como vía para su legitimación, ya que, la legitimación de los gobiernos locales presenta hoy la necesidad de eficiencia y eficacia en su actuación así como evaluación participativa. La democracia representativa consiste no sólo, como acabo de mencionar, en participar en las elecciones a través del voto sino también en los procesos de deliberación y en la implementación, evaluación y gestión de las políticas públicas. La democracia, y más en el ámbito local, no es sólo votar, sino deliberar, discutir, valorar.

Este conjunto de realidades ha de conducirnos hacia un nuevo modo de funcionamiento de los gobiernos locales que podría ser caracterizado por las notas siguientes: posburocrático, descentralizado y desconcentrado, de calidad, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado hacia los resultados y al servicio del público, considerado como ciudadano.

Esta potenciación de la vida local ha permitir entre otras cosas una mayor participación y representación sobre todo a través de nuevos cauces, destacándose especialmente que la participación es un estilo de gobernar diferente y que implica un desarrollo de la tarea educadora de la ciudadanía local y de su cultura cívica.

Del mismo modo, y vinculado con lo anterior, tampoco podemos olvidar que los Ayuntamientos son las organizaciones prestacionales de base territorial más próximas a

los ciudadanos y al mismo tiempo se encuentran en una situación privilegiada para detectar y actuar sobre sus necesidades.

También, hay que tener presente la revalorización operativa de la vida local en el espacio europeo, en el cual se comprueba el paulatino aumento de la actuación externa de los entes locales, dirigida a los más diversos sectores materiales, con el objetivo de mejorar la calidad de vida. Las funciones que, en el ámbito europeo, son realizadas por los entes locales de base afectan a materias tales como la seguridad pública, la prestación de nuevos servicios asistenciales, funciones de ordenación y planificación urbanística, de promoción y dinamización social, fijación de programas de medio ambiente, promoción económica del territorio y fomento de la ocupación. Estos servicios se prestan en la ciudad, donde concurren servicios prestados, por cada una de las Administraciones públicas y en donde los ciudadanos han de exigir que los llamados mínimos esenciales se presten sin ningún tipo de excusa

Por eso, las Administraciones locales han ido aumentando su esfera de actuación en un proceso paralelo, aunque no proporcional, al aumento del sector público en las sociedades avanzadas. Se observa, con diferencias importantes según países, la combinación de diversas funciones o roles, entre los que destacan la función de seguridad -policía local, bomberos,- la provisión de servicios -transporte, servicios sociales, salud, limpieza, etc.,- la función de ordenación y planificación -urbanística, de redes de servicios de suministro de agua, gas, electricidad, residuos, etc y una función de promoción y dinamización social. Los programas relacionados con el medio ambiente, con la promoción económica del territorio o de fomento de la ocupación están creciendo en el marco de la acción social.

En la actualidad, se entiende en primer lugar no tanto a la sola prestación de bienes y servicios públicos, sino a un papel más directo, impulsor, y coordinador con la iniciativa privada, a la primacía de la consideración del entorno y de la realidad de las prestaciones buscando para ello los medios de gestión más eficaces y eficientes; y, en segundo término, hacia políticas socioculturales, con la finalidad de lograr la integración social, además del desarrollo económico y social.

En nuestro país, el artículo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local consagra ya la idea de la necesaria organización de los poderes públicos en base al principio de proximidad al ciudadano, cuando señala que se deberá atribuir competencias a los entes locales en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

Debe buscarse la permanente conexión con el ciudadano con el objetivo de por un lado, tener el permanente conocimiento de lo que demandan los ciudadanos en cada momento y por otro, operar como un canal permanente de información al ciudadano, cara a aproximar al mismo la Administración local e incrementar la calidad de los servicios que prestan los entes locales.

III. SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El entorno del gobierno local se ha modificado notablemente en estos últimos años. Han surgido nuevos fenómenos que demandan respuestas creativas e innovadoras ya que existen numerosos factores que presionan para que las Administraciones públicas

cambien. Quisiera destacar algunos factores que evidencian esta necesidad de cambio en el modelo de Administración pública y de gobierno municipal.

En primer lugar, la influencia de los factores económicos, ya que actualmente pide a todas las Administraciones públicas y no a las locales que trabajen mejor y cuesten menos; asimismo, el impacto de las investigaciones tecnológicas, ya que la ciudadanía confía en que éstas ayuden a resolver algunos de los problemas endémicos del sector público. En concreto, en materia de Administración pública se trata de iniciar un proceso de simplificación de los trámites administrativos y de simplificación de las estructuras caracterizado por la reducción de la burocracia, la atención rápida y profesional y el incremento de la calidad y la cantidad de información que se proporciona a los ciudadanos. Se apuesta por la calidad en el servicio, a través de las Cartas de Servicios Públicos y de la profesionalización de los empleados públicos así como de la plena utilización de las posibilidades que ofrecen estas nuevas tecnologías (ventanilla única, Internet, proyecto CERES, etc.).

Asimismo, como ya he señalado antes, a pesar de los fenómenos globalizadores a los que estamos asistiendo, el escalón local se convierte en una instancia clave para el desarrollo de la actividad económica, el bienestar social o para crear un nuevo consenso político y promover la aparición de una nueva dimensión de la política, ya que se trata del ámbito donde mejor puede garantizarse la calidad de vida de los ciudadanos y donde también se dilucidan importantes inversiones económicas que resultan trascendentes para el desarrollo del municipio.

Por otra parte, tampoco ha de olvidarse que la percepción que la ciudadanía tiene de sus Administraciones públicas no es todo lo buena que sería deseable. Hay una creciente desconfianza de los ciudadanos con su Administración aunque la gente realmente no deja de valorar como misión fundamental de las Administraciones Públicas la de servir a los ciudadanos de la manera más eficaz y con el uso más eficiente posible de los recursos.

Así pues, a mi juicio, los tres retos principales que las Administraciones locales habrán de abordar son los siguientes: proximidad a los ciudadanos, consecución de la igualdad y la solidaridad e innovación dentro de la cooperación y la colaboración con otras entidades públicas y privadas.

En esta línea hay que reconocer que el gobierno local, por encima de competencias reguladoras aún relevantes como la urbanística (ampliamente discutida por las instancias regionales), se caracteriza por la prestación de servicios. Servicios que, como hemos ya mencionado, son de carácter diario, directo y de base local. Son, por tanto, servicios que se prestan cotidianamente a tal o cual persona específica. Recordemos asimismo que se trata de servicios muy divisibles y que presentan grandes variaciones en la demanda. Variaciones que pueden ser de carácter personal, o pueden ser de calle, barrio o núcleo de población.

Otra característica igualmente importante es el fuerte nivel de relación directa que existe a nivel local entre el ente prestador del servicio y el usuario. Esta circunstancia plantea la necesidad de individualizar el servicio, alejándose de los ámbitos más universales e indiferentes de prestación centralizada. Las Administraciones locales difícilmente pueden mantener en vigor los esquemas weberianos de anonimato, indiferencia y despersonalización que se asumen, en ocasiones, en servicios centrales. Al mismo tiempo, y debido a esos factores, la misma periferia del gobierno local, los distintos servicios, tienen tendencias centrífugas, dejándose llevar más por la lógica del servicio en-

comendado, o del territorio o clientela a servir que por la lógica central que postula la coherencia de sus decisiones y su transitoriedad territorial y de servicio a servicio.

Por otro lado, el gobierno local aparece como aquella instancia de gobierno que asume el trabajo menos brillante del sistema en el sentido de que su labor es menos relevante, aparentemente, que la del Ejecutivo central (política exterior, etc.,...), o la de los Gobiernos autonómicos (política universitaria, etc.), sino que su preocupación está en las aceras, en el tráfico de las calles o en la recogida de basuras. Se hace directamente responsable al gobierno local de esos cometidos, mientras en tareas *macro* de otros niveles de gobierno, la responsabilidad es más difusa o no existe.

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. El principio de subsidiariedad

La Administración Única, implica, es claro, una aplicación del principio de subsidiariedad, principio del que se ha dicho que no es más que una palabra larga para resumir dos ideas simples: que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate; y que el Gobierno, de cualquier clase, debe completar, no sustituir, la acción de los individuos y de los cuerpos intermedios.

El principio de subsidiariedad, pues, está en la entraña del Estado Social y Democrático de Derecho y confirma la idea de que el Estado, los Poderes Públicos, existen para servir al ciudadano y no el ciudadano para el Estado. Además y ello es importante, ese servicio debe prestarse de la forma más eficaz y por quien sea más eficaz, precisamente para conseguir calidad en el servicio a los ciudadanos.

La subsidiariedad postula que, en principio, la ordenación política administrativa y los correspondientes ordenamientos jurídicos se construyan de abajo arriba, resolviendo en cada nivel cuanto sea posible, lo más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes.

En el fondo, como es sabido, el fundamento del principio de subsidiariedad es la satisfacción del bien común, la consecución de las necesidades colectivas, lo que justifica que su tutela, gestión y promoción se encuentre en las instancias más próximas a los ciudadanos.

En especial, vamos a centrar nuestra atención en esa segunda dimensión de la subsidiariedad que se refiere a que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate.

2. La subsidiariedad en el derecho local

Nuestro ordenamiento jurídico contiene principios aplicables al régimen jurídico de los entes locales que contienen rasgos comunes con el principio de subsidiariedad. Así, en el artículo 137 de la Constitución, aparece la idea de un estado descentralizado, que reserva a cada instancia territorial un ámbito judicial delimitado por el respectivo interés. El artículo 140 incide en la misma idea reseñada asignando el gobierno y la admi-

nistración municipal a los Ayuntamientos. En el art. 2 LRBRL aparece ya la idea de la necesaria organización de los poderes públicos en base al principio de proximidad al ciudadano, cuando señala que se deberá atribuir competencias a los entes locales “en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Por su parte, el art. 28, donde se regulan las actividades complementarias de los municipios, concibe determinadas materias como áreas en donde siempre cabe un desarrollo más detallado en el ámbito local.

Otro caso de aplicación clara de la subsidiariedad como reserva de un espacio competencial a la instancia inferior, pese a la aparición de entes superiores, lo encontramos en el art. 43.4 LRBRL cuando impide que la creación de comarcas pueda suponer la pérdida de las competencias municipales para prestar los servicios esenciales señalados en el art. 26 o la privación de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el art. 25.2

Asimismo es de gran interés, al tratar del principio de subsidiariedad y su relación con las Entidades Locales, hacer referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local.

Elaborada en el marco del Consejo de Europa, y ratificada por nuestro país el 20 de enero de 1988, su trascendencia es innegable, puesto que se trata de un texto normativo incorporado a nuestro derecho interno y por tanto, plenamente invocable ante los Tribunales de Justicia españoles. Esta invocabilidad es, precisamente, una de las características que le otorga mayor actualidad y justifica que le dediquemos nuestra atención.

Entre los principios que la Carta Europea de la Autonomía Local consagra, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de los recursos, la preferencia de subvenciones y el libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Pero, en definitiva, lo que la Carta nos viene a decir es que las Entidades Locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes y, que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Ello viene a suponer, en definitiva, la asunción de competencias propias sobre la parte importante de los asuntos públicos y la financiación suficiente para ejercitarlos.

En la carta se parte directamente de dos principios: uno, que ya ha sido mencionado anteriormente, el de subsidiariedad y otro, el de proximidad, la cercanía a los ciudadanos como criterio de atribución competencial. Así se expresa en el punto primero del apartado tercero del artículo cuarto de la Carta, al establecer que:

El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos.

Al mismo tiempo, el mismo apartado tercero en su punto segundo exige que:

La atribución de una responsabilidad a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

A lo anterior se añaden otros tres elementos normativos. De una parte, la potestad reglamentaria se realiza según el artículo 3 de la Carta *en el marco de la Ley*. De otra, la libertad de los Entes Locales para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local.

La Carta afirma el principio de autogobierno, al establecer el ya citado artículo 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local bajo su propia responsabilidad. Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los entes locales.

Hay otro aspecto de la Carta Europea que no podemos dejar de mencionar por la conexión que se está produciendo últimamente entre el principio de subsidiariedad y el problema del déficit democrático de las Instituciones de la Unión Europea. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el Preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos como cuna de la democracia: “La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización”.

Esta reflexión parte esencialmente del principio democrático, desde la perspectiva de posibilitar que los ciudadanos se sientan representados con la máxima intensidad posible en las decisiones que les afectan. De aquí la preferencia por la autoridad representativa más próxima, que sólo debe quedar desplazada cuando los efectos benéficos de una autoridad superior compense la pérdida de integración democrática.

Asimismo, la propia Carta recoge, como no podía ser de otra forma, el principio de subsidiariedad al contemplar la proximidad a los ciudadanos como criterio de atribución competencial, estableciendo que el ejercicio de las competencias públicas debe de modo general incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Se trata, así, de acercar la Administración al ciudadano. Algo que aquí, en España, se ha dado en llamar la Administración Única.

La Administración Única exige necesariamente que sean los Entes Locales los que presten un mayor número de servicios y operen una elevada carga administrativa. La doctrina de la Administración Única supone, pues, un claro reforzamiento del ente titular de competencias en su propia demarcación territorial, lo cual debe propiciar un mayor protagonismo de Ayuntamientos, Cabildos, Consejos y Diputaciones en el ejercicio de las competencias sobre su propio territorio.

De lo anterior se sigue que la Administración Única no es incompatible con la función que la Constitución asigna a las Corporaciones Locales. Muy al contrario, ya que el proceso de redistribución de competencias no se completaría si no se produjese un proceso paralelo de desconcentración de competencias de la Administración Autonómica hacia las Administraciones Locales, en todos aquellos servicios en que su prestación por estos entes redundara en un mejor servicio al ciudadano, que es en definitiva la pieza clave del sistema en función del cual debe reorientarse todo el aparato administrativo.

Es importante señalar, en este punto de la exposición, que la doctrina de la Administración Única parte de un dato capital: el mejor servicio al ciudadano. Es una propuesta que permite pensar en una nueva manera de administrar, más pendiente de la persona y de sus derechos fundamentales que de la propia problemática organizativa. Se trata, en definitiva, de dar un paso más en esa eterna lucha por hacer una Administración Pública más humana, más pendiente del hombre concreto; siempre teniendo presente que un sistema social es tanto más valioso cuanto más se valgan las autoridades centrales y regionales de las locales.

Siendo ello así, al haberse producido en España un proceso de distribución territorial del poder con el desarrollo del fenómeno autonómico, resulta necesario que se reconoz-

ca, en esta estructuración del reparto del poder político establecido por la Constitución, un lógico protagonismo de las Entidades Locales.

Sin embargo, durante mucho tiempo se ha prestado una atención más que prioritaria a la descentralización de competencias del Estado hacia las Comunidades Autónomas, con un cierto olvido de las Entidades Locales.

Es cierto, como es bien sabido, que la Constitución no ha establecido un listado de materias sobre las que los Entes Locales ejerzan sus competencias; pero también es posible -y deseable- que se ponga en marcha, una vez que el contenido propio de las autonomías este bien definido, una auténtica descentralización hacia los Entes Locales, habida cuenta que es habitualmente el legislador sectorial autonómico quien tiene la última palabra sobre la funcionalidad competencial de los Entes Locales.

Especial relevancia adquiere en este aspecto el papel del segundo escalón de la Administración Local, de la autonomía local. La Administración Única, no lo olvidemos, no se agota en el escalón autonómico, sino que debe continuar en el ámbito local.

V. CUESTIONES COMPETENCIALES

La realidad competencial de los entes locales es criticable por la existencia de un cierto descontrol en la realización de actuaciones, atendiéndose a auténticas *modas*. Así a comienzos de los años 90, ha sido muy frecuente la eclosión de patronatos y empresas municipales, mediante la utilización de distintas tipologías societarias, que se han realizado sin estudios serios económicos, de gestión y financieros, para poder desarrollar las actividades que se pretendían, lo que ha provocado que gran número de ellas sean prácticamente inoperativas, todo ello bajo la pretendida huida del Derecho Administrativo.

También podemos hablar de las tendencias de las Corporaciones Locales de asumir cada vez mayor nivel competencial en aras a la actividad positiva de generación de empleo, fomento de la economía, y desarrollo socio-económico de la población, lo que supone un salto cualitativo respecto a una visión tradicional y arcaica de los entes locales como embalses estancados de competencias no productivas. Sin duda, el desarrollo competencial de los entes locales debe pasar por el fenómeno del asociacionismo, como hemos visto con anterioridad, otorgando un papel importante a las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipio, reflexionando sobre el papel de la provincia como instancia garantizadora de los servicios en los pequeños municipios.

Hay que recordar que desde el propio Parlamento se ha instado a la redefinición del marco competencial en base al principio de subsidiariedad; en este sentido el significado del pacto local es, pues, dar respuesta a la insuficiencia de los instrumentos jurídicos para definir positivamente y hacer eficaz el contenido competencial concreto que la autonomía local reclama para la gestión de los intereses propios.

A este respecto, la situación actual de las competencias de los Entes Locales ha motivado que por diversos sectores se haya apuntado una progresiva pérdida del papel que deben desempeñar las Corporaciones Locales en el conjunto del Estado autonómico, con la consiguiente disminución de su poder de iniciativa y de respuesta, cuya causa puede encontrarse en una cierta cultura política imperante en las instituciones territoriales superiores, Comunidades Autónomas y Administración General del Estado, que no se han conducido con el dinamismo necesario para dar satisfacción al autogobierno de los intereses locales.

El Gobierno aprobó el 17 de julio de 1998 el conjunto del paquete de medidas conocido como Pacto Local. Este pacto fue el resultado de un amplio consenso con las fuerzas políticas con representación parlamentaria y con la FEMP. Este esfuerzo ha significado la reforma de tres Leyes orgánicas y cinco Leyes ordinarias.

El Pacto así establecido se compone de 4 grandes medidas: fortalecimiento de la democracia local, gobierno local, defensa de la autonomía local y las de carácter técnico, así como un pacto para evitar el transfuguismo en las Corporaciones Locales.

Las medidas destinadas al fortalecimiento de la democracia local, incluidas en la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, introducen el automatismo en la convocatoria de los plenos, en los que se presenta una moción de censura, así como la cuestión de confianza ligada a la aprobación de determinados acuerdos como los presupuestos, reglamento orgánico, planteamiento urbanístico u ordenanzas fiscales.

Las medidas para fortalecer el gobierno local, introducidas en la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local, consagran una mayor racionalización en el funcionamiento de las corporaciones, atribuyendo al alcalde las funciones ejecutivas que tenía encomendadas el pleno, el cual ve fortalecidas sus funciones de control político.

En materia de defensa de la autonomía local, se articula, por primera vez, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el acceso directo de los Entes Locales al mismo en defensa de la autonomía que tiene constitucionalmente garantizada. Esta facilitará que el alto tribunal, a través de su jurisprudencia vaya dando concreto contenido al concepto de garantía institucional de autonomía local.

Asimismo, se incorpora la representación local en organismos de asesoramiento y planificación del Estado y su participación en procesos que les afecten directamente en cuestiones de su interés, al permitir que manifiesten su opinión en aspectos como las manifestaciones, el uso del dominio público o la elaboración de planes y programas de obras públicas de interés general.

Otro de los aspectos importantes del Pacto Local es el código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales. Estas reglas implican que los partidos firmantes del acuerdo renuncian a beneficiarse de iniciativas que provengan de tráfugas y adoptarán medidas de carácter normativo que tiendan a potenciar la función de los grupos políticos anulando los beneficios para quienes alteren la representación política de manera poco ética.

VI. DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES

Respecto a la posición de los poderes locales, uno de los mayores problemas es la complejidad administrativa y la estructura competencial. El proceso de descentralización observado a nivel internacional -con la posible excepción actual del Reino Unido- ha supuesto la aparición o el reconocimiento de administraciones regionales. Este proceso positivo de descentralización y, por tanto de acercamiento de los poderes públicos al territorio y al ciudadano, supone problemas de competencias y funciones. El desarrollo regional pone en marcha a menudo mecanismos de centralización interna, con asunción de competencias locales y reducción, por tanto, del espacio del gobierno local. Pero la situación también es aquí diferente, por cuanto en algunos países las regiones o niveles de administración similares son considerados parte de la administración local (Francia, Reino Unido).

Los procesos de descentralización observados en la mayoría de los países, que convierten esta descentralización en una característica de nuestro tiempo, conllevan también problemas comunes de solapamiento de competencias, de duplicación a veces de los servicios y, lo que es más importante, de lagunas en la resolución de ciertos problemas.

La complejidad de las sociedades actuales hace lógica una relativa complejidad y una pluralidad de Administraciones públicas que operan en el territorio. Lo importante es saber convertir esta complejidad en un sistema eficaz de resolución de los problemas de los ciudadanos. Un reto del futuro inmediato será el de tratar mecanismos de cooperación que, mediante técnicas de negociación y contrato, permita una mayor eficacia y eficiencia pública, a la vez que garanticen el principio de responsabilidad. La complejidad no ha de impedir identificar claramente las administraciones responsables en cada caso, garantizando la seguridad jurídica y la transparencia frente a los ciudadanos.

La actuación de los poderes locales es incuestionable en su ámbito territorial, pero en dicha área intervienen también otras administraciones, bien directamente o bien de forma indirecta a través de decisiones normativas que afectan a los municipios. En el primer caso, la intervención directa, parece obvio reclamar la mejora de los mecanismos de coordinación operativa, que son todavía muy deficitarios. La administración del Estado y las administraciones regionales intervienen a menudo sobre el territorio sin la necesaria implicación del municipio.

Mientras que en el segundo caso, la de las decisiones que afectan indirectamente, sobre todo mediante leyes sectoriales, es necesario mejorar las posibilidades de participación del ámbito local en la toma de decisiones globales, en la planificación de los servicios y en la evaluación previa de sus consecuencias. No responde ya a la realidad actual de las Administraciones locales el hecho de ser consideradas como meras colaboradoras del Estado en la prestación de servicios de carácter menor. Los ayuntamientos tienen grandes ventajas para intervenir en los procesos de descentralización, ya que son el nivel más accesible y próximo a los ciudadanos, el más directamente vinculado a la vida cotidiana de las personas por lo que puede identificarse con mayor facilidad con las demandas colectivas. Además, las funciones de los ayuntamientos están asociadas a cuestiones básicas y es donde existe una posibilidad de ejercer un control más completo sobre los administradores públicos.

En el ámbito del Consejo de Europa, como ya se ha destacado, la Carta Europea de la Autonomía Local consagra el concepto de autonomía local, afirma el principio democrático que rige sus destinos, y reconoce la aplicación de la subsidiariedad o proximidad así como la autonomía y suficiencia financiera así como la protección legal de su autonomía.

Refiriéndonos al caso español, se ha planteado en los últimos años una revisión general de las competencias de las Entidades locales, incardinado en este proceso de fortalecimiento de poder local que encuentra su base en la Carta Europea de la Autonomía Local. Este proceso, como ya he señalado, ha de girar en torno a los siguientes principios.

-La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas únicamente deberán asumir aquellas competencias que no sea posible residenciar en la Administración Local.

-Debe permitirse a los Entes Locales la elaboración de políticas propias mediante el reconocimiento de potestad normativa. En este sentido, debe implantarse una interpretación flexible del principio constitucional de reserva de Ley aplicado a la Administración Local.

-La atribución de competencias no deben limitarse a funciones meramente ejecutivas. Además debe potenciarse la descentralización de funciones en perjuicio de la delegación y, en cualquier caso, deberán evitarse las restricciones que minoren la efectividad de la autonomía local.

-En aquellas Comunidades Autónomas donde no existan deberán constituirse Comisiones Autonómicas de Régimen Local, como mecanismo que permita a las Entidades Locales participar en los procesos de planificación y ordenación de los asuntos que les afecten.

Esta potenciación de los Entes locales va ligada a la idea de subsidiariedad, ya que la mayor proximidad de los Municipios a los intereses ciudadanos tendría que proyectarse en una descentralización de funciones y competencias en favor de las Entidades Locales, extrayendo en su plenitud las posibilidades de delegación de competencias estatales o autonómicas en su favor y abordando, si ello fuera preciso, las reformas legales necesarias para alcanzar ese objetivo.

Para alcanzar estos fines se planteó la necesidad de suscribir un Pacto, de carácter político y territorial, que permitiese abordar de un modo lógico, claro y de forma conjunta el futuro, las competencias y la posición de las Entidades Locales y que debería basarse en una serie de principios, entre los que pueden citarse: la autonomía en la gestión de los intereses propios, la subsidiariedad, la descentralización y el acercamiento de la gestión, la eficacia en el desempeño de la función, la eliminación de duplicidades y la cooperación y coordinación ejecutivas.

Bajo la rúbrica del Pacto Local se encuentra, realmente, un complejo proceso de redistribución territorial del poder, que afecta al conjunto de los Gobiernos públicos y de las Administraciones territoriales, complementario de la construcción del denominado Estado autonómico.

Un proceso de redistribución territorial que se guía por el principio de subsidiariedad o, si se prefiere denominarlo así -dado el grafismo del término- por el de proximidad, entendiendo como la atribución preferente de las responsabilidades públicas a las autoridades más cercanas a los ciudadanos, debiendo atenderse solamente a la amplitud o a la naturaleza de la tarea, así como a las necesidades de eficacia o economía, para apartarse de tal criterio atribuyéndolas a una autoridad de nivel territorial superior, como certeramente destaca la Carta Europea de la Autonomía Local.

Obviamente, el gran beneficiario de este segundo proceso descentralizador en la historia de la democracia española surgida de la transición política y de la Constitución de 1978 debe ser el poder local, que hasta ahora se había limitado a contemplar el surgimiento y la consolidación de ese novedoso y decisivo nivel de poder territorial constituido por las Comunidades Autónomas (que él mismo había contribuido a crear de forma también decisiva mediante el ejercicio de la iniciativa que a las Entidades locales confiere el título VIII de la Constitución), sin beneficiarse de forma significativa del proceso descentralizador que el Estado autonómico ha comportado. El objetivo es dotar a las corporaciones locales del marco legal de los medios y las competencias que les permitan ejercer un papel que es fundamental al servicio de la sociedad en su conjunto. Para ello, las entidades locales han de tener un papel clave el modelo de desarrollo territorial y han de ser capaces de explotar las potencialidades de las reformas legislativas recientemente aprobadas por el Parlamento.

Esta reforma encuentra su justificación en la previsión de un proceso de descentralización de funciones desde el Estado y, en su caso, desde las Comunidades Autónomas hacia las Entidades Locales obliga a mejorar previamente la capacidad de respuesta y efectividad de las instituciones locales, para asegurar el correcto desempeño de las nuevas competencias que se le confían. Con este fin, las Cortes Generales aprobaron el 21 de abril de 1999 el siguiente paquete de leyes:

-Ley Orgánica 7/1999, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

-Ley Orgánica 8/1999, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general.

-Ley Orgánica 9/1999, de modificación de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

-Ley Orgánica 10/1999, de modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la educación.

-Ley 10/1999, de modificación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

-Ley Orgánica 11/1999, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

En estas Leyes se acometía la reforma de diversos aspectos del régimen local, entre los que pueden citarse los siguientes: la defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional buscando fórmulas que, si bien en ningún caso supongan un acceso generalizado de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional, permitan a una mayoría cualificada de Municipios y Provincias afectadas defender la garantía institucional de la autonomía local frente a disposiciones estatales o autonómicas que lesionen de modo directo las competencias locales o atenten contra su autonomía. La gobernabilidad, con una nueva regulación de las mociones de censura en el ámbito local, introduciendo la convocatoria automática del Pleno que debe discutirla. Y, por último, la revisión de determinados elementos que contribuyan a la mejora del gobierno local, como la introducción de la cuestión de confianza vinculada a un proyecto concreto, la revisión de procedimientos revestidos de un carácter específicamente local o la distribución de competencias entre los órganos de gobierno, señaladamente entre el Alcalde y el Pleno de la Corporación.

En cualquier caso, debe reseñarse que con las últimas competencias transferidas a las Entidades Locales el Estado ha cerrado sus posibilidades de continuar alimentando la demanda de funciones de las provincias y los municipios. La consecución del pleno desarrollo del gobierno local y la definitiva implantación de la Administración Común, exigen la puesta en marcha por cada Comunidad Autónoma de procesos de trasferencias o delegaciones de algunas de sus competencias en los entes locales. Son los llamados Pactos locales Autonómicas. No obstante, es notorio que las Comunidades Autónomas han adoptado, como regla general, una actitud de manifiesto recelo a la cesión de competencias a los Entes Locales.

Lo hasta aquí señalado viene a demostrar la relevancia de la labor efectuada por el Estado para materializar su cuota de responsabilidad en la puesta en práctica del denominado Pacto Local. No cabe duda de que las reformas realizadas son de un extraordinario calado, y que a corto plazo se reflejarán en cambios profundos en el gobierno de nuestras Entidades locales y en su posición en el sistema de relaciones intergubernamentales. Responden, además, no a un conjunto inconexo de impulsos o estímulos, sino a un verdadero sistema coherente de los que las diferentes reformas legislativas no son más que manifestaciones parciales y concretas. El telón de fondo de todas ellas es el reforzamiento de la autonomía local, y ante el laconismo de nuestra Constitución en esta materia, la Carta Europea de la Autonomía Local se ha convertido -y se convertirá más en el futuro inmediato- en el verdadero referente ideológico, político y jurídico el proceso.

Pero la vida de nuestros Gobiernos locales continúa, y con ella la necesidad de realizar cambios permanentes en su regulación, y de dimensionar continuamente su posición en el conjunto de los Gobiernos públicos, por lo que la tarea no puede darse nunca por finalizada. En este sentido, habrá que explorar a corto plazo los efectos de las reformas realizadas sobre la realidad de nuestros Gobiernos locales y, en su caso y momento, analizar la posibilidad de realizar otras reformas adicionales o profundizar en las ya acordadas (por ejemplo, podría estudiarse la posibilidad de extender a los Municipios entre 2.001 y 5.000 habitantes la necesidad de existencia de Comisiones informativas y de Gobierno, así como la frecuencia actualmente exigida para las sesiones plenarias ordinarias en los Municipios de 5.001 a 20.000 habitantes, en reconocimiento a la reciente importancia de aquel estrato de Municipios en nuestro país).

Pero sobre todo, debe recordarse el carácter de estrategia bifásica del denominado Pacto Local, debido a la distribución constitucional de competencias. Las exigencias de nuestro poder local se proyectan, en buena medida, sobre ámbitos competenciales de titularidad autonómica, con lo que se si las Comunidades Autónomas no abren un proceso subsiguiente de negociación con las Entidades locales de su territorio, las expectativas que éstas han depositado en el proceso del Pacto Local se verán parcialmente defraudadas. Debe señalarse, no obstante, que esos procesos ya se han abierto en numerosas Comunidades Autónomas españolas (Andalucía, Canarias -muy avanzada en lo que se refiere a los Cabildos insulares-, Galicia, La Rioja, Murcia,...). Y tampoco puede olvidarse el impulso fundamental que se puede realizar a esta segunda fase, tanto desde el Estado como desde las principales fuerzas políticas, que tienen responsabilidades de Gobierno o de oposición en todas las Comunidades Autónomas. Aquí también se impone el consenso, adecuado a las características singulares de la realidad de los Gobiernos locales en cada región o nacionalidad.

En el ámbito autonómico, debe destacarse no sólo la necesidad de una mayor transferencia de competencias y de recursos financieros a las Entidades locales, sino también la del cumplimiento del principio del carácter predominantemente no finalista de las transferencias y subvenciones de otras Administraciones públicas, exigido por el artículo 9.7 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que si bien es respetado escrupulosamente por el Estado, no puede decirse lo mismo de todas las Comunidades Autónomas. La generalización de fondos municipales no finalistas en todas las Comunidades Autónomas, constituidos esencialmente por un porcentaje suficiente de sus ingresos impositivos, deviene una verdadera exigencia del Pacto Local, dando también cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 142 de nuestra Constitución.

Lo que me gustaría destacar es que, más allá de los concretos contenidos competenciales, el pacto local debería ser también un instrumento para modificar la cultura político administrativo local, reforzar de los valores añadidos de la eficacia, eficiencia, legitimación, transparencia, responsabilidad y participación democráticas, así como para la mejora de la gestión y de las políticas públicas locales.

No obstante, el pacto no puede realizarse solo por la vía de la reivindicación, sino desde las ideas, la responsabilidad y la cooperación y teniendo presente que el pacto local o es un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr de un modo permanente situar en su lugar el nivel local. Además es preciso recalcar que el pacto local debe tener una dimensión servicial, es decir, debe estar dirigido a una mayor proximidad y mejor gobernabilidad en favor de los ciudadanos.

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

Francisco González Cruz
Rector de la Universidad Valles del Mombuy
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La gestión local ha sido una de las pasiones intelectuales de Allan Brewer-Carías. Por esa causa ha estudiado con la brillantez que le es característica los temas relacionados con el federalismo, el municipalismo, el desarrollo regional, la descentralización y demás asuntos conexos. Como esa también ha sido mi pasión, desde mis lugares andinos, particularmente en el Estado Trujillo, era difícil no conocer su obra y no acercarme a su persona, de tal manera que me une a Randy una particular amistad, un acendrado afecto y una relación profesional desde la perspectiva de sus preocupaciones por el desarrollo local.

Me he acercado al tema desde la perspectiva de un Geógrafo que se ha tratado de formar en Geografía Regional y muy particularmente en el tema del desarrollo regional y local. Cuando por obra y gracia de la accidentada política muy propia de Venezuela a Brewer le tocó ser por ocho meses, el tiempo del gobierno transitorio del Dr. Ramón J. Velázquez, Ministro de Estado para la Descentralización, me llamó para que lo acompañara en la grata y febril aventura de generar un proceso de descentralización y de fortalecimiento y articulación de las instituciones provinciales y locales. Allí conocí mejor al académico pero mucho más al político que busca que sus ideas fecunden en la práctica.

Ahora nuestra prédica que una Nación debe construirse desde abajo y desde arriba, desde lo nacional y desde lo local, que así como debe contar con instituciones centrales fuertes también debe tener instituciones locales pertinentes, ágiles y eficientes adquiere nuevas perspectivas. Ahora lo regional, lo provincial y particularmente lo local adquiere una nueva naturaleza, que viene dada por el ascenso y la expansión de una nueva revolución en el campo de las sociedades humanas: la revolución del conocimiento. *Este ensayo pretende ser una contribución al estudio de esta nueva naturaleza de los lugares y al despliegue allí de una serie de procesos vinculados al avance de la sociedad del conocimiento. Me he permitido llamar a este fenómeno: lugarización.*

II. LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES

Las ciudades tienen su razón de ser en el desarrollo de las fuerzas productivas y nacieron cuando estas evolucionaron de tal naturaleza que permitieron la vida sedentaria y la división del trabajo. Con la Revolución Agrícola las ciudades adquirieron mucha importancia y de hecho buena parte de la historia de la humanidad,

por lo menos durante los primeros seis mil años, fue la historia de sus ciudades. Ellas recibieron la atención de los más importantes intelectuales y las estudiaron, las planificaron, les diseñaron distintas formas de gobierno, sus funciones, estructura, les cantaron y les escribieron hermosos poemas.

Con la Revolución Industrial las ciudades crecieron en tamaño, adquirieron población pero perdieron importancia desde el punto de vista geopolítico, pues el surgimiento de las naciones-estado modernas, consecuencia de la lógica concentradora y centralizadora del modelo productivo, les arrebató casi todas sus competencias políticas. La historia de los últimos tres siglos ha sido, fundamentalmente, la historia de las naciones y la de sus relaciones entre sí. Sin embargo las ciudades siempre merecieron la atención de los mejores pensadores y su adecuada planificación dio como resultado muchas ciudades hermosas y eficientes en todo el planeta.

Ahora cuando está en pleno desarrollo una nueva revolución, la del conocimiento, la de la ciencia y la tecnología, la de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones o como se la quisiera llamar, toca a las ciudades un nuevo papel, tanto o más protagónico que el de los primeros tiempos, pero de naturaleza diferente.

El desarrollo de las nuevas tecnologías que cambian las formas de producir, distribuir y consumir, y particularmente las tecnologías de la información y las comunicaciones, están alterando rápida y profundamente la organización de los espacios territoriales y las formas cómo se relacionan los seres humanos entre sí y con el territorio.

Seis nuevas tecnologías transforman al mundo: la microelectrónica, las computadoras y demás aparatos de procesamiento de datos, las telecomunicaciones, los nuevos materiales, la robótica y la biotecnología. Los impactos cambian todo el modelo de funcionamiento de la sociedad y la economía y entre los más importantes está la globalización, entendida como la creciente integración económica entre bloques en el ámbito planetario, la extensión mundial de la información, el conocimiento, los usos y costumbres, los modelos de desarrollo y la extensión de los ámbitos de libertad, democracia y de justicia.

En el orden territorial los nuevos sistemas productivos y los ágiles sistemas de comunicación y de transporte, permiten ahora el acceso de cualquier persona, desde cualquier lugar, al mundo global. Hoy, y cada día más y mejor, una persona que tenga un canal de comunicación, aún cuando esté en un remoto sitio, puede relacionarse con cualquiera otra, aún cuando esta también esté distante. Puede enviar y recibir información, comprar y vender, leer y escuchar, hacer un curso o dictarlo, ver un espectáculo o presentarlo, establecer relaciones, invertir y miles de posibilidades más.

Esta realidad cambia radicalmente la naturaleza de los lugares, puesto que ahora todos tenemos, potencialmente, la posibilidad real de acceso al resto del mundo. La tecnología nos ha colocado al alcance de todo y de todos. Abre a sus ciudadanos la posibilidad de entrar en el mundo y que este entre a sus espacios. Se han derrumbado las barreras de la naturaleza y las distancias. Ahora todo puede estar cerca.

Hasta hace poco tiempo existía el privilegio absoluto de unos lugares donde se concentraba todo: la información, la producción, el consumo, la educación, la diversión y el poder. Las grandes aglomeraciones urbanas atraían a la población, a los líderes, a las inversiones y como consecuencia de todo ello concentraban también las oportunidades.

Toda persona que deseaba prosperar, si estaba en un lugar distante de esos centros, debía abandonarlo para irse a la gran ciudad. La población se marchó de los campos y las aldeas, se fue a las ciudades, que crecieron y ahora más de la mitad de la población

mundial vive en ellas. En los países desarrollados más de las tres cuartas partes de la población es urbana y cerca de una cuarta parte de la población mundial vive en ciudades de más de 750.000 habitantes.

En ella misma, en la ciudad, no todos los sitios tenían la misma posibilidad de acceso y dentro de sí se desarrollaban espacios urbanos privilegiados a donde se tenía que ir en búsqueda de información, de trabajo, de bienes y servicios. Las grandes concentraciones urbanas desarrollaron a su vez sitios de mayor concentración. Determinadas áreas de la urbe concentraron todo y la densidad de ocupación del espacio se hizo enorme, subiendo los precios del suelo de manera exorbitante, así como los costes de los servicios.

De tal manera que un determinado espacio territorial presenta enormes territorios desocupados, mientras pequeños sitios concentran población y actividades. Muchas veces esos sitios no son los que precisamente ofrecen las mejores condiciones desde el punto de vista ambiental, de disponibilidad de recursos naturales u otras ventajas. Crecieron por diversas circunstancias, la mayoría asociadas a las economías que la propia aglomeración producía.

Esta situación está cambiando rápida y profundamente. Cada día crecen cuantitativa y cualitativamente las posibilidades de acceso de todos a todos y a todo desde cualquier sitio, independientemente de su localización. Las posibilidades se distribuyen cada día más por los distintos espacios territoriales. El desarrollo tecnológico lo está haciendo posible.

Son infinitas las posibilidades que ahora tienen los lugares para ampliar y diversificar las alternativas para que la gente prospere. Por ejemplo una de las causas más importante de la pobreza es la ignorancia, y esta está asociada al aislamiento tradicional de muchos lugares. Pues bien, estas nuevas tecnologías de las comunicaciones y de la información abren insospechados caminos para el aprendizaje de una enorme cantidad de conocimientos y destrezas, que representan posibilidades de empleo.

También el uso adecuado de estas tecnologías puede mejorar el desempeño de las organizaciones locales, que ahora pueden conocer otras experiencias, comentarlas con sus pares, recibir información, enviarla y abrirse a todo un mundo de posibilidades.

El gobierno local y regional puede ser también más eficaz al poder ofrecer a los ciudadanos mejores canales de comunicación y de consulta. Puede poner sus planes en la red, rendir sus cuentas, establecer enlaces con otros gobiernos, poner en línea sus formularios y otros papeles para el trámite de diversos asuntos.

Estas nuevas circunstancias, creadas por el desarrollo de estas nuevas tecnologías, están cambiando radicalmente la naturaleza de los lugares y por ello se hace necesario ir al estudio de estas nuevas realidades.

III. LUGARIZACIÓN

Quisiera introducir el concepto de la *lugarización*.

En las ciencias geográficas la palabra lugar encierra una concepción muy especial. No sólo es un sitio, barrio, pueblo o comarca. Es, además, su paisaje propio que le da singularidad. Es una síntesis de sus componentes físicos y humanos. Es el resultado de

su historia en ese marco natural específico. El lugar es una síntesis geohistórica concreta.

Se le dice *lugareño* a lo peculiar de sitios o poblaciones pequeñas o a los naturales de esos lugares. Es entonces el lugar, bajo esta acepción, un determinado espacio geográfico delimitado por un territorio relativamente pequeño, donde la gente vive en comunidad, con su clima particular, su topografía, sus tradiciones y sus retos. Se diría que cada lugar tiene su propio ambiente y su propia cultura.

Frente a la globalización, que tiende a desdibujar la singularidad de las personas, la puesta en valor de los lugares tiene que ver con la satisfacción de la necesidad de identidad, personal y comunitaria. La gente busca reencontrar su propia singularidad y la de los que con ellos viven. Reconocerse como únicos en esta *aldea global*, en este mundo donde todos se parecen en su estilo de vida. Es la vuelta al individuo o, mejor dicho, a la persona.

Esta idea de la *lugarización* también tiene que ver con esta especie de *vuelta a las manos* que representa el despertar del interés por la artesanía, por las comidas típicas, por el turismo de posadas y por la naturaleza. Pareciera que el hombre busca en lo pequeño, en lo manual, en lo íntimo y en lo natural la identidad perdida por la estandarización de los estilos de vida. Muchas veces la gente abandona la bien programada comodidad de los grandes hoteles y va en búsqueda del calor natural de una posada, administrada un tanto empíricamente por una familia que le gusta atender forasteros.

Esta búsqueda de identidad personal tiene entonces en el orden económico la consecuencia del planteamiento de una economía *a escala humana* más o menos en el camino ya anunciado por E.F. Schumacher (1984) en su famoso libro: *Lo Pequeño es Hermoso*.

Esta búsqueda de singularidad hace que la gente empiece a valorar lo que la identifica y la separa de lo demás. En las ciudades, barrios y en los pueblos la arquitectura típica es resguardada o restaurada, su folklore es de nuevo puesto en vigencia, se aprecian de nuevo los viejos platos de la culinaria tradicional, se rescatan los recuerdos que hicieron hito en el desarrollo del lugar, se cuida la calidad de vida comunitaria y se muestra con orgullo el resultado de ese proceso.

Muchas comunidades han rescatado su propio lenguaje, planifican y administran sus sistemas educativos para mejorar la calidad e introducir estos elementos locales o regionales, crean sus sistemas de seguridad y se organizan para enfrentar con éxito sus propósitos.

Johann Gottfried Herder, poeta y filósofo del siglo dieciocho, citado por Isaiah Berlin (1999) decía: "...así como la gente necesita comer y beber, tener seguridad y libertad de movimiento, así también necesitan pertenecer a un grupo". Y afirmaba que el ser humano significa ser capaz de sentirse en casa en algún lugar. Herder consideraba que únicamente lo singular poseía valor genuino. Para él, dice Berlin, había pocas verdades eternas: el tiempo y el lugar y la vida social, lo que llegó a ser llamado sociedad civil, lo eran todo.

Lo cierto es que las necesidades existenciales de identidad y de participación, presentes desde el nacimiento mismo de la humanidad, encuentran sus mejores satisfactores desde el lugar concreto e íntimo que cada cual ocupa.

Lugarización, entonces, se refiere a los lugares como globalización al globo terrestre. Si la palabra globalización quiere significar todos los procesos que hacen de todo el

planeta un solo espacio, la palabra lugarización quiere significar todos los procesos que revalorizan a lo local.

Una palabra que se usa mucho para referirse a este proceso de revalorización de lo local es *localismo o localización*. En este sentido son sinónimos de lugarización, aunque pareciera que se refieren más al proceso administrativo de transferencia de competencias, funciones o actividades a los niveles locales, sea de una empresa o del gobierno.

La palabra *lugarización*, en cambio, evoca mejor un proceso que va mucho más allá del ámbito administrativo y que envuelve una nueva dimensión de lo local, una revalorización de la naturaleza de la localidad, un cambio cualitativo en el ecosistema o hábitat comunitario. Son procesos múltiples en donde lo administrativo es solo una dimensión dentro de un complejo juego de relaciones que hacen de lo local algo mucho más importante y sustantivo de lo que era antes.

¿Cómo se define un lugar?. Es el espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano. Generalmente, es el sitio donde una persona nació y creció, donde se educó, labró su personalidad, están sus familiares, cultivó sus amistades y con el cual estableció un vínculo afectivo. En una comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. Puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en su tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales.

El lugar es el territorio, en términos ecológicos, de una persona. Es la zona donde se establece su comunidad y donde está su historia, sus referencias topográficas, sus definiciones culturales, sus afectos, donde se gana la vida y donde pasa la mayoría de su tiempo.

Mucha gente tuvo que abandonar su lugar natural, donde nació y se crió, porque no le ofrecía oportunidades de prosperar, estudiar, trabajar o divertirse. Sin embargo, está demostrado que la mayoría de la gente no quería irse, lo hizo porque desde su lugar no tenía acceso a las oportunidades de ascenso. Incluso existen estadísticas que demuestran que la enorme mayoría de la gente en todo el planeta vive cerca del lugar donde nació. Por más que tenga que irse, la mayoría se va a un sitio cercano a lo que considera *su lugar*.

Este sitio íntimo tenía que ser abandonado si no coincidía con esos pocos espacios territoriales que concentraban el acceso a las oportunidades. Y la gente tenía que vivir en un nuevo sitio y desarrollar allí nuevos vínculos, nuevas relaciones, pero no se abandonaba del todo aquella querencia de origen. Se volvía a la tierra natal o se reproducían los recuerdos de alguna manera en los nuevos lugares, con el estilo de las construcciones, el nombre de los establecimientos, en la nomenclatura urbana, o en los clubes de paisanos, o en las mil distintas expresiones de la nostalgia.

Pero ahora todo comienza a cambiar. Las posibilidades que la ciencia y la tecnología ponen a disposición del hombre para relacionarse a escala planetaria están modificando la geografía humana, en particular la de los asentamientos humanos.

Si ahora la gente tiene posibilidades de acceso desde *su lugar*, este tiene un nuevo valor. Ya la gente no está estructuralmente bloqueada si no vive en un lugar que no sean aquellos pocos privilegiados por los procesos de concentración previos a la revolución tecnológica. Ahora puede relacionarse desde cualquier parte.

Entonces la calidad de la vida local tiene una nueva e inusitada dimensión. La gente tiene derecho no solo a una aceptable calidad de vida local, sino que esta le dé la posibilidad de acceso a lo global. Ya no cuenta que la localidad le ofrezca solamente aceptables servicios públicos y alguna que otra ventaja. Ahora cuenta mucho que la localidad garantice a la gente, además, posibilidades reales de competitividad a escala planetaria

La competitividad global de una localidad significa muy buenas posibilidades de acceso a la información y a las telecomunicaciones, pero también una excelente educación, servicios de salud eficientes, seguridad personal e institucional, espacios de calidad para el disfrute del tiempo libre, buena vialidad y servicios domiciliarios eficaces.

La competitividad local tiene mucho que ver con la calidad de la gestión pública, tanto provincial como municipal. También con la calidad de las redes organizacionales de la comunidad cívica, o sociedad civil. Por ello la descentralización y el federalismo tienen ahora una nueva e importante connotación.

Las consideraciones relativas a la *lugarización* tiene varias consecuencias, tanto en el orden social como en el político-administrativo. La gente se convence que su calidad de vida y su prosperidad dependen fundamentalmente de su propio esfuerzo y entonces se organiza para hacer las cosas que considera necesario. No espera que las autoridades resuelvan los problemas. La gente toma conciencia, se organiza y actúa. Es la vuelta a la comunidad y a la sociedad pluralista. Ya lo afirmaba el líder Sudafricano Nelson Mandela: “las comunidades están tratando de encontrar nuevas formas de conducir la política”.

Por su parte el gobierno también toma conciencia de esta realidad y se convence que desde estructuras altamente burocratizadas y centralistas, lentas y costosas, nada puede hacer en un mundo que demanda soluciones rápidas y localizadas. Los grandes sistemas públicos empiezan, a veces a su pesar, a descentralizarse y a introducir criterios de administración más ágiles y creativos, que toman en cuenta a la demanda real y sentida de la gente.

La reforma del Estado es una de las respuestas a las nuevas realidades, tanto las referidas a la globalización como a la descentralización. Las transformaciones de los sistemas políticos apuntan en dos direcciones: a la integración de grandes espacios geoeconómicos, transfiriendo poder hacia arriba, hacia estructuras internacionales; y a la descentralización, mediante el fortalecimiento de los espacios territoriales locales, transfiriendo poder hacia los estados y municipios.

Son entonces los entes territoriales menores los apropiados para estas nuevas exigencias que se le hacen a la administración pública. Ya no es desde el gobierno central desde donde es posible adelantar las respuestas adecuadas. Es desde los gobiernos provinciales y locales. Y desde las propias comunidades organizadas.

Las consecuencias más importantes de este proceso en el orden político son: a) la vuelta desde el Estado hacia la sociedad civil y, b) desde las estructuras centrales hacia la descentralización.

No parece entonces necesariamente contradictoria la idea de conciliar las ventajas de las nuevas tecnologías y sus consecuencias globalizadoras, con la existencia de lugares singulares llenos de personalidad. Una cultura planetaria conviviendo con muchas y variadas culturas locales. De hecho, los países más desarrollados son justamente los

mejores ejemplos de esta convivencia. Allí se cultivan con esmero las tradiciones locales y sus sociedades son vanguardia en el uso de las modernas tecnologías.

IV. LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO

Estos procesos de globalización y de *lugarización* tienen enormes consecuencias en las formas de administración de los asuntos públicos y también de los asuntos privados. Ya las organizaciones centralizadas, verticales, autoritarias, enormes y pesadas no responden con eficacia a los desafíos de las nuevas realidades.

Para poder ser exitosas las organizaciones están cambiando rápidamente en varias direcciones. Por ejemplo ahora toma mucha importancia la capacitación de la gente, la desconcentración de funciones y la descentralización de competencias. Las organizaciones ahora tienden a ser descentralizadas, horizontales, democráticas, pequeñas y ágiles.

En referencia a los asuntos político-territoriales, ahora adquiere mayor importancia el gobierno local y provincial, tanto como la comunidad cívica, pues son sustantivos para los procesos de lugarización, pues toca a estas organizaciones liderizar el crecimiento de la calidad de la vida local y su adecuada inserción en lo global.

Ya no es tan importante a estos efectos la presencia de los gobiernos nacionales, generalmente pesados, lentos y remotos, desconectados con las múltiples realidades locales. A esas estructuras corresponden las grandes políticas que orientan la vida de toda la Nación y la administración de las competencias propias de los gobiernos centrales. Pero la mayoría de los asuntos públicos atinentes al ciudadano, a la familia, a las organizaciones civiles y a las empresas, son asuntos que deben atender los gobiernos provinciales y locales.

La rapidez y la profundidad de los cambios, las expectativas de la gente, las necesidades de una alta interconexión en el ámbito planetario, exigen de las organizaciones respuestas rápidas y eficientes que los aparatos centralizados no están en capacidad de ofrecer. La eficiencia en las decisiones exige que estas se sitúen cerca de donde se ejecutan, por ello la descentralización y el federalismo ganan espacio rápidamente.

La centralización es una forma de administrar cuando no se confía en los niveles menores, cuando se quiere desestimular la participación, para imponer un *orden* establecido por la alta jerarquía, para homogeneizar un colectivo o, como afirmaba Alexis de Toqueville, para impedir, no para hacer. La centralización limita la creatividad, la agilidad, la transparencia, el pluralismo, la diversidad y la democracia. El centralismo desprecia la capacidad de las comunidades para gobernarse. El centralismo tiende al autoritarismo y a la homogeneidad.

Además, la concentración en la alta jerarquía de procesos que perfectamente se pueden ejecutar en los niveles más bajos, congestiona con asuntos que no le son propios a la dirección superior, distrayéndola de los asuntos estratégicos y políticos generales, que sí lo son.

La descentralización es la administración de la mayoría de los asuntos desde los entes territoriales autónomos provinciales y locales. Es hacer de estos niveles políticos entes autónomos poderosos, eficaces y eficientes para que atiendan a la mayoría de los

servicios que requiere la gente para vivir bien y para prosperar. Es hacer de estos territorios subnacionales los instrumentos eficaces para promover el desarrollo humano sustentable.

La descentralización no es sólo la transferencia de determinados niveles de decisión a la base de la pirámide de mando. No. La descentralización es transferencia de poder. Es el desprendimiento de determinados asuntos sustantivos de los niveles superiores o nacionales y traspasarlos hacia los niveles inferiores o locales, con todas las condiciones para que puedan ejercer con eficacia esos asuntos.

Descentralización es trasladar competencias desde el poder nacional hacia los poderes locales, con todos los atributos necesarios para que estos niveles locales puedan ser eficaces en el ejercicio de esos asuntos, es decir con autoridad, con buenas bases legales, con capacitación, con entrenamiento, con financiamiento y con confianza.

Descentralización es la dotación de los entes político territoriales intermedios y menores de capacidad real para atender bien los asuntos que le son propios en estas nuevas realidades. Que las provincias y los municipios cuenten con la gente capaz, los recursos financieros suficientes, las estructuras organizativas adecuadas y flexibles, los marcos para la negociación intergubernamental ágiles y, en general, el poder suficiente para que en un clima de autonomía, ejerzan plenamente su ejercicio en el marco normativo nacional

Antes de la actual revolución del conocimiento era optativa la administración centralizada o la descentralizada, aún cuando es necesario reconocer que aquellas naciones que experimentaron la descentralización desde temprano, también lograron mejores niveles de desarrollo. Pero ahora es imperativa. Las empresas y los gobiernos se descentralizan, adoptan mecanismos federales de administración, delegan poder a los estratos que están en la ancha base de la organización e incluso transfieren a otros entes diversos asuntos que no les son sustantivos, porque de otra manera pierden competitividad y eficiencia.

La descentralización y la forma federal de gobierno tiene muchas exigencias. Al desencadenar el potencial creativo de los diferentes niveles territoriales, también debe sentar las bases para la coherencia de la organización o de la nación. Si se trata de una empresa o de una organización sin fines de lucro, esa coherencia la da el plan general estratégico de largo y mediano plazo, la visión de la organización, sus valores, imagen institucional, el espíritu de cuerpo y demás mecanismos. Lo que se llama *filosofía de la organización*.

Para el caso de una nación el *espíritu de cuerpo* equivale a la Constitución Nacional de amplio consenso. Es el *proyecto de país* que debe estar en la Constitución, pero también en los planes estratégicos y en numerosos actos que tienen que ver con la patria, con sus símbolos, su historia, sus valores, sus arquetipos humanos, su cultura y sus tradiciones.

En un gobierno federal descentralizado el poder central tiene que ser fuerte para establecer el destino general de la nación, los planes estratégicos, las grandes políticas públicas y para evaluar la marcha general del país. También para coordinar con los distintos gobiernos estatales y municipales los planes y proyectos de alcance supra estatal. Y para fomentar el clima favorable a la descentralización, al fortalecimiento de los gobiernos provinciales y locales, y para la promoción de la organización de la sociedad civil y de sus redes de solidaridad.

V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

En un sistema de gobierno federal, el poder central no debe ocuparse de nada que pueda ser atendido en los estados y los municipios, o por la comunidad cívica. Una orientación para definir qué corresponde a cada nivel político-territorial es aplicar el *principio de subsidiaridad* que establece que todo aquello que pueda ser hecho por un ente inferior, no lo debe hacer uno superior, y en caso de dificultades, el ente superior puede cooperar, pero siempre procurando que el ente inferior desarrolle sus competencias naturales.

Este principio involucra también que el Estado tiene unos límites y si la sociedad o el individuo puede ocuparse de un asunto, no tiene por qué hacerlo el sector público. El poder nacional y los poderes regionales y locales deben promover el fortalecimiento de toda la trama social, las organizaciones intermedias, las empresas, las comunidades organizadas y toda suerte de asociaciones y redes que desarrollen la comunidad cívica.

El término *federal* se refiere a la existencia de entes políticos territoriales intermedios autónomos, como las provincias, estados o departamentos y municipios, con alto grado de autonomía. En las empresas significa que una organiza sus actividades en la forma de negocios autónomos, con su propio mercado y su propio producto, así como su propia responsabilidad por las ganancias y las pérdidas (Drucker, 1999).

De esta manera, los países y las organizaciones modernas se adaptan a las nuevas realidades y confían en las comunidades provinciales y locales más y más competencias, descargando a los gobiernos centrales de muchos asuntos y concentrándose en el monitoreo de las grandes estrategias.

También los gobiernos transfieren más y más asuntos a entes no gubernamentales, empresas u organizaciones no-gubernamentales, confiando en la comunidad cívica la ejecución de obras y la prestación de servicios antes reservados al sector público. También las empresas transfieren a otros el desempeño de muchas tareas que no forman parte sustantiva de sus objetos, concentrándose en lo que le es propio.

Toda esta revolución en la manera de administrar los asuntos tiene una dirección: reforzar a lo local y a las organizaciones locales. Aprovechar las ventajas que tienen las organizaciones pequeñas, ágiles, eficientes, pero conectadas a lo global de una manera muy eficaz.

Esta es una nueva realidad en plena expansión. Las localidades, sus organizaciones y sus ciudadanos, tendrán cada día más y más asuntos de que ocuparse y las posibilidades de influir en sus propios asuntos, en los de la Nación y del planeta crecerán en la medida que sean competitivos, eficientes y se preparen adecuadamente. Por ello el *lugar* se hace importante.

En la revolución del conocimiento y de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, el hombre se hace planetario desde *su lugar*. Toca entonces a los lugares una nueva e importante responsabilidad: ofrecer a sus habitantes un espacio muy agradable y eficiente para vivir.

La globalización se expresa fundamentalmente en flujos de información, de bienes y servicios, en cambio la lugarización se expresa en la calidad de la vida local y su competitividad global. Lo local es el ámbito de gestión de lo global, de allí la nueva importancia estratégica del lugar, de la ciudad.

VI. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA

En este contexto, la expresión más acabada del lugar, es la ciudad, por ello la gestión urbana cobra una categoría particular y la cual debe verse ahora en tres perspectivas:

- a. La productividad y competitividad de la ciudad y de sus empresas, es decir la capacidad del lugar de generar un proceso productivo dinámico que genere empleo e ingresos adecuados a sus habitantes;
- b. La integración sociocultural de sus habitantes de manera que todos se sientan que pertenecen al lugar y
- c. La gestión política, su representatividad y su eficacia., es decir el gobierno local, la gobernabilidad del lugar.

La competitividad de las empresas, de las organizaciones, de las familias, de la gente, es decir de la ciudad depende hoy fundamentalmente de tres condiciones:

1. De la infraestructura tecnológica con que se cuente y la calidad de acceso a redes globales. La conectividad y la innovación urbana.
2. La existencia de recursos humanos de vanguardia.
3. Unas condiciones de vida satisfactorias.

La gestión del hábitat urbano o local está en la base de la productividad y la competitividad y esto es básicamente responsabilidad de los gobiernos locales, en articulación con las empresas y los entes cívicos.

Cuando se habla de conectividad urbana se refiere al vínculo de la ciudad con las redes de comunicación y sistemas de información regional, nacional y mundial, empresas, con otras ciudades, con organismos multilaterales de apoyo al desarrollo local, etc.

Cuando hablamos de innovación urbana nos referimos a la capacidad instalada de una ciudad para generar nuevos conocimientos, nuevas actividades económicas, nuevos productos, nuevos servicios. Nos referimos a la gestión del conocimiento aplicado a la ciudad, sus centros de investigación y desarrollo (I+D), su espíritu emprendedor.

La calidad de vida se refiere no solo al bienestar que debe ofrecer la ciudad a sus habitantes, sino a su capacidad de ofrecer una calidad urbana que atraiga o retenga a los grupos humanos de vanguardia. También la consideración de los nuevos actores urbanos: las mujeres, los niños y los ancianos, no solo como usuarios de la ciudad sino como participantes en la toma de decisiones. Las ciudades son también la base para la diversidad y la pluralidad, para el reforzamiento del particularismo histórico y territorial. Son las ciudades las que están tomando la vanguardia para reforzar la identidad, asunto que está tomando lugar primordial en sus planes.

En síntesis entre los más importantes desafíos de la gestión local en la globalización se pueden anotar los siguientes:

1. Desarrollo de la economía urbana. Crear las condiciones para insertar sus sectores productivos en la nueva economía. Promoción de la competitividad y la productividad, atracción de inversiones, emprendimiento tecnológico.
2. Desarrollar una nueva infraestructura urbana con serio acento en la conectividad con las redes de información, con la puesta al día de la vialidad con su región y con la infraestructura adecuada para la cabal prestación de sus servicios (centros cívicos, edificaciones oficiales). El urbanismo, la vivienda y el medio ambiente (los espacios

públicos) son prioridades a resolver. La estética urbana hay que atenderla (en una ciudad el camino más corto entre dos puntos es el más hermoso).

3. Ofrecer una alta calidad de vida, fundamentalmente con mejores servicios. Seguridad ciudadana y justicia. La educación y la salud de calidad. Los derechos urbanos (de las mujeres, de los niños, de los ciudadanos) El derecho del peatón a las aceras, a la iniciativa económica, a los servicios, a la convivencia. A la *Identidad*. Desarrollo de una cultura urbana o mejor de *Patriotismo Urbano*. El desarrollo de una libertad plena.

4. Resolver el problema de la integración social. Esta es una tarea enorme, gigantesca. Se trata de la incorporación de los más pobres a la economía formal y a la ciudad formal. Erradicar la exclusión social y territorial.

5. Enfrentar la gobernabilidad y la sustentabilidad de la ciudad. Se trata de organizar el gobierno de la ciudad para que sea capaz de asumir estos desafíos. Con estructuras lentas, clientelares, sin adecuada preparación técnica, sin creatividad y carentes de entusiasmo no se tendrá una localidad exitosa. El tema de la sustentabilidad financiera de la ciudad es necesario enfrentarla para que la ciudad cuente con los recursos para atender estos desafíos.

6. Es necesario considerar la dimensión regional, nacional e internacional. El desafío es desarrollar mejor la centralidad que ya tiene la ciudad por su vocación geohistórica. Establecer una adecuada relación política con los niveles regionales y nacionales, así como asumir la actuación internacional de la ciudad.

Estos desafíos exigen un proyecto de ciudad. La experiencia demuestra su utilidad. La diferencia entre una ciudad fracasada y una exitosa casi reside en esto. Los éxitos han obedecido a un proceso de transformación que se basa en la toma de conciencia del desafío dada la crisis que se enfrenta, la concertación entre los actores urbanos en torno a un proyecto de ciudad y la generación de un liderazgo local proactivo.

Es fundamental la determinación conjunta y el consenso ciudadano para que la ciudad de un salto adelante, desde todo punto de vista. *El Proyecto de Ciudad* es fundamental, si moviliza a los actores públicos y privados y se ejecuta desde el principio. Debe despertar o construir el *Patriotismo Urbano*. Es un proyecto de movilización ciudadana y de promoción interna y externa. Es un proyecto de autoestima ciudadana. Exige un cuestionamiento de la manera de gobernar la ciudad, de comportamiento de las organizaciones y plantea una reforma política y una nueva articulación gobierno-ciudadanía. La excusa para dar el salto adelante puede ser la propia crisis, un evento, una fecha importante.

El Gobierno local debe cambiar cualitativamente: pasar a ser promotor, líder, emprendedor, innovador, audaz, integrador de todas las energías presentes en la ciudad, un innovador democrático. Muchos de los éxitos se deben a la fuerte personalidad de los alcaldes que han asumido el liderazgo de la ciudad. A veces el liderazgo local lo puede asumir inicialmente otros actores, pero debe estar muy bien articulado y sin la participación de la autoridad política es muy difícil.

VII. CONCLUSIÓN

En la sociedad del conocimiento la naturaleza de lo local cambia respecto a las cualidades que tenía en la sociedad industrial. La lógica de la concentración y del centralismo consustancial del viejo orden se mueve a otra lógica, la de la globalización y la de la *lugarización*, propia de la sociedad del conocimiento. Es parte de grandes cambios en la sociedad que también se mueve de lo vertical hacia la horizontalidad, de lo mecánico a lo sistémico, de lo cartesiano a lo holístico, de lo burocrático a lo participativo.

Hoy y cada día más es importante el lugar, como es importante la persona. La capacidad de interconexión desde lo local, que crece exponencialmente día a día, hace importante en esa misma medida al lugar donde una persona se realiza. Por ello la calidad de la vida del lugar es más y más importante. Su gobernabilidad, sus redes cívicas, la competitividad de su economía, su calidad de vida. Por ello en esta nueva etapa de la humanidad es tan importante el proceso de globalización como el proceso de lugarización

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, Isaiah, *Árbol que nace torcido*, Edit. Vuelta, 1992.
- BORJA, Jordi y CASSTEL, Manuel, *Local y global*, Taurus 1997.
- BRICEÑO-IRAGORRY, Mario, “Meditación en el IV Centenario de Barquisimeto”, *El Nacional*, Caracas, 14-09-1952, p. 4 en *Obras Completas*, Tomo 17, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1993.
- DRUCKER, Peter, *Las Nuevas Realidades*, Grupo Editorial Norma, Bogotá 1999.
- GONZÁLEZ C., Francisco, *Lugarización y globalización*, ULA-UVM 2001.
- SCHUMACHER, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, H. Blume Editores, Madrid 1984, FGC/4 de Junio de 2002.

§ 34. BREWER Y CARACAS

Dolores Aguerrevere Valero
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Los invitados a participar en un libro homenaje a Allan Brewer-Carías nos encontramos ante un sin fin de temas relacionados con el Derecho Público. Es tan extensa y variada la obra de Brewer, que con el desarrollo de cualquier tema jurídico nos sentiríamos rindiendo homenaje a su encomiable labor en la consolidación y evolución del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela.

Sin embargo, hay un tema al cual ha dedicado importantes momentos de su vida académica. Un tema recurrente en su obra, como muchos otros, pero en el cual hemos tenido la oportunidad de apreciar no sólo al Brewer jurista, sino también al Brewer historiador apasionado y hasta al Brewer urbanista y arquitecto. Nos referimos al tema de Caracas, a Caracas como ciudad latinoamericana, como Capital de la República, como área metropolitana, como área urbana y, en fin, a Caracas como laboratorio infinito de temas jurídicos, históricos y urbanísticos que siguen apasionándolo.

En Caracas confluyen para Brewer dos temas de su particular interés: el tema institucional en cuanto a su forma de organización y gobierno, y el tema netamente urbanístico. A los problemas institucionales dedicó muchos estudios que perseguían la creación de una figura jurídica que convirtiera a Caracas en una ciudad gobernable¹. Veremos

1. En la extensa obra de BREWER encontramos estudios y conferencias sobre el tema: *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano*, Ediciones de la Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas 1971, 60 pp.; b) “Algunas soluciones institucionales para el Área Metropolitana de Caracas”, en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, n° 2, Caracas 1977, pp. 17 a 39; c) *La Transformación total de la Estructura Jurídica y Administrativa de Caracas* (en colaboración con PÁEZ PUMAR, Álvaro; MORALES TUCKER, Alberto; POGGIOLI, Odoardo y ROJAS B., Luis), Caracas 1982, 12 pp.; d) *Propuesta para una Reforma Institucional de Caracas y de la Región Capital. 1982*. Publicaciones del Concejo Municipal del Distrito Federal; e) Exposición sobre los *Problemas institucionales de la Ciudad de Caracas*, Gerencia de la Electricidad de Caracas, Caracas, 24 de mayo de 1988; f) Conferencia sobre “Caracas: una ciudad multigobernada, sin gobierno”, en la *Reunión Internacional sobre Gestión Urbana y Tierra, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 05 de julio de 1990; g) Exposición sobre los *Problemas del Área Metropolitana de Caracas*, en la Reunión preparatoria del Consejo de Gobiernos del Área Metropolitana de Caracas, Caracas, 03 de septiembre de 1993; h) “Sistema Jurídico Administrativo de la Ciudad”, en *Caracas, Presente y Futuro. Ideas para transformar una ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 65 a 73; i) Exposición sobre “El Gobierno de Caracas”, en el *Foro sobre La Gobernación de Caracas ¿Alcaldía Mayor o Gobernación?*, Fracción Causa R, Concejo Municipal del Municipio Libertador, Parque Central, 29 de mayo de 1997; j) Exposición sobre “La Organización del Distrito Metropolitano de Caracas”, en el *Foro sobre Alcaldía Metropolitana, Propuesta para la Ciudad*, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Sector Estudios Urbanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 28 de abril de 2000; k) Ponencia sobre “Descentralización Política y Municipalización de Caracas”, en *Caracas se divide: Propuesta para la división político-territorial del Distrito Capital*, Cabildo Metropolitano de Caracas, Comisión de Juventud, Deporte, Recreación y Turismo, Caracas, 20 de julio de 2001; l) Conferencia “Municipalismo y organización de Caracas”, Asociación Pro Calidad de

cómo algunas de sus propuestas fueron tomadas en cuenta en la creación posterior del Distrito Metropolitano de Caracas en enero de 2000, aun cuando otras quedaron lamentablemente olvidadas.

Por su parte, el tema urbanístico de Caracas en la obra de Brewer ha sido abordado tanto en sus estudios generales sobre el urbanismo en Venezuela, como en sus estudios sobre el poblamiento en América y las ciudades latinoamericanas. Un vistazo sobre la extensa obra de Brewer nos muestra fácilmente cómo el urbanístico ha sido un tema presente en importantes momentos de su vida académica.

En efecto, en primer lugar, su Discurso de Incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (3 de noviembre de 1978) trató sobre el tema *El Urbanismo en Venezuela y la Cuestión Jurídico-Institucional*², presentando como Trabajo de Incorporación, el que luego se convirtió por mucho tiempo en el único libro venezolano de derecho urbanístico: *Urbanismo y Propiedad Privada*³. Dicho trabajo fue presentado asimismo como Trabajo de Ascenso a Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, 8 de abril de 1981). Para esa fecha, la poca legislación urbanística existente eran las ordenanzas caraqueñas y por lo tanto, hablar de Urbanismo en Venezuela era hablar de Caracas.

En 1980 dirigió la organización del Primer -y único- Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y el Ministerio de Desarrollo Urbano, y al cual asistieron destacados profesores españoles de la escuela del Profesor Eduardo García de Enterría⁴. Más de veinte años después es urgente la realización de un segundo seminario, más aún cuando está siendo estudiado en la Asamblea Nacional un proyecto sobre Ley Orgánica de Ordenación Territorial y Urbanística⁵.

El tema del desarrollo urbano de la ciudad está incluido además en la investigación sobre el poblamiento de América y el diseño de la ciudad latinoamericana; investigación que ya ha sido inicialmente expuesta por Brewer en el Libro *La Ciudad Ordenada*⁶, y en cuya conclusión está trabajando en estos momentos por invitación de la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Preservación Histórica de la Universidad de Columbia, Nueva York.

Finalmente, en otro importante momento de su vida académica, cual fue el acto de su nombramiento como Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid, Brewer desarrolló el tema de *Carlos III y la Organización Territorial del Poblamiento en América*⁷, cuyo contenido demuestra una vez más nuestra tesis sobre su especial pa-

Vida por Caracas, Caracas, 3 de septiembre de 2001; m) "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*. Universidad Católica del Táchira n° 7, Caracas 2001. El listado que se presenta se realizó a partir de la *biblio verbi grafia* de Allan R. Brewer-Carías realizada por Arelis Torres Amaro y publicada en el libro *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 289 y ss.

2. Consultado en original.

3. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980.

4. Las ponencias del Seminario fueron publicadas en *Derecho Urbanístico*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, vol. V, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982.

5. V., en www.asambleanacional.gov.ve

6. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada (Estudio sobre El orden que se ha tener en descubrir y poblar o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular de las ciudades de Venezuela)*. Universidad Carlos III, Madrid. 1997.

7. Consultada en original.

sión por estos temas, al presentarnos un Brewer jurista, unido a un Brewer historiador y a un Brewer urbanista y arquitecto. Los abogados interesados en estos temas sabemos que el tema del desarrollo urbano de una ciudad no puede ser un tema netamente jurídico, y por eso lo interesante de la forma como Brewer se desdobra y los estudia, acercando el derecho al urbanismo y a la arquitectura. Sobre este necesario acercamiento señala el arquitecto Federico Vegas a propósito de la obra de Brewer: “*Lo más importante no son las enseñanzas que Allan Brewer estudia, organiza y nos ofrece. Lo más importante es que nos abre la posibilidad de un nuevo diálogo entre el derecho y la arquitectura, un diálogo que nos ayude a comprender el origen y el destino de nuestras ciudades, un diálogo que permita al arquitecto participar en las razones fundamentales, en lo acostumbrado y en lo escrito, en las leyes y en esas consecuencias que definen la esencia de lo urbano. Podemos decir con alegría y entusiasmo: Allan Brewer-Carías, entre arquitectos estás y por muchas y muy buenas razones*”⁸.

En el presente estudio se esquematizan y exponen, según nuestro criterio, las opiniones de Brewer sobre la evolución del régimen legal de Caracas, donde confluyen a la vez el tema institucional y el tema urbanístico, tomando como referencia las discusiones anteriores y posteriores a la promulgación de la Constitución venezolana de 1999. Este intento es necesario profundizarlo a los fines de contribuir con la consolidación del régimen legal y urbanístico del Distrito Metropolitano de Caracas creado a partir de la Constitución de 1999, y cuyo régimen legal ha quedado sólo enunciado en la Ley que rige su funcionamiento.

II. BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS

1. Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999

La Constitución de 1961 señalaba a Caracas como capital de la República, dejando a una ley especial la posibilidad de “coordinar las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal” (artículo 11). La indeterminación de los límites de la ciudad de Caracas, y la existencia de varias jurisdicciones (Distrito Federal, Distrito Sucre del Estado Miranda y posteriormente los Municipios Libertador, Sucre, Baruta, Chacao y el Hatillo), hacían que fuese urgente la escogencia de un mecanismo legal que permitiese la coordinación de las competencias de las diferentes autoridades involucradas. Muchos planteamientos fueron expuestos sin que se llegase jamás a dictar la ley especial que por mandato constitucional debía regir la tan anhelada coordinación.

Por muchos años, se hicieron variadas propuestas sobre la forma jurídica idónea para lograr la gobernabilidad de la ciudad. Desde la asunción de las competencias por el Poder Nacional, hasta la creación de un gobierno municipal a dos niveles, muchas fueron las propuestas que nunca se llegaron a concretar en una ley especial, aún cuando se lograron esfuerzos importantes previos concretados en convenios de mancomunidad.

8. VEGAS, Federico, ensayo sobre *La Ciudad Ordenada*, consultado en original.

9. G.O. n° 36.906 de fecha 8-3-2000.

El primer trabajo que encontramos en la obra de Brewer sobre los problemas institucionales de Caracas se refiere a la necesidad de integración en materia de transporte urbano¹⁰. Seguidamente se inclina al estudio de la cooperación intermunicipal en materia de urbanismo¹¹, en el cual publica además el Proyecto de Convenio de Mancomunidad Urbanística presentado por la Comisión Reorganizadora de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano del Distrito Federal, a la Comisión Especial para la Integración del Área Metropolitana de Caracas y posteriormente a las administraciones municipales de Caracas en agosto de 1967¹². Sin embargo, no es sino en una publicación posterior donde plantea concretamente algunas soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas, y en la cual comienza a destacar la propuesta de un sistema de gobierno municipal a dos niveles¹³.

En estos estudios iniciales Brewer recurre a la doctrina y práctica internacional para hacer referencia a los distintos tipos de regímenes de áreas metropolitanas en el mundo, las cuales resume para distinguir, desde el punto de vista administrativo, las siguientes soluciones:

a. La asunción de los servicios metropolitanos por el Poder Nacional: mecanismo utilizado en algunos países ante la incapacidad de las autoridades locales en asumir sus competencias. Desde un principio, esta solución fue desechada para Caracas por alejar del ciudadano los mecanismos de participación tan necesarios para el desarrollo. Expresamente señalaba Brewer en su oportunidad: “...esta solución impide el crecimiento y desarrollo de las instituciones locales, que por otra parte, desde el punto de vista político, son indispensables, no como autonomías inútiles, sino como reales mecanismos de participación de la población dentro del proceso de decisión urbana”. Al respecto concluía enfáticamente en que “en todo caso, insisto, estimo que la asunción por parte del Poder Nacional de las funciones metropolitanas no es la solución adecuada a los problemas metropolitanos”¹⁴.

b. Los Distritos Especiales para los Servicios Metropolitanos, es decir, la creación de “entes con competencia global para una determinada área urbana en funciones concretas de carácter urbano, para su realización uniformemente en el área”. Es el ejemplo que imperó por muchos años de la Administración del Acueducto de la Zona Metropolitana (AAZM), de la Mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Área Metropolitana de Caracas creada en 1972, o del Convenio sobre la Policía Metropolitana suscrito en 1969. Sin embargo, estas soluciones “no implican una solución global a los problemas administrativos del área”¹⁵.

c. La estructuración de un Gobierno Metropolitano: Esta solución implica la estructuración de un gobierno para el área, lo cual puede lograrse a través de dos mecanismos: “la creación de un gobierno único para toda el área metropolitana o la creación de un

10. BREWER-CARÍAS, Allan, “La integración del Área Metropolitana de Caracas y la coordinación de los servicios de transporte urbano”, en *Revista Talle*, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela, n° 20, Caracas 1966, pp. 23 a 27.

11. BREWER-CARÍAS, Allan, “El Área Metropolitana de Caracas y la Cooperación Intermunicipal en materia de Urbanismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 35, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, pp. 49 a 76.

12. Sobre la integración de dichas comisiones y el proyecto de Convenio ver *idem* 11, pp. 62 a 76.

13. BREWER-CARÍAS, Allan, “Algunas soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas”; en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, n° 2, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, junio 1977, pp. 17 a 39.

14. *Idem* 13, pp. 20 y 21

15. *Idem* 13, pp. 21 y 22

gobierno a dos niveles para la misma"¹⁶. Aún cuando Brewer señala que la solución menos problemática desde el punto de vista organizativo sería la de la anexión, es decir, el establecimiento de una única jurisdicción político territorial, reconoce, asimismo, que la autonomía municipal imperante en Venezuela desde sus inicios harían muy difícil, políticamente, la escogencia de dicho mecanismo. En tal virtud señala la modalidad de la creación del gobierno a dos niveles como el mecanismo más acorde con la realidad caraqueña, y la mayormente aplicada en las áreas metropolitanas de otros países. "*La característica fundamental de esta fórmula de gobierno metropolitano a dos niveles está en que los gobiernos locales no desaparecen con la estructuración del gobierno metropolitano, sino que permanecen intactos o no sufren sino modificaciones parciales. La fórmula implica entonces la creación de un nuevo escalón o nivel de gobierno de ámbito metropolitano, para la organización y coordinación de los grandes servicios que abarcan toda el área metropolitana*"¹⁷.

En un estudio realizado en 1982, Brewer insistió en la modalidad de creación de un sistema de gobierno metropolitano independiente para toda la Región Capital. Sobre este estudio es importantísimo distinguir su observación sobre la necesaria inclusión de otras áreas que ya formaban parte de la realidad metropolitana de Caracas. Expresamente señalaba Brewer: "*No debemos olvidar que Caracas, ya no sólo es el casco central de la capital al oeste del valle del Ávila. Caracas, en efecto, no sólo está formada por el Departamento Libertador del Distrito Federal y por el Distrito Sucre del Estado Miranda, sino que también forma parte de ella, el Distrito Guaicaipuro de dicho Estado. La vida de la capital. Además, está íntimamente vinculada al Litoral Central, es decir al departamento Vargas del Distrito Federal; a los Distritos de los Valles del Tuy; a los Distrito del Valle Guarenas-Guatire y a los Distrito de Barlovento, en el Estado Miranda. Esas cinco áreas territoriales forman la Región Capital, y deben, en un futuro, formar una sola unidad político territorial, para lo cual debe establecerse un sistema único de gobierno*"¹⁸.

Vale la pena resaltar aquí que una de las principales críticas al Distrito Metropolitano de Caracas creado en cumplimiento del artículo 18 de la Constitución de 1999, ha sido precisamente el no haber previsto la inclusión de otras áreas territoriales que forman parte de la realidad metropolitana de Caracas. Este planteamiento fue hecho por los diferentes estudios de la ciudad pero no encontraron eco en el debate Constituyente, omisión que ha dejado a Caracas sin una organización verdaderamente metropolitana.

La búsqueda de un sistema de gobierno para Caracas continuó, paralela a la insistencia de otros sectores por el reordenamiento urbanístico de la ciudad (Ej. Plan Estratégico de Caracas, etc.). Especial referencia merece la creación del Consejo de Gobierno

16. *Idem* 13, p. 26.

17. A solicitud del Gobernador del Distrito Federal, BREWER preparó un estudio sobre *Mecanismos para la Integración del Distrito Sucre del Estado Miranda al Distrito Federal* (1976), publicado en BREWER-CARIAS, Allan e IZQUIERDO COSER, Norma, *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas 1977, pp. 315 a 318.

18. Este estudio fue presentado por BREWER en fecha 25 de julio de 1982 a la Comisión Bicameral Especial que tenía a su cargo los estudios sobre la posible creación del Estado Vargas, la Reforma de la Ley Orgánica del Distrito Federal y la elaboración del Proyecto de Ley de Coordinación de las jurisdicciones que actúan en el área de Caracas. En este estudio BREWER presenta concretamente las reformas a largo y a corto plazo que debía "*darle un tratamiento global e integral al problema institucional de Caracas y la Región Capital*". BREWER-CARIAS, Allan; *Propuesta para una Reforma Institucional de Caracas y de la Región Capital*, editado por la Dirección de Relaciones Públicas del Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1982.

del Área Metropolitana de Caracas¹⁹, el cual tenía como finalidad la coordinación de las actividades municipales, estatales y nacionales en el área metropolitana. Dicho Consejo formó parte del importantísimo esfuerzo de Brewer como Ministro de Estado para la Descentralización durante el gobierno del Presidente Ramón J. Velázquez (junio 1993–febrero 1994)²⁰. Las soluciones de cooperación, conciliación y coordinación consagradas en este instrumento jurídico pueden servir de base para el funcionamiento del Distrito Metropolitano, cuyo régimen jurídico está aún por concretarse en las Ordenanzas que el Cabildo Metropolitano está llamado a promulgar.

Entre estas soluciones vale la pena resaltar que el ámbito metropolitano considerado en este Reglamento incluía, además del Municipio Libertador y los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo, a los Municipios Vargas, Los Salias y Carrizal. Dicho ámbito era, sin lugar a dudas, más “metropolitano” que el que finalmente fue acogido en el Distrito Metropolitano de Caracas. Si bien el Municipio Vargas del Distrito Federal fue convertido en Estado Vargas, los Municipios Los Salias y Carrizales del Estado Miranda podrían haber sido incluidos en el Distrito Metropolitano dada su interrelación necesaria con la ciudad. Asimismo vale la pena resaltar que el Reglamento de Creación del Consejo de Gobiernos no dejaba lugar a dudas en cuanto a que el Plan de Ordenación Urbanística (POU) del Área Metropolitana debía ser aprobado por dicho Consejo (artículo 5, lateral b), antes de su aprobación conforme a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Con la consagración actual de dicha competencia en el artículo 19 de la Ley del Distrito Metropolitano, no se tiene claro si el POU debe ser dictado por el Gobierno Metropolitano o si el Cabildo debe aprobar otro tipo de plan intermedio entre el POU y el Plan de Desarrollo Urbano Local. Como este, muchos ejemplos de coordinación pueden ser tomados en cuenta en las actuales circunstancias en las cuales el régimen del Distrito Metropolitano aún no ha sido desarrollado en las Ordenanzas Metropolitanas correspondientes.

Para el año 1995, el Concejo Municipal de Caracas organizó un movimiento para estudiar las diferentes ideas para transformar la ciudad y hacerla más gobernable. En su participación en dichos Foros, Brewer insistió en la necesidad de arreglar, en primer lugar, el problema institucional, único mecanismo para comprometer verdaderamente a todas las autoridades involucradas en los problemas de la ciudad. Al respecto señaló que “... *el principal problema de Caracas, el problema que ha tenido de siempre, es carecer de estructuras institucionales que permitan que esta ciudad sea gobernada, sea gobernada como una sola ciudad y no en parcelitas como la situación que tenemos en la actualidad*”²¹. La discusión del Plan Estratégico para Caracas, requería, en su criterio, del establecimiento previo de una estructura institucional que le diese a la ciudad un tratamiento de gobierno único. Por ello era enfático al señalar: “*No existe en ninguna parte del universo, es decir, del mundo actual, ninguna gran ciudad que no haya resuelto su problema institucional, de manera que las enseñanzas de las ciudades europeas están allí. Madrid, es una comunidad autónoma; París es un Departamento Especial de la ciudad de París; el gran Londres es parte de una organización que depende del Consejo del Gran Londres; las ciudades americanas y canadienses se han estructu-*

19. Creado mediante Decreto n° 3309 de fecha 22 de diciembre de 1993 mediante el cual se dictó el Reglamento Parcial n° 6 de la Ley Orgánica de Descentralización, Determinación y Transferencia de competencias del Poder Público sobre el Consejo de Gobierno del Área Metropolitana de Caracas (G.O. n° 35.301 del 21-9-93).

20. BREWER-CARÍAS, Allan, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Editorial Arte, Caracas 1994.

21. Ponencias publicadas en *Caracas, Presente y Futuro. Ideas para una Ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 67 a 73.

rado a base de Municipios, pero luego con una federación de Municipios han establecido autoridades metropolitanas, pero en definitiva no existe en ninguna parte una gran ciudad que no tenga un gobierno a dos niveles, una autoridad metropolitana con todas las características de autoridad electa y con poder necesario para gobernar la ciudad en su globalidad y en los asuntos que son de carácter metropolitano y por la otra unas autoridades locales para los asuntos estrictamente locales en la multitud de Municipios que puedan estar y que existen normalmente en una ciudad”²². Resalta una vez más la propuesta sobre la modalidad del gobierno a dos niveles como única respuesta a los problemas institucionales de las áreas metropolitanas.

2. Debate Constituyente

A pesar de los múltiples esfuerzos por promulgar la ley especial ordenada por el artículo 11 de la Constitución, y de la existencia de variados proyectos de reforma institucional y urbanística de Caracas, lo cierto es que la ciudad se fue desarrollando sin la unidad anhelada. El Distrito Sucre se dividió en cuatro Municipios, y al Distrito Federal le fue sustraído el territorio del Municipio Vargas para la creación del Estado Vargas. Todo esto sin la necesaria coordinación institucional y con la sola existencia de mancomunidades en algunas actividades (tránsito, agua, etc.). Estas soluciones intermedias eran necesarias, pero sólo como el inicio de una verdadera reforma institucional que proporcionara a la ciudad un gobierno metropolitano de unidad.

La oportunidad real de dicha reforma se presentó con la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1999 para otorgar al país un nuevo contrato social que respondiera a las necesidades de cambio que el país desde hace tiempo reclamaba. Brewer fue uno de los cuatro Constituyentes independientes elegidos y por lo tanto participó en el debate para la creación del nuevo régimen institucional de la ciudad, en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, que abarcara a los municipios del Distrito Federal y del Estado Miranda en los cuales está ubicada Caracas.

La propuesta original era la de crear un Distrito Capital que abarcara tanto el Municipio Libertador como los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y el Hatillo del Estado Miranda, lo cual significaba separar dichos Municipios del Estado Miranda. Sin embargo, razones políticas lo impidieron quedando como mandato constitucional la imposibilidad de vulnerar el territorio del Estado Miranda.

La segunda discusión del artículo 17 (finalmente 18), fundamentalmente giró en torno a si la ley especial debía establecer la unidad político territorial de la ciudad o sólo su forma de gobierno, y en torno al necesario respeto a la integridad territorial del Estado Miranda. En opinión del Constituyente Brewer, una misma ley orgánica debía establecer “*el régimen de gobierno y administración del Distrito Capital, así como su organización y funcionamiento*”, y además, debía “*organizar un sistema de gobierno municipal, a dos niveles, metropolitano y local,*” que abarcara los municipios del Distritos Capital, y del Estado Miranda en los cuales está ubicada la ciudad de Caracas, con la determinación de las respectivas competencias y recursos²³. En su criterio, la norma no debía hacer referencia a la creación de la unidad político territorial puesto que traería confusión en cuanto a la integración o no de los Municipios Sucre, Baruta, El Hatillo y

22. *Idem* 21, pp. 69 y 70.

23. V., Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, septiembre-octubre 1999, p. 14.

Chacao al Estado Miranda. Al respecto señaló: “*Pero, de ahí a decir que la ciudad de Caracas es una unidad política territorial que abarca el Distrito Capital y los municipios del Estado Miranda es ponernos de nuevo en el conflicto, de si están o no estos municipios del Estado Miranda integrados a otra cosa*”²⁴. Su proposición sobre una nueva redacción no fue acogida y de ahí que el artículo 18 de la Constitución vigente señale que la ley establecerá la unidad políticoterritorial de la ciudad, con las confusiones que ello puede acarrear al no ser Caracas una entidad político territorial, en los términos del artículo 16 de la Constitución.

La confusa redacción del proyecto se manifestó asimismo en la redacción de la Disposición Transitoria Primera. En dicha disposición transitoria se confunde la ley orgánica a que hace referencia el artículo 18 con la ley orgánica que debe dictarse para organizar el Distrito Capital (artículos 156, 10 y 187 de La Constitución). En efecto, la misma señala que la Asamblea Constituyente debía promulgar “*la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18*”, cuando la ley que prevé el artículo 18 es la ley que debía organizar la ciudad de Caracas, conformada tanto por el Distrito Capital como por los correspondientes Municipios del Estado Miranda. Así finalmente lo entendió la Asamblea Nacional Constituyente, razón por la cual, antes de finalizar su gestión y de una forma por demás improvisada y superficial, sancionó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas. Pero ya la confusión reinaba y de ahí pueden haber partido las inconsistencias y las omisiones en el régimen jurídico del Distrito Metropolitano de Caracas creado en enero de 2000.

En efecto, siendo la única Ley que debía dictar la Asamblea Nacional Constituyente antes de cesar en sus funciones, en fecha 25 de enero de 2000, se procedió a dar lectura y discusión al proyecto de ley que debía dictarse en ejecución de la Disposición Transitoria Primera²⁵. Este primer proyecto presentado por el Constituyente José Vicente Rangel tenía el nombre de “*Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital*”, confundiendo el Distrito Capital con la ciudad de Caracas, aún cuando expresamente señalaba que el proyecto se presentaba en ejecución del artículo 18 de la Constitución.

Así fue puesto de manifiesto por el Constituyente Brewer haciendo énfasis además en la necesidad de delimitar con claridad las competencias de ambos niveles, metropolitano y municipal: “*para eso, el elemento clave son las competencias. No ganamos absolutamente nada con montar un aparato de órganos, de consejo metropolitano, de alcaldes, sin decir cuales son las competencias; la clave en la organización de un área metropolitana es la distribución de las competencias entre el nivel metropolitano y el nivel local. Hay que pensar en la planificación urbana, en el tránsito y transporte, en la seguridad y policía urbana, en el aseo urbano, en los acueductos, en el sistema de alcantarillado, en salud pública....Por ejemplo, en materia de planificación urbana hay que decir: la planificación de toda la ciudad de Caracas es metropolitana, pero el control urbanístico corresponde a cada municipio con sus ingeniería municipales. Abastecimiento de agua, es metropolitano absolutamente...*”²⁶. En su opinión, el proyecto presentado no hacía esta distinción, convirtiendo al alcalde metropolitano en un simple coordinador de mancomunidades. Suponemos que habiendo esperado y hecho innumerables estudios sobre la ley especial a la que hacía referencia el artículo 11 de la Constitución de 1961, Brewer quiso evitar que se repitiera la historia y emplazó a los Consti-

24. *Idem* 21, p. 15.

25. V., Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, noviembre 1999 – Enero 2000, pp. 2 y ss.

26. *Idem* 25, p. 8.

tuyentes a que se establecieran con claridad las competencias de cada nivel directamente en la ley, evitando dejar la discusión a acuerdos futuros de mancomunidades voluntarias.

Con apuro, apenas tres días después, el 28 de enero de 2000, se llevó a cabo la segunda discusión del proyecto dejando aclarado que se trataba del régimen jurídico de Caracas y no del régimen del Distrito Capital. Tal como quedó establecido en la ley que rige su funcionamiento, para la organización administrativa de Caracas se escogió finalmente el sistema de gobierno municipal a dos niveles con elección universal directa y secreta del Alcalde y Concejales Metropolitanos, y dejando incólume la integridad territorial del Estado Miranda. Sin embargo, muchos temas fueron dejados por fuera o fueron insuficientemente regulados, entre otros el de las zonas de influencia de Caracas (Los Teques, Guarenas, Guatire, etc.) que debían estar incluidos en esa realidad metropolitana. Por otra parte, no fue clara la regulación de otros problemas básicos para la viabilidad real del Distrito Metropolitano de Caracas, como lo eran su potestad tributaria, el régimen de sus bienes y las demás competencias específicas. Esto motivó que a pocos meses de su promulgación, la ley fuese objeto de un recurso de interpretación decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2000²⁷.

3. Planteamientos posteriores a la Constitución 1999

No hay duda que el artículo 18 de la Constitución de 1999 significa un avance con respecto al artículo 11 de la Constitución de 1961. Con la nueva consagración constitucional se estableció directamente un sistema de gobierno para la ciudad, superando así el sistema de la delegación a una Ley especial que regulara la coordinación de las distintas jurisdicciones que conviven en Caracas. Se conseguía así la tan anhelada organización administrativa necesaria para llevar adelante los proyectos metropolitanos que guiarían el crecimiento de la ciudad como un todo.

En su obra posterior a la promulgación de la Constitución de 1999, Brewer muestra su disconformidad con dicha organización administrativa en razón de no haber desmembrado al Estado Miranda e integrado los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y El Hatillo al Distrito Capital. Al respecto señala: *“En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle de nombre al Distrito Federal, sino crear un “Distrito Capital” en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de este, el de los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos Municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución territorial definitiva para Caracas, y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal, con la mención expresa de que debía preservarse la integridad territorial del Estado Miranda”*²⁸.

27. V., en www.tsj.gov.ve, Sala Constitucional, 13 de diciembre de 2000, con Ponencia de Jesús Eduardo Cabrera..

28. BREWER-CARÍAS, Allan, “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*. Universidad Católica del Táchira n° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 109.

Con esta afirmación, Brewer se acerca a las conclusiones del estudio que realizara para el Congreso en 1982, en el cual proponía un cambio radical en la estructura del régimen del Distrito Federal y del Estado Miranda a fin de lograr una entidad política territorial nueva²⁹. Tal como lo dispuso en esa oportunidad, dicha propuesta implicaba una enmienda a la Constitución y con la Constituyente el momento había llegado. Sin embargo, la realidad política imperante durante la Asamblea Nacional Constituyente hicieron imposible la puesta en práctica de esta solución radical. Si bien facilitaba la organización institucional de la Ciudad al conformarla por Municipios de una misma entidad Federal (el Distrito Capital), dejaba al Gobierno de Miranda desprovisto de los Municipios más prósperos de dicho Estado³⁰.

Aún así, lo cierto es que Caracas quedó convertida en una unidad, conformada por Municipios de distintas entidades territoriales, con un régimen de gobierno municipal a dos niveles, con el único inconveniente de que los Municipios que lo conforman pertenecían a entidades federales distintas.

Dicha unidad fue convertida en Distrito Metropolitano con la promulgación de la Ley Especial que rige su funcionamiento. No encontramos en la obra posterior de Brewer crítica alguna a la escogencia de la figura del Distrito Metropolitano para organizar administrativamente Caracas.

Sin embargo, en materia de asignación de competencias a ambos niveles, encontramos duras críticas no necesariamente relativas a la ley especial sino a la interpretación que la Sala Constitucional expuso mediante sentencia de fecha 13-12-00. Tal como hemos establecido anteriormente, los estudios anteriores a 1999 revelaban la importancia de la asignación clara de competencias a los niveles metropolitano y municipal, en caso de escoger dicha figura como forma de organización administrativa de un área metropolitana. Tal como fue redactado el artículo 19 de la ley especial, se presentaban numerosas dudas sobre la extensión de las competencias metropolitanas con respecto a las competencias locales. La enumeración consagrada en dicho artículo fue entendida por la Sala Constitucional como competencias exclusivas del nivel metropolitano, lo cual es enfáticamente cuestionado por Brewer: *“En consecuencia, es totalmente equivocada la operación de “sustracción” o “resta” que arbitrariamente hizo la Sala Constitucional, de “quitarle” a los Municipios del Área Metropolitana de Caracas parte de sus competencias constitucionales (art. 178) y pretender crear una exclusión y una “materia” de competencias municipales exclusivas del nivel distrital metropolitano. La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales un informe a la enumeración del artículo 19 que ámbito “macro” correspondía al nivel distrital metropolitano y que ámbito “micro” correspondía al nivel municipal”*³¹.

29. *Idem* 18

30. Durante las discusiones, comenzó por los medios de comunicación una campaña para afianzar la pertenencia al Estado Miranda. Comenzó a oírse la frase “Somos mirandinos”, término nunca usado hasta ese momento y el cual quedó en el olvido una vez promulgada la Constitución.

31. *Idem* 28, pp. 128 y 129.

III. BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS

1. Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas

Uno de los primeros aspectos del régimen jurídico de Caracas que llamó la atención de Brewer fue precisamente el tema de la necesidad de lograr una cooperación en materia de urbanismo³². En los años 1966 y 1967 formó parte de la Comisión Municipal de Planeamiento Urbano del Distrito Federal³³ y posteriormente de la Comisión Especial para la Integración del Área Metropolitana de Caracas³⁴, las cuales tuvieron como objetivo presentar a las Municipalidades de Caracas (Distritos Sucre y Federal), el proyecto de Convenio de Mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Área metropolitana de Caracas³⁵. Las bases de dicho proyecto pueden resumirse en los siguientes términos:

- a. En ausencia de la Ley especial del artículo 11 de la Constitución de 1961 era necesario que las Municipalidades suscriban un convenio de mancomunidad.
- b. Era necesario que todas las Municipalidades sancionaran la misma Ordenanza sobre planeamiento urbanístico de la Ciudad creando órganos comunes de dirección, asesoría y ejecución.
- c. Toda construcción en Caracas debía contar con la aprobación de esos órganos comunes.
- d. El Plan General a dictarse debía ser obligatorio para todos los organismos públicos y privados correspondiendo su elaboración y ejecución a ese organismo común³⁶.

En el año 1972 se suscribió el Convenio de Mancomunidad fundamentado entre otros considerandos en “que el Valle de Caracas constituye una unidad topográfica y que el incremento demográfico y urbano del Departamento Libertador del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, unido a la interinfluencia de sus actividades y servicios ha provocado la ruptura real de los límites político-territoriales establecidos en esta zona”³⁷. Tal como lo preveía dicho Convenio, ambas Municipalidades promulgaron además la misma Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia, con lo cual se avanzaba bastante en el objetivo de lograr un desarrollo armónico de la ciudad³⁸.

Esta Ordenanza de Ordenación Urbana es de obligatoria referencia en los actuales momentos en los cuales la ciudad está esperando del Cabildo Metropolitano la Ordenanza respectiva. En aquella Ordenanza fueron creadas la Comisión Metropolitana de Urbanismo y la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, como máximos organismos asesor y planificador, respectivamente, de la ciudad. Además, en ella se regula-

32. *Idem* 11.

33. Conformada por los arquitectos: FOSSI, Víctor; SANABRIA, Tomás; BORGES, Bernardo; OLBRICH, Hasso; LARES, Omer y PIMENTEL, Francisco; los ingenieros: MORASSO, Luis E.; YABER, José; DÍAZ CHÁVEZ, Francisco y SANANEZ, Juan. V., en BREWER-CARÍAS, Allan, *Idem* 11, p. 62.

34. Designada por los Presidentes de los Concejos Municipales del Distrito Federal y del Estado Miranda en fecha 5-4-1967, conformada por los Dres. CASTRO, Julio y BREWER, Allan, por el Distrito Federal y ARREAZA, Frank y MARTE SOSA, Joaquín, por el Distrito Sucre. *Idem* 11 p. 63.

35. V., texto del proyecto en *Idem* 11, pp. 63 a 76

36. *Idem* 11, p. 62.

37. Suscrito el 27 de enero de 1972 por el Gobernador del Distrito Federal y por el Presidente del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda. Consultado en original.

38. El Distrito Sucre la sancionó en fecha 26 de julio de 1972 y el Distrito Federal en fecha 19 de julio de 1972.

ba la actividad planificadora en detalle, la cual estaba fundamentada en el crecimiento armónico de toda la ciudad y no en el crecimiento aislado sólo regulado en ordenanzas de zonificación, como finalmente sucedió.

Es importante destacar la insistencia de Brewer en cuanto a que la suscripción de dicha Mancomunidad era necesaria, pero sólo como “*el primer paso hacia el mecanismo de integración completa entre las jurisdicciones que actúan en dicha área*”³⁹, lo cual, como señalamos anteriormente, nunca se materializó en la ley especial que ordenaba el artículo 11 de la Constitución de 1961.

La Comisión Metropolitana de Urbanismo y la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano (OMPU) fueron instaladas, pero aún así no se logró dictar el Plan General de Desarrollo Urbano del Área Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. Este Plan debía ser elaborado por la Comisión Metropolitana de Urbanismo, para su posterior revisión por la OMPU, y su consecuente aprobación por cada uno de los Concejos Municipales. Los lineamientos establecidos en dicho Plan servirían de base para los planes especiales y las ordenanzas de zonificación que debían ejecutar el planeamiento general. La historia nos dice cómo la ciudad siguió zonificándose sin que previamente se planificara.

Paralelamente, el Poder Nacional dictó múltiples normas que incidían sobre el desarrollo urbanístico de la ciudad, sin contar con la debida participación de los organismos municipales involucrados⁴⁰. Al respecto Brewer concluía: “*En todo caso, un análisis institucional de las competencias urbanísticas relativas a la antigua Región Capital, evidencia que la ordenación urbanística de esta importante área, en primer lugar es dispersa e incoherente, y en segundo lugar, está ahogada en Comisiones, por lo que no puede ser más inoperante. No sólo se han venido atribuyendo facultades paralelas a los más variados organismos, lo que hace confusa la determinación de las competencias en cada zona, sino que materialmente resulta imposible que algunos puedan realmente participar en tantas y tantas comisiones, respondiendo a alguna política más o menos uniforme. Se impone, por tanto, la realización de un gran esfuerzo por reordenar la situación existente, de manera que se superen las interferencias y superposición de competencias*”⁴¹ y ⁴².

En 1983 Brewer dirigió la organización del Primer Seminario Internacional de Derecho Urbanístico, en el cual expuso su preocupación sobre estos temas, reiterando las opiniones emitidas en su Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1978) y que es necesario recordar para entender el desarrollo urbano de Caracas: “*hemos sufrido un proceso de urbanización acelerado, pero hemos carecido de urbanismo; hemos tenido urbanizadores pero, también hemos carecido de urbanistas...*”. “*El urbanismo presupone, ante todo, una ordenación y una planificación del desarrollo urbano y del crecimiento de las ciudades, para garantizar una adecuada vida de los hombres; presupone, por tanto, ordenación y previsión, teniendo en cuenta no sólo los derechos particulares, sino los intereses colectivos del hombre en su rela-*

39. BREWER-CARÍAS, Allan; *Urbanismo y Propiedad Privada*, ob. cit., p. 263.

40. Un resumen de dichas normas puede encontrarse en BREWER-CARÍAS, Allan, *Urbanismo y Propiedad Privada*, ob. cit., pp. 267 a 289 y BREWER-CARÍAS, Allan, “Comentarios sobre las recientes regulaciones urbanísticas relativas a la Región Capital”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 54, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 109 a 153.

41. BREWER-CARÍAS, Allan, *Urbanismo y Propiedad Privada*, ob. cit., p. 288.

42. V., también, BREWER-CARÍAS, Allan, “Comentarios a las Normas para el desarrollo y control de Urbanizaciones” dictada por Decreto n° 668 de 3 de julio de 1980, en *Revista de Derecho Público* n° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 77 a 88.

ción con el entorno urbano. La urbanización representa lo contrario. Cuando la expansión de áreas urbanas y la ocupación de áreas rurales por asentamientos humanos no obedecen a una orientación global del desarrollo de la ciudad, integrada al territorio del país, hay urbanización, no hay urbanismo; cuando las grandes ciudades comienzan a ser ocupadas por asentamientos poblacionales de origen rural incontrolados, produciéndose ese proceso de ruralización de las ciudades tan característico de nuestro tiempo, hay urbanización y no hay urbanismo; en fin, cuando no es el interés colectivo el que guía el proceso de crecimiento urbano, sino los intereses particulares, hay urbanización y no hay urbanismo”⁴³. Esas reflexiones siguen vigentes más de veinte años después.

La ausencia de planificación general y la dispersión de las normas urbanísticas para Caracas, motivaron el interés de Brewer en coordinar la elaboración del Manual de Zonificación para los Municipios Baruta y El Hatillo, a los fines de centralizar toda la información sobre la zonificación de gran parte del este y del sureste de la ciudad⁴⁴. En la presentación a este Manual, comenzamos a evidenciar en la obra de Brewer su interés por el origen de las ciudades latinoamericanas y su lamento por el método de zonificación que lamentablemente se impuso a partir de los años cincuenta en Caracas, como copia de modelos extranjeros.

Al respecto señalaba en esa oportunidad: “Contrariamente a la situación contemporánea, hasta las primeras décadas del presente Siglo, la regulación de los usos del suelo urbano estaba guiada, más por razones de estética y policía urbana que por criterios de discriminación de usos concretos y aislados en zonas. La ciudad era un todo de vida urbana, donde se mezclaban todos los usos posibles. Las ciudades eran, así, ciudades: un conjunto de asentamiento surbanos, donde se residía, se trabajaba, se comerciaba, se producía, se estudiaba, y donde había espacios de recreación y circulación. Los usos eran entremezclados y los inmuebles se caracterizaban por criterios de multiuso.

Lamentablemente, la modernidad urbanística importada en la mitad de este Siglo, de nuevas corrientes de arquitectura urbana ideadas para otras realidades, y que coincidió con la transformación económica del país y el comienzo de su urbanización, condujo al abandono del esquema de ciudad que nuestro país había desarrollado en los siglos precedentes y que incluso, en su forma reticular, todavía existía en la década de los treinta”⁴⁵.

Tal como señaláramos, la Ordenanza de Ordenación Urbana promulgada por los Distritos Sucre y Federal debía producir la posterior aprobación del Plan General de Desarrollo Urbano que nunca se dictó. Por su parte, las Ordenanzas de Zonificación de ambos Municipios siguieron estando vigentes, reformándose en varias oportunidades y cumpliendo la labor planificadora que el Plan estaba llamado a cumplir. Este hecho trajo como consecuencia, que la ciudad no estuviese planificada como un todo sino dividida en dos amplias Ordenanzas de Zonificación. Así, en el este de la ciudad (gran parte de lo que era el Distrito Sucre), el proceso de urbanización se llevó a cabo de una forma aún más descoordinada. Tal como lo resume Brewer en la presentación del Manual, el único Plano de Zonificación aprobado globalmente para el este de la ciudad fue el fa-

43. BREWER-CARÍAS, Allan, “La Urbanización en Venezuela y la Ausencia de un Derecho Urbanístico”, en *De-recho Urbanístico. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. V, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 16.

44. *Manual de Zonificación de los Municipios Baruta y El Hatillo*. Fundación de Derecho Público, Editorial Arte, Caracas 1994.

45. *Manual de Zonificación... ob. cit.*, pp. 9.

moso Plano del Acuerdo N° 25 sancionado por el Concejo Municipal del Distrito Sucre en fecha 15 de septiembre de 1966. “*Si se observa dicho plano, en el mismo se asignó todo lo que es hoy el Municipio Baruta y el Municipio El Hatillo, la zonificación RE, o Zonas con reglamentación Especial...*”. “*La consecuencia de esa regulación fue que la asignación del uso del suelo urbano a los inmuebles, se hizo caso por caso, a medida que el Sureste de la ciudad se fue urbanizando, fundamentalmente mediante los oficios de los Ingenieros Municipales que contenían los permisos de construcción de las urbanizaciones, los cuales sólo podían consultarse en los archivos de la Ingeniería Municipal o en las oficinas del Urbanizador. En igual sentido, los planos de las urbanizaciones, sólo podían ser consultados en los archivos de la ingeniería Municipal*”⁴⁶.

De ahí la necesidad de centralizar en un solo tomo los oficios y planos reguladores de esa parte de la ciudad, objetivo logrado en el Manual, el cual, si bien no es una publicación oficial, es consulta obligatoria de todo ingeniero, urbanista, arquitecto o abogado interesado en el área, dada la precisión de la información contenida en él.

De esta manera, en el ámbito de la ordenación urbanística, el Distrito Metropolitano de Caracas encontró una ciudad no planificada, sólo regida por múltiples Ordenanzas de Zonificación y Oficios aprobatorios aislados. Se impone entonces la promulgación por el Cabildo Metropolitano, de una Ordenanza que establezca claramente los lineamientos sobre la planificación urbanística y su ejecución. Esta competencia debe ser entendida en correspondencia con el ámbito espacial de los niveles municipales que integran el Distrito y no en el sentido excluyente que ha pretendido la Sala Constitucional en su Sentencia de fecha 13-12-00⁴⁷.

Sobre dicha competencia, la Sala Constitucional señaló lo siguiente: “*Corresponde al nivel metropolitano la planificación y ordenación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias. Esto presupone una ordenación legal referente a lo general del área, pero no impide una particular dictado por cada municipio en lo que le es propio y que no choque con la general*”. Este enfoque es coherente con la creación de un sistema de gobierno a dos niveles y con la idea de planificación general de la ciudad que se pensó en la década de los 70 y que comenzó, como hemos expuesto, con el Convenio de Mancomunidad Urbanística y la Ordenanza de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas, pero que nunca llegó a concretarse en el anhelado Plan General de la Ciudad.

Lo que no es coherente con la competencia municipal en materia de ordenación urbanística (artículo 178) es la interpretación de la Sala Constitucional en cuanto a la imposibilidad para los Municipios de modificar o dictar Ordenanzas de ordenación urbanística hasta tanto el Cabildo Metropolitano dicte dichos lineamientos. En efecto, señaló la Sala en su interpretación que “*mientras las ordenanzas no se promulguen, quedan vigentes las ordenanzas de cada Municipio, quienes no deberán modificarlas, hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el Cabildo Metropolitano*”.

Esta última afirmación produjo alarma en los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano al verse imposibilitados de aprobar los Planes de Desarrollo Urbano Local cuya competencia les es asignada por la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Varios Municipios tenían adelantados dichos Planes o en la mayoría de los casos, tenían preparadas reformas a las Ordenanzas de Zonificación vigentes. Con la interpretación

46. *Manual de Zonificación... ob. cit.*, pp. 9.

47. *Idem* 27

de la Sala Constitucional, parecía que dicho trabajo tendría que quedar congelado hasta tanto el Cabildo Metropolitano aprobara la Ordenanza de lineamientos generales en materia de planificación y ordenación urbanística. Lo cierto es que los Municipios estaban obligados a dictar los respectivos Planes de Desarrollo Urbano Local desde la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en 1987 y ninguno de los Municipios del Distrito Metropolitano de Caracas había, en doce años, cumplido con dicha obligación.

En nuestra opinión, los efectos de la afirmación de la Sala Constitucional tenían y tienen que ser interpretados tomando en cuenta los lineamientos que la misma Sala enunció para interpretar las competencias de los dos niveles municipales que conforman el Distrito Metropolitano: *el ámbito espacial*. En todo caso, dicha afirmación no podía ser nunca interpretada como la derogatoria de una competencia constitucional.

En el mismo sentido y con respecto a la interpretación de la Sala, Brewer ha señalado: *“La Sala Constitucional, lamentablemente, no fue lo exacto que se requería fuera en esta materia. Reconoció que la competencia en la materia es una competencia compartida entre los dos niveles de gobierno municipal, en indicó correctamente que, en particular, corresponde al Concejo Metropolitano de Caracas, dictar mediante Ordenanza el régimen de distribución del ejercicio de la competencia, conforme a los “macro” y lo “micro”, entre el nivel metropolitano y el nivel municipal”*⁴⁸.

Sin embargo, con respecto a la congelación de la planificación urbanística a nivel municipal, fue enfático en cuanto que *“en una afirmación sin asidero jurídico ni lógico-urbanístico, (la Sala) señaló que mientras no se dictara a Nivel Metropolitano el Plan General de Ordenación Urbanística de Caracas, los Municipios no podían modificar sus Ordenanzas. Esto no tiene sentido alguno desde el punto de vista del ejercicio de las competencias municipales ni desde el punto de vista urbanístico”*⁴⁹.

En consecuencia en materia de planificación urbanística la Ordenanza que sea dictada por el Cabildo Metropolitano debería seguir estos lineamientos y distribuir dicha competencia con base en el ámbito territorial de cada nivel. En opinión de Brewer, esto debe ser interpretado a la luz del sistema jerarquizado de planes consagrado en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, siendo que al nivel metropolitano le correspondería el Plan de Ordenación Urbanística (POU) y al nivel municipal los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL): *“En materia de planificación urbanística, la distribución de la competencia entre los dos niveles por la Ley Especial debe seguir la orientación de la Ley orgánica de Ordenación Urbanística, por lo que corresponde al nivel metropolitano el Plan de Ordenación Urbanística (art. 21 y siguientes LOOU) de toda la ciudad de Caracas (en lugar de al Ministerio de Infraestructura, antiguo Ministerio de Desarrollo Urbano) y a los niveles municipales, los Planes de Desarrollo Urbano Local (arts. 34 y sigts. LOOU), con todas las implicaciones y diferencias que establece la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”*⁵⁰.

2. Sobre el trazado regular de la ciudad

El interés de Brewer en Caracas se relaciona también con su obsesión por el tema de la ciudad y su historia, especialmente por el orden que se siguió para el trazado regular

48. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo*, ob. cit., pp. 132.

49. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo*, ob. cit., pp. 132.

50. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo*, ob. cit., pp. 134.

de la ciudad hispanoamericana en los dos primeros siglos que siguieron al Descubrimiento. Su admiración por la empresa emprendida por los españoles durante el poblamiento de América y la forma ordenada de dar cuerpo a dicho poblamiento, se tradujo en una apasionante investigación que está aún por terminarse. Esa admiración la ha expresado en los siguientes términos: “... en un lapso de dos siglos (XVI y XVII) en el Nuevo Mundo americano español se produjo la fundación del mayor número de ciudades jamás establecidas, con un trazado regular, en toda la historia de la humanidad. Es decir, ningún pueblo en la Historia Universal ha creado, antes o después, una red urbana tan completa y regular, en un espacio geográfico tan amplio y en un tiempo tan breve”⁵¹.

Es imposible resumir aquí la extensión de la investigación presentada por Brewer y cuya continuación está en estos momentos preparando por invitación de la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York. Lo que es si es posible, y además indispensable para el ordenamiento de Caracas por venir, es tener presente el origen de Caracas como ciudad hispanoamericana que formó parte de esa gran empresa de poblamiento. Muchas soluciones a los problemas actuales de ordenamiento de la ciudad están ahí, de forma simple y sencilla, y desde hace más de cuatro siglos. Gran parte del origen del desorden actual de Caracas, está precisamente en haber olvidado esos orígenes. Por eso es tan importante tener presente que: “Ese proceso de poblamiento formal, en todo caso, dio origen a una forma urbana ordenada, de trazado regular, propia de la ciudad hispanoamericana que perduró hasta las primeras décadas de este siglo, hasta que el modernismo en la arquitectura se apoderó del urbanismo, desordenando a la ciudad”⁵².

En el mismo sentido advierte Brewer: “En esa forma, hasta esa fecha y antes de que el crecimiento económico y demográfico producto de la explotación petrolera lo deformara todo, la planta regular de las ciudades venezolanas permaneció durante casi cuatro siglos como inmovilizada en el tiempo. Después de los años cuarenta y cincuenta, con el auge petrolero y el cambio demográfico en las ciudades, estas explotaron, perdiéndose el orden, por efecto, tanto de la zonificación urbana como de la ocupación espontánea del suelo sin plan. La primera, impregnada por el modernismo en la arquitectura, abandonó el orden racional y adoptó otro orden en los asentamientos urbanos, que entre otros aspectos, acabó con la vida urbana, deformando la ciudad; la segunda, agravó aún más el desorden, rodeando las antiguas cuadrículas del centro de todas las ciudades y pueblos o las urbanizaciones hechas fuera del orden con asentamientos no controlados, producto de inacciones y ocupaciones ilegales, cuya forma recuerda la de las ciudades medievales, de trama intrincada”⁵³.

Para culminar señalando con un llamado de atención: “En gran parte, este proceso de deterioro de la ciudad tiene su origen en el desconocimiento, por los latinoamericanos, del modelo de ciudad americana, que si bien fue definido en la Colonia por los españoles, ellos lo hicieron por América y para los americanos, y del cual nos olvidamos”⁵⁴.

51. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada (Estudio sobre “el orden que se ha de tener en descubrir y poblar” o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*. Instituto Pascual Madios, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, p. 35.

52. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada... ob. cit.*, p. 37

53. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada... ob. cit.*, p. 186

54. *Idem* 53.

IV. CONCLUSIONES

Brewer y Caracas es Derecho y Ciudad, es derecho *a* la ciudad y es a la vez derecho *de* la ciudad. Derecho a una ciudad institucional y urbanísticamente ordenada.

Lo anterior no pretende ser un estudio exhaustivo sobre el régimen jurídico urbanístico de Caracas. Ha pretendido tan sólo resaltar y humildemente homenajear el trabajo de un gran estudioso y apasionado de Caracas. Sirve además como método de estudio de la evolución del régimen jurídico de Caracas, en la búsqueda de soluciones para su futuro régimen.

Desde el punto de vista jurídico urbanístico, el futuro de Caracas es hoy. En efecto, creado el Distrito Metropolitano de Caracas en enero de 2000, hoy, a tres años de su creación, se encuentra aún en la fase de su consolidación, encontrándose en una constante lucha por lograr su reconocimiento por las autoridades nacionales, estatales y municipales que conviven en su territorio.

Los lineamientos o directrices que el nivel metropolitano debe dictar en materia de planificación y ordenación urbanística no tienen aún forma de Ordenanza. Sin embargo, los objetivos parecen estar claros y se han enumerado algunos proyectos metropolitanos a cargo de la Secretaría del Desarrollo Urbano de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas⁵⁵.

Estamos seguros que en la obra de Brewer por venir encontraremos nuevas fuentes de inspiración tanto en materia de régimen jurídico de planificación de la ciudad como en materia de mecanismos jurídicos que aseguren su ejecución. Sin embargo, tal como hemos tratado de evidenciar con este trabajo, muchas propuestas e ideas ya están ahí; basta con un verdadero estudio de las mismas. Asimismo, están ahí otras ciudades, -Bogotá, Madrid-; sólo falta la voluntad política y la promulgación de unas claras reglas del juego que permitan que esas ideas se consoliden.

El establecimiento de esas reglas de juego comienza, sin lugar a dudas, con la promulgación de la Ordenanza sobre lineamientos generales que defina claramente las competencias de los entes nacionales, distritales y municipales, y que cree los órganos de planificación y coordinación urbanística⁵⁶. Al respecto consideramos que habría que tomar en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

-La Ordenanza no podría ir contra la LOOU puesto que el Poder Nacional sigue siendo el competente en materia de legislación de ordenación urbanística (artículo 156, num. 19C). Es necesario coordinar la regulación de la ordenación urbanística del Distrito Metropolitano con el proyecto de reforma de la LOOU, actualmente en etapa de estudio en la Asamblea Nacional

-La Ordenanza debe contener las directrices en materia de planificación. Dichas directrices deben identificar cuáles planes deben ser considerados metropolitanos y dejar todo el resto de la facultad planificadora y de control a los Municipios.

-La Ordenanza debe tener un capítulo de Disposiciones Transitorias, a fin de crear un régimen transitorio mientras los Municipios se adaptan a las directrices. De acuerdo a la LOOU (artículo 124), los Municipios tenían 2 años para promulgar sus respectivos

55. V., en www.alcaldiamayor.gov.ve.

56. V., entrevista al Secretario de Planificación y Ordenación Urbanística de la Alcaldía Mayor, publicada en *El Universal* en fecha 5 de agosto de 2002, en www.eud.com

PDULes y ninguno de los Municipios del Distrito Metropolitano cumplió con dicha obligación. Es necesario crear un régimen que impida que esa situación se repita.

-La Ordenanza debe prever mecanismos que aseguren la ejecución de los planes. Podrían introducirse las figuras de los convenios urbanísticos, la transferencia de derechos de construcción, la obligatoriedad de un porcentaje mínimo del presupuesto para elaboración y ejecución de planes, la recuperación equitativa de plusvalías, etc.

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Donato Lupidii

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El presidencialismo venezolano ha sido usualmente descrito como muy fuerte. Sin embargo, la tesis del libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, editado por Shugart y Mainwaring, es que los presidentes venezolanos, por lo que respecta a su capacidad para influir en la legislación, tienen pocos poderes constitucionales, aun cuando han tenido grandes poderes partidistas. A pesar de todas las críticas, la Constitución de 1999, si bien aumenta algunos poderes del presidente, mantiene en lo fundamental el régimen anterior. Sin embargo, ciertas modificaciones podrían afectar los llamados poderes partidistas del presidente.

En este trabajo trataremos de hacer un estudio de la Constitución de 1999 desde la óptica o perspectiva del análisis de Shugart y Mainwaring. Ese análisis aparece de una forma general en los capítulos 1 (*Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate*) y 11 (*Conclusion: Presidentialism and the Party System*) del libro mencionado, que son las secciones generales que resumen los postulados fundamentales del mismo; pero también en el capítulo titulado *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995*, escrito por Brian F. Crisp y referente al presidencialismo venezolano; y en los otros capítulos alusivos a otros países latinoamericanos. Este libro, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, editado por Mainwaring y Shugart, es un trabajo serio y enjundioso, que estudia los diferentes tipos de presidencialismo y trata de decidir cuál de ellos es mejor.

Luego de la lectura del libro surgen varias preguntas: ¿De qué forma cambia la Constitución de 1999 al presidencialismo venezolano? ¿Es ahora un presidencialismo fuerte o sigue siendo un presidencialismo débil (como lo era antes según los autores del libro)? Para responder a estas preguntas hay que leer con cuidado la Constitución de 1999 y analizar su contenido.

Pero antes de contestar estas preguntas hay que responder otra anterior: ¿Segue siendo el sistema de gobierno venezolano de carácter presidencial o es ahora semipresidencial como alegan algunos? Sobre esto no deberían existir dudas: el sistema venezolano sigue siendo presidencial, como bien lo aclara el constitucionalista Boris Bunimov Parra.

Bunimov explica cuáles son las características del sistema semipresidencial. En primer lugar, la elección popular del Presidente de la República. En segundo lugar, la elección popular del Parlamento. En tercer lugar, la designación por el Presidente de la República de un jefe de Gobierno, cuyo título más frecuente es el de primer ministro. En cuarto lugar, el jefe de Gobierno necesita gozar de la confianza de la mayoría parlamentaria, y no puede ser destituido por el presidente sino sólo por el Parlamento. En quinto lugar, quien designa a los ministros es el jefe de Gobierno y no el presidente. En sexto lugar, el presidente puede disolver el Parlamento y llamar a elecciones legislativas. El mejor ejemplo de este sistema es Francia¹. Estas características no se dan en el sistema venezolano.

Como bien dice el mismo Bunimov, el sistema de la Constitución de 1999 no es semipresidencial sino un presidencialismo reforzado. Los supuestos elementos de semipresidencialismo, alegados por los que sostienen la tesis de que ha habido un cambio de sistema, son: 1) la facultad del presidente de disolver la Asamblea Nacional cuando sea removido el Vicepresidente Ejecutivo tres veces en un período constitucional; 2) la facultad de la Asamblea Nacional de remover, mediante un voto de censura, al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros, la cual ya existía antes por lo que respecta a los ministros.

Sin embargo, nada de esto hace encajar el nuevo sistema en las características o elementos del semipresidencialismo ya descritos. El sistema de gobierno venezolano sigue siendo presidencial, entre otras razones porque el jefe de Gobierno es el mismo presidente, quien nombra y remueve a los ministros y no necesita de la confianza parlamentaria para gobernar. El Vicepresidente Ejecutivo es sólo un colaborador del presidente, sin que se le pueda llamar jefe de Gobierno.

Queda claro entonces que el sistema de gobierno venezolano sigue siendo presidencialista o, incluso, como dice Bunimov, *presidencialista reforzado*. Ahora ¿qué clase de presidencialismo es? La tesis fundamental de Shugart y Mainwaring es que hay diferentes tipos de presidencialismo y que algunos tipos de presidencialismo son mejores que otros para mantener la estabilidad y permitir la gobernabilidad.

Cuando Shugart, Mainwaring y Crisp se refieren a Venezuela señalan que el presidencialismo venezolano se caracteriza por débiles poderes constitucionales y fuertes poderes partidistas. Por supuesto, estos autores, que escriben antes de 1997, se refieren a la Constitución de 1961. La pregunta fundamental es: ¿Ha cambiado sustancialmente la situación con la Constitución de 1999?

El objeto de este estudio es precisamente contestar esa pregunta. Analizaré el presidencialismo venezolano a la luz de la Constitución de 1999 y con base en el método de análisis de Shugart y Mainwaring, cuyas ideas básicas serán expuestas de seguidas.

II. LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARING

Los capítulos 1 y 11 del libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, escritos por Shugart y Mainwaring, que son a la vez los editores del libro, resumen los postulados fundamentales de esta obra. Mainwaring, profesor de la Universidad de No-

1. BUNIMOV PARRA, Boris, *El Sistema de Gobierno*, pp. 97-98.

tre Dame, y Shugart, profesor de la Universidad de California en San Diego, esbozan en estos capítulos las ideas fundamentales que luego son desarrolladas por ellos y otros autores en el análisis país por país que se hace en el resto del libro. ¿Cuáles son esas ideas básicas?

Para Shugart y Mainwaring la *fuerza* de los presidentes en los sistemas presidencialistas, es decir su capacidad para influir en la legislación, se basa en dos categorías de poderes presidenciales: constitucionales y partidistas. Los poderes constitucionales, como el poder de veto o el de dictar decretos-leyes, permiten que los presidentes configuren las políticas del sistema, independientemente de si ellos controlan un partido o grupo de partidos con mayoría parlamentaria. Por otra parte, los poderes partidistas son las capacidades para dominar el proceso legislativo que se derivan del control que ejerce el presidente sobre su propio partido, y del control que su partido tiene sobre una mayoría parlamentaria².

Dicen los autores que algunos presidentes de América Latina tienen vastos poderes constitucionales, como en el Chile actual y en Colombia; mientras que otros tienen poderes constitucionales comparativamente limitados, como en Costa Rica y en Venezuela. Por lo que hace a los poderes partidistas, en algunos países, como el México del PRI, el presidente era el líder indiscutido del partido mayoritario, con grandes poderes para controlar el proceso político; mientras que en otros, como Brasil, los presidentes no llegan a tener una mayoría en el Congreso, lo cual puede ser un obstáculo para gobernar³. El sistema presidencial de los países latinoamericanos varía de un país a otro.

Como señalan Shugart y Mainwaring, los presidentes con poderes legislativos sustanciales pueden tener una influencia significativa sobre la legislación, aun si su partido carece de una mayoría parlamentaria, e incluso si es un partido pequeño; y aun en el caso de que ellos no fueran los líderes indiscutidos de su partido. Por otra parte, los presidentes sin poderes legislativos constitucionales pueden dejar su estampa sobre las políticas si son los líderes indiscutidos del partido mayoritario⁴.

Los autores señalan dos tipos de poderes constitucionales legislativos: los poderes reactivos, que permiten que el presidente defienda el *status quo* contra los intentos de la mayoría legislativa para cambiarlos, y cuyo ejemplo más conocido es el poder de veto; y los poderes proactivos, que permiten que el presidente pueda cambiar el *status quo* y cuyo mejor ejemplo es el poder de dictar decretos⁵. Veamos.

En primer lugar, tenemos el poder de veto, que es un poder reactivo. Mediante esta facultad, los presidentes con poder de veto pueden promulgar o vetar una ley que les ha enviado el órgano legislativo. A través del veto el presidente bloquea el cambio. El Congreso tiene la iniciativa, frente a la cual el presidente reacciona vetando la ley o promulgándola. Hay varios tipos de veto según cual sea la forma de superarlo (*override*). Las provisiones van desde el requerimiento de una mayoría simple (50% más uno), en cuyo caso no hay realmente veto sino la oportunidad del presidente de diferir la promulgación y solicitar la reconsideración, como ocurría y ocurre en Venezuela; hasta el veto casi absoluto que existía en Ecuador, donde ninguna ley, excepto la del presupuesto, podía convertirse en ley sin el consentimiento presidencial (aunque el Congreso podía pedir un referéndum); pasando por el requerimiento de una mayoría calificada de

2. SHUGART, Matthew y MAINWARING, Scott, *Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate*, pp. 13-14 y 40.

3. *Idem*, pp. 13-14.

4. *Idem*, p. 41.

5. *Ibidem*.

dos tercios, que se exige en Argentina, Chile y Estados Unidos. El requerimiento de una simple mayoría absoluta produce un *veto débil*, mientras que cualquier requerimiento más alto produce un *veto fuerte*⁶.

Otro poder reactivo, que existe en Argentina, Brasil, Filipinas y en algunos estados de USA, es el de veto parcial, mediante el cual los presidentes pueden vetar algunas normas de una ley (*item veto*). Los presidentes pueden promulgar los ítems o artículos de una ley con los cuales están de acuerdo, y al mismo tiempo vetar y devolver al Congreso para su reconsideración sólo las partes vetadas⁷.

En algunas constituciones latinoamericanas (como la venezolana), se permite que el presidente objete una ley *en todo o en parte*, pero luego agregan que la ley en su totalidad debe ser devuelta para su reconsideración, sin poder promulgarla parcialmente. Es cierto que en estos casos, el Congreso sólo puede modificar o ratificar las porciones vetadas, pero éste no es un verdadero veto parcial⁸.

Por último, otro poder reactivo que existe en algunos países es el poder exclusivo de introducir en el Congreso proyectos de ley en determinadas materias. Es un poder reactivo ya que si el presidente prefiere mantener el *status quo* en una determinada área puede hacerlo simplemente absteniéndose de introducir el respectivo proyecto de ley. Este poder existe en Brasil y Colombia, que son países donde se puede superar el veto con una simple mayoría absoluta. Por otra parte, en algunos países los parlamentos no pueden modificar los proyectos presentados por el presidente en determinadas áreas, sino sólo aprobarlos o rechazarlos, lo cual también es un poder importante⁹.

En segundo lugar, están los poderes de decreto, que son poderes proactivos. En la América Latina sólo los presidentes de Argentina, Brasil y Colombia tienen la potestad de emitir decretos con rango de ley en prácticamente cualquier área. Las constituciones peruanas de 1979 y 1993 conceden la potestad de dictar decretos-leyes en las materias fiscales. En Ecuador los presidentes podían declarar una medida económica urgente, la cual entraba en vigor luego de 15 días a menos que el Congreso votara para rechazarla¹⁰.

Según los autores, los poderes de decreto propiamente dichos deben distinguirse de otras facultades presidenciales. Debe diferenciarse de la facultad de dictar reglamentos, de la potestad de dictar decretos de organización administrativa, de los poderes de emergencia y también de la facultad de dictar decretos-leyes por delegación del Congreso, como existe en Venezuela. Estos no son poderes de decreto propiamente dichos¹¹.

El poder de decreto solamente tiene significación cuando va acompañado de poder de veto superable sólo por mayoría calificada, pues de lo contrario el Congreso podría modificar los decretos presidenciales a su antojo, haciendo inefectiva la potestad presidencial. Sin embargo, los autores consideran que los presidentes con poderes de decreto pero sin veto son más fuertes que los presidentes con veto pero sin poderes de decreto¹².

Shugart y Mainwaring clasifican los sistemas presidenciales, en razón de los poderes constitucionales de los presidentes, de la siguiente manera: potencialmente dominantes,

6. *Idem*, pp. 42-43.

7. *Idem*, p. 43.

8. *Idem*, pp. 43-44.

9. *Idem*, pp. 47-48.

10. *Idem*, pp. 44-46.1.

11. *Idem*, pp. 46-47.

12. *Idem*, p. 50.

proactivos, reactivos y potencialmente marginales. En esta clasificación, Venezuela, bajo la Constitución de 1961, es considerada como potencialmente marginal por no tener el presidente poderes de decreto y de veto. ¿Ha cambiado esta situación con la Constitución de 1999?

Los autores también aluden a una segunda categoría de poderes: los poderes partidistas. Un presidente puede tener grandes poderes formales o constitucionales, incluyendo el derecho a legislar por decreto, y sin embargo verse impedido de producir un cambio verdadero por un parlamento o congreso en el cual su propio partido tiene una pequeña minoría de puestos, o cuando teniendo una mayoría o una gran cantidad de asientos, su partido está fraccionado o es indisciplinado. Por otra parte, los poderes formales del presidente pueden ser débiles, pero si el partido del presidente tiene una mayoría parlamentaria y es altamente disciplinado, él puede llegar a ser todopoderoso, como ocurría en México. En consecuencia, la naturaleza del sistema de partidos y el número de partidos tienen un gran impacto en la forma como funcionan los sistemas presidenciales¹³.

Según Shugart y Mainwaring, aun cuando sistemas partidistas altamente fragmentados son problemáticos para el presidencialismo, y algún grado de disciplina partidista es deseable, el extremo de una mayoría partidista disciplinada vicia la ventaja de tener ramas de poder independientes y elegidas separadamente por lapsos fijos. Sin embargo, el sistema presidencial funciona mejor si la fragmentación del sistema de partidos es moderada (número efectivo de partidos menor a 3,5), de forma que los presidentes pueden encontrar un bloque significativo de legisladores para apoyar sus iniciativas legislativas o sus vetos. No es una coincidencia que las democracias presidenciales más viejas y establecidas (Estados Unidos, Costa Rica, y Venezuela entre 1973 y 1993) han tenido sólo dos grandes partidos¹⁴.

Cuando los presidentes sólo tienen una minoría de los puestos parlamentarios, el sistema presidencial presenta serias dificultades. En los años '80, en los tres países en los que los presidentes tenían una minoría parlamentaria (Bolivia, Brasil y Ecuador) se dieron algunos de los peores problemas de gobernabilidad democrática de América Latina. Esos países tuvieron altas inflaciones, ingresos per cápita estancados o declinantes, y graves problemas de legitimidad democrática. En estos países se combinaron la posición minoritaria del presidente, un gran número de partidos y poca disciplina partidista, para generar situaciones de crisis. En cambio, virtualmente todos los casos de democracia duradera en América Latina ha envuelto menos fragmentación del sistema de partidos¹⁵.

Los autores hacen una serie de observaciones muy interesantes con relación al impacto de las reglas electorales en el sistema de partidos. En primer lugar, si las elecciones congresales son realizadas concurrentemente con una elección presidencial y el presidente es elegido por la regla de la mayoría relativa, el sistema de partidos tiende a ser dominado por dos partidos grandes. En cambio, cuando las elecciones son separadas, el sistema de partidos tiende a ser más fragmentado. También es más fragmentado si los presidentes son elegidos por la regla de la mayoría absoluta (segunda vuelta), aun si las elecciones son concurrentes¹⁶.

13. MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S., *Conclusion: Presidentialism and the Party System*, pp. 394-395.

14. *Idem*, pp. 396-399.

15. *Idem*, p. 404.

16. *Idem*, p. 406 y 410.

En consecuencia, los presidentes elegidos por mayoría relativa, con el congreso elegido al mismo tiempo, suelen tener mayorías parlamentarias en más oportunidades que los presidentes elegidos de otra forma. Por el contrario, en los sistemas con elecciones separadas y/o segunda vuelta, suele haber un gran número de partidos y una baja probabilidad de que el partido del presidente controle una mayoría parlamentaria¹⁷.

En segundo lugar, es posible que el menor número de partidos que hay en Colombia, Filipinas y los Estados Unidos se deba, en parte, a la ausencia de listas partidistas (en especial de listas cerradas) para las elecciones congresales. Los sistemas de listas partidistas generan mayores incentivos para establecer nuevos partidos que los sistemas no basados en listas. Un sistema de listas aumenta el número de partidos¹⁸.

Otro aspecto muy importante es el de la disciplina partidista, es decir el fenómeno por medio del cual legisladores del mismo partido votan casi siempre juntos. Según los autores, el parlamentarismo funciona mejor con partidos disciplinados, y alguna medida de disciplina partidista también facilita el funcionamiento de los sistemas presidenciales. En éstos la indisciplina partidista frecuente hace más difícil establecer relaciones estables entre el Gobierno, los partidos y el Congreso. Una disciplina partidista débil puede contribuir a la posibilidad de bloqueo institucional, que a su vez puede llevar a salidas inconstitucionales¹⁹.

Sin embargo, la disciplina partidista extrema también tiene sus peligros. Puede impedir que el Congreso ejerza su función contralora sobre el ejecutivo. Además, si los líderes partidistas se oponen al presidente, la disciplina puede impedir que éste trabaje con el Congreso, aun si el partido del presidente tiene la mayoría, ya que los congresantes sólo obedecerían las órdenes de los líderes partidistas. Riggs, por ejemplo, sostiene que la falta de disciplina es mejor para el presidencialismo, como lo demostraría el caso de los Estados Unidos²⁰.

Para los autores, la existencia o no de disciplina partidista es una consecuencia de tres aspectos: control de la selección del candidato, control del orden en que son elegidos los miembros de una lista partidista y control de la distribución de votos entre los candidatos de un partido, ya que todos ellos afectan el grado de influencia que los líderes tienen sobre los parlamentarios²¹.

Por lo que hace a la selección de los candidatos, si los líderes del partido controlan dicha selección, los miembros recalcitrantes no se pueden desviar de la línea del partido y pretender luego que van a utilizar el nombre del partido en futuras elecciones. Si el liderazgo del partido controla la selección de candidatos, usualmente existirá una mayor disciplina partidista, pues los congresantes, a fin de asegurarse una nueva postulación, tenderán a obedecer la línea partidista²².

Por otra parte, si los líderes del partido controlan el orden en que los congresantes son electos, podrán premiarlos o sancionarlos, subiéndolos o bajándolos en el orden de la lista. Si los líderes no controlan el orden de la elección, no habrá incentivos para obedecer la línea partidista²³.

17. *Idem*, pp. 410-411.

18. *Idem*, p. 416.

19. *Idem*, pp. 418-419.

20. *Idem*, pp. 420-421.

21. *Idem*, p. 421.

22. *Idem*, p. 422.

23. *Ibidem*.

Finalmente, si los votos van al partido, los congresantes trabajarán por mejorar la reputación del partido mucho más que si los votos van a candidatos individuales. Por lo tanto, los sistemas de listas cerradas fomentan más la disciplina partidista²⁴.

Como dicen Shugart y Mainwaring, los sistemas con poco control partidista sobre las candidaturas o el orden de la lista promueven el individualismo, pues los candidatos deben su elección a sus propios esfuerzos. Esto a su vez genera deslealtad o indisciplina de los congresantes electos²⁵.

Entonces, ¿cuál es el mejor sistema electoral para el presidencialismo? Para los autores, los sistemas intermedios entre listas abiertas y cerradas son los mejores. Un ejemplo a seguir es el caso alemán, donde la mitad de los parlamentarios es elegida por representación proporcional y la otra mitad en distritos uninominales²⁶. Curiosamente, vale la pena notar que Venezuela ha tenido desde 1993 un sistema parecido al alemán.

Para Shugart y Mainwaring, Venezuela es un sistema potencialmente marginal desde el punto de los poderes constitucionales, y al mismo tiempo es un sistema con poderes partidistas medioaltos²⁷.

De la interacción entre poderes constitucionales y poderes partidistas, los autores concluyen que 1) las presidencias potencialmente dominantes se encuentran en constituciones elaboradas con una participación presidencial muy fuerte, y, junto a las presidencias proactivas, se asocian con bajos poderes partidistas; y 2) las presidencias potencialmente marginales se asocian con altos poderes partidistas²⁸.

Los autores finalizan el libro con dos conclusiones fundamentales. La primera es que el presidencialismo tiene importantes variaciones. La segunda es que esas variaciones de una forma de presidencialismo a otra tienen consecuencias importantes sobre la forma en que funcionan. Con relación a este último particular, ellos concluyen con unas recomendaciones bastante polémicas: a) es mejor que el ejecutivo tenga menos poderes para legislar; b) el presidencialismo funciona mejor cuando los presidentes tienen por lo menos un bloque grande de puestos parlamentarios; y c) por lo tanto, y para lograr este apoyo parlamentario, convendría que se adoptaran las siguientes reglas: las elecciones legislativas deberían ser concurrentes con la elección presidencial; la elección presidencial debería ser con un sistema de mayoría relativa o un sistema de segunda vuelta que exija menos de la mayoría absoluta para la victoria en la primera vuelta; y el sistema electoral debería ser una suerte de compromiso entre listas abiertas y listas cerradas²⁹.

III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP.

En el libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Crisp escribe el capítulo sobre Venezuela. En su trabajo *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995* estudia las particularidades del sistema presidencial venezo-

24. *Idem*, pp. 422-423.

25. *Idem*, p. 426.

26. *Idem*, p. 428.

27. *Idem*, p. 432.

28. *Idem*, p. 434.

29. *Idem*, pp. 435-436.

lano bajo la Constitución de 1961 y a lo largo del período democrático. Crisp confirma lo que Shugart y Mainwaring dicen, en sus capítulos generales, de Venezuela.

Para él, el sistema venezolano se caracteriza por otorgarle pocos poderes formales al presidente, quien, sin embargo, logra superar estas dificultades con el apoyo de partidos altamente disciplinados. La existencia de partidos disciplinados limita el inmovilismo porque los presidentes que controlan una mayoría parlamentaria pueden contar casi siempre con el apoyo de sus partidos, y porque los presidentes con minoría pueden formar coaliciones estables después de las elecciones. Por otra parte, cuando los presidentes no pueden contar con apoyo en el Congreso, no es probable que ocurra inmovilismo porque el presidente no tiene virtualmente poderes reactivos con los cuales enfrentar al Congreso³⁰.

Para Crisp, los partidos demasiado maleables e indisciplinados pueden complicar la consolidación democrática, mientras que pocos partidos altamente disciplinados pueden favorecerla, aun cuando con el paso del tiempo esta fortaleza puede convertirse en rigidez, algo que tal vez había ocurrido en Venezuela. Según el autor, en nuestro país la construcción de consensos y la protección del régimen democrático fueron siempre los objetivos fundamentales, por encima de la incorporación de nuevos grupos y la resolución de conflictos difíciles³¹.

Para el autor, el hecho de que en Venezuela las elecciones presidenciales ocurrieran simultáneamente con las elecciones congresales, crearon las condiciones para un sistema bipartidista, a pesar del uso de la representación proporcional. Además, el uso de listas cerradas, integradas por candidatos escogidos por los partidos, aseguraba la lealtad y disciplina de los miembros de los cuerpos deliberantes³².

La reforma de 1993 no generó, dice el autor, grandes cambios porque los distritos uninominales sólo eran utilizados para escoger a la mitad de los miembros de la Cámara de Diputados, y además los candidatos uninominales continuaban siendo escogidos por los líderes partidistas. Además, los partidos eran tan fuertes que la atracción de candidatos individuales jugó un rol menor³³.

En Venezuela había tanta disciplina partidista que en el Congreso casi nunca se contaban los votos. Los miembros del Congreso eran reelegibles, por lo que existían fuertes incentivos para estar en buenos términos con el liderazgo del partido, el cual controlaba la postulación de los candidatos en las listas cerradas y el orden de esas listas. Las rupturas de disciplina solían ser enfrentadas con la expulsión del partido³⁴.

Los presidentes en Venezuela eran nombrados en procedimientos relativamente cerrados, pero luego de la elección eran liberados de disciplina partidista. Por eso, y porque los presidentes no podían ser reelegidos en forma inmediata, ellos se sentían libres de hacer lo que quisieran, por lo que muchas veces entraban en conflicto con el liderazgo partidista que controlaba el Congreso³⁵.

A pesar de que los presidentes venezolanos tenían pocos poderes formales, tenían varios poderes informales. En primer lugar, los que se derivaban del control que ejercían sobre los institutos autónomos y empresas del estado, y de su poder para convocar a los

30. CRISP, Brian F., *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995*, p. 160.

31. *Idem*, p. 161.

32. *Idem*, pp. 168-169.

33. *Idem*, pp. 170-171.

34. *Idem*, p. 171.

35. *Idem*, pp. 172-173.

grupos de interés en comisiones consultivas nombradas por ellos. Además, el presidente tenía los poderes informales que se derivaban de su carácter de líder importante de su partido. Los legisladores del partido del presidente estaban interesados en ayudar al presidente, pues su mala obra hubiese afectado la reputación del partido y sus posibilidades de ser reelegidos. Por otra parte, el presidente podía ser reelegido luego de diez años, por lo que podía en esa oportunidad sancionar cualquier disidencia; y podía sancionarla incluso antes, pues los presidentes permanecían como líderes importantes del partido. Por último, los presidentes tenían influencia sobre el proceso de selección de candidatos de su partido para las próximas elecciones³⁶. El presidente utilizaba estos poderes informales para lograr que los congresantes de su partido lo apoyaran.

Por otro lado, los poderes legislativos formales del presidente eran bastante limitados. En *primer lugar*, el presidente venezolano no tenía virtualmente ningún poder de veto y no tenía el derecho exclusivo de introducir proyectos legislativos en ningún área. Tenía la posibilidad de devolver la ley sancionada, pero este *veto* podía ser superado, en última instancia, por la misma mayoría absoluta que sancionó la ley. Los presidentes raramente ejercieron esta potestad, pues ellos ya habían tenido la oportunidad de intervenir en el proceso legislativo; y, además, porque su poder de veto era tan débil que casi tenían garantizada una derrota, especialmente debido a la alta disciplina que tenían las delegaciones parlamentarias³⁷.

En *segundo lugar*, los presidentes venezolanos tenían poderes de decreto limitados. El presidente sólo tenía la competencia para legislar cuando le era previamente delegada por el Congreso, aun cuando también tenía la potestad de dictar decretos no legislativos que no requerían autorización parlamentaria. La potestad de legislar sólo le podía ser delegada al presidente en materias económicas y financieras. Sin embargo, cuando el presidente suspendía una o más garantías constitucionales, asumía poderes reservados normalmente al Congreso. Pero hay que hacer notar que las garantías podían ser restablecidas tanto por el Presidente como por el Congreso actuando individualmente. Los presidentes necesitaban en ambos casos por lo menos el apoyo tácito del Congreso³⁸.

La carencia de poderes reactivos del Presidente provocó la crisis constitucional de 1969, cuando Caldera trató de bloquear sin éxito la reforma judicial promovida por AD. Con esta reforma, se le quitaba al Presidente todo poder en el nombramiento de los jueces, atribuyéndoselo a un Consejo de la Judicatura elegido principalmente por el Congreso. Caldera ejerció el veto suspensivo dos veces, pero no tuvo éxito y debió promulgar la reforma³⁹.

Sin embargo, luego de este evento y en otros casos de crisis, los partidos llegaron a acuerdos basados en la tesis de que había que proteger al sistema por encima de todo. Esta mentalidad tendía a producir acuerdos, poniendo de lado las diferencias en los momentos difíciles⁴⁰.

Para el momento en que escribió Crisp, a los presidentes les habían delegado la potestad de legislar en materias económicas y financieras, mediante ley habilitante, cinco veces. Todos los presidentes con mayoría congresal habían recibido esta potestad a partir de 1961. La recibió Betancourt en junio de 1961. La recibió Carlos Andrés Pérez en

36. *Idem*, pp. 174-179.

37. *Idem*, pp. 179-180.

38. *Idem*, pp. 180-182.

39. *Idem*, pp. 185-186.

40. *Idem*, pp 185 y 187.

1974. La recibió Lusinchi en junio de 1984⁴¹. Cuando la recibieron presidentes sin mayoría (Velásquez y Caldera, en su segundo gobierno), la misma fue claramente definida y por tiempo muy limitado; y producto del deseo de salvar el sistema en situaciones de extrema crisis⁴².

Crisp sostiene que un poder de decreto *no legislativo* es el que asumía el presidente cuando suspendía o restringía una garantía constitucional. El derecho a la libertad económica fue restringido o suspendido durante casi toda la era democrática. Los presidentes usaron este poder de una forma que se relaciona directamente con su situación en el congreso. Carlos Andrés Pérez, en su primer gobierno, y Lusinchi fueron los que más usaron esta potestad a pesar de tener mayoría absoluta en el Congreso. Para Crisp, la razón de esto es que un presidente con mayoría no temía que le revocaran en el Congreso la suspensión o restricción de la garantía en caso de utilización excesiva de su poder de emergencia, por lo que lo utilizaban a placer⁴³.

El autor sostiene que a pesar de que los presidentes venezolanos tenían poderes constitucionales limitados, no fueron marginales debido a la interacción entre su poderes institucionales y el sistema de partidos. La existencia en Venezuela de partidos altamente disciplinados hacía que los presidentes pudiesen ejercer un gran poder con muy poco control. Los presidentes minoritarios se encontraban más restringidos, pero debido a la existencia de partidos altamente disciplinados podían formar con más facilidad coaliciones postelectorales estables. Además, la mentalidad de conciliación para preservar y estabilizar el sistema hacía que los partidos en el Congreso le diesen una gran flexibilidad al presidente. Finalmente, el control del presidente sobre la burocracia y el aparato estatal le daban un gran poder. Todo esto hizo que las situaciones de inmovilismo fuesen muy raras⁴⁴.

Sin embargo, dice Crisp, esta tendencia a preservar el sistema, si bien fue buena para estabilizar la democracia, se convirtió en una fuente de rigidez y eventualmente de inestabilidad. Esto condujo a los intentos de reforma llevados adelante por la COPRE, que sin embargo fracasaron⁴⁵.

IV. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL

La Constitución de 1999 contiene varias innovaciones, pero las características más importantes del sistema anterior se mantienen. Desde el punto de vista de los poderes legislativos constitucionales del presidente no ha habido grandes cambios. El presidente sigue sin tener poder de veto y sin tener verdaderos poderes de decreto.

Por otra parte, pareciera que el presidente sigue teniendo, más allá de la Constitución, grandes poderes partidistas. El MVR ha demostrado ser un partido altamente disciplinado, como lo siguen siendo Acción Democrática y los otros partidos de la oposición. Sin embargo, la obligatoriedad de las elecciones primarias para la selección de candidatos podría afectar la disciplina partidista; la separación de las elecciones presidenciales

41. *Idem*, pp. 187-189.

42. *Idem*, pp. 187-190.

43. *Idem*, pp. 190-191.

44. *Idem*, p. 192.

45. *Idem*, p. 193.

y legislativas podría fragmentar el sistema de partidos, lo cual haría muy difícil la gobernabilidad; y, por último, la limitación que se establece a la reelección de los congresantes, permitiendo la elección sólo por dos períodos consecutivos, también podría reducir la disciplina partidista, como ocurre en Costa Rica. Todo esto podría disminuir notablemente los poderes partidistas del presidente.

En cambio, la autorización de la reelección inmediata para el presidente de la República podría aumentar sus poderes partidistas en el primer período, aun cuando queda por ver que ocurrirá en el segundo período cuando el presidente es un *lame duck*.

1. Poderes Constitucionales Legislativos

A. Poderes Reactivos

Los poderes reactivos son los que permiten que el presidente pueda preservar el status quo y tienen su mejor expresión en el poder de veto. En Venezuela, el presidente no tenía ni tiene un verdadero poder de veto, como el que existe en los Estados Unidos. En este particular, la única innovación que introduce la Constitución de 1999 es que el presidente puede pedir la reconsideración de una ley sancionada una sola vez.

El artículo 173 de la Constitución de 1961 establecía que el presidente podía pedir al Congreso la reconsideración total o parcial de una ley sancionada. En ese caso, si el Congreso ratificaba la ley por el voto de las dos terceras partes, el presidente estaba obligado a promulgar la ley. Si el Congreso ratificaba la ley por mayoría simple, el presidente podía pedir una nueva reconsideración. En este caso, si el Congreso ratificaba la ley, aun por mayoría simple, el presidente estaba obligado a promulgarla. Es por eso que Crisp, Shugart y Mainwaring calificaban al sistema venezolano de *veto débil*.

El artículo 214 de la Constitución de 1999 establece ahora que el presidente podrá pedir la reconsideración de una ley sancionada, y que sobre ella se pronunciará la Asamblea por mayoría absoluta. La Asamblea podría ratificar íntegramente la ley, y en este caso el presidente deberá promulgarla sin poder pedir otra reconsideración. En otras palabras, la nueva Constitución reduce todavía más las posibilidades del presidente de pedir la reconsideración de una ley sancionada, eliminando la opción de pedir una segunda reconsideración.

Sin embargo, en el fondo no ha habido grandes cambios, pues ahora como antes el veto del presidente es superado en última instancia por la misma mayoría simple que sancionó la ley. La Asamblea Nacional seguirá teniendo el poder de imponerse al presidente.

Un nuevo poder reactivo que tiene el presidente es el de la iniciativa presupuestaria. El artículo 313 de la Constitución de 1999, en la parte correspondiente, establece que:

... El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.

Tal vez la intención fue constitucionalizar el principio de la reconducción presupuestaria previsto en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, pero lo que se estableció es un nuevo poder reactivo del presidente, distinto a la vieja reconducción.

La reconducción presupuestaria de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario ocurriría automáticamente cuando el Congreso no sancionaba la ley de presupuesto antes de una determinada fecha tope. Su propósito era evitar que la falta de acuerdo en el parlamento dejara sin ley presupuestaria al Estado venezolano.

En cambio, el artículo 313 de la nueva Constitución virtualmente autoriza la presidente a no presentar proyecto de ley de presupuesto alguno, ya que si el mismo no es presentado, *por cualquier causa*, sigue en vigencia el presupuesto anterior. Además, en caso de que el proyecto de ley de presupuesto sea *rechazado* también seguirá en vigor el presupuesto anterior. La Constitución no aclara que se entiende por *rechazar* el presupuesto, pues el mismo artículo 313 permite que la Asamblea modifique las partidas. Tal vez *rechazar* sea negarse por completo a considerarlo o discutirlo.

Sin embargo, la potestad del presidente de no presentar el proyecto de ley de presupuesto, que trae como efecto la reconducción automática del presupuesto anterior, sólo es útil cuando la estimación de ingresos para el año siguiente es igual al anterior y no se quiere modificar la distribución de los gastos; a menos que se permitan también aquí los reajustes al presupuesto anterior previstos en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario para los presupuestos reconducidos. De todas formas, este es un poder reactivo del presidente, pues de alguna manera busca mantener el status quo.

Con excepción de la materia presupuestaria, el presidente no tiene otras facultades de iniciativa legislativa exclusiva.

B. Poderes Proactivos

Como ya dije, los poderes proactivos son los que permiten que el presidente pueda cambiar el status quo y tienen su mejor expresión en la potestad de dictar decretos. En Venezuela, a diferencia de Argentina, Brasil y Colombia, el presidente sigue sin tener la potestad genérica de dictar decretos con rango de ley sin autorización del órgano legislativo. En este sentido, la Constitución de 1999 no introduce ninguna innovación significativa.

A pesar de que los autores Shugart y Mainwaring distinguen los poderes de decreto propiamente dichos de otras facultades presidenciales, tal vez valga la pena analizar estas otras facultades que tiene en presidente de acuerdo con la Constitución de 1999.

En primer lugar, por lo que respecta a la facultad de dictar reglamentos, se mantiene el régimen anterior. El artículo 236, numeral 10, atribuye al presidente la competencia de “reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”, exactamente las mismas palabras que se utilizaban en el artículo 190, ordinal 10°, de la Constitución de 1961. En este aspecto no ha habido ningún cambio.

En segundo lugar, por lo que respecta a la potestad de dictar decretos de organización administrativa, que tampoco es considerada por Shugart y Mainwaring una verdadera potestad de decreto, sí ha habido cambios. El artículo 236, numeral 20, de la Constitución de 1999 atribuye al presidente la competencia de:

Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.

Este es un cambio importante, pues antiguamente “el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional” era

una materia de la reserva legal. Sin embargo, el cambio tampoco es tan radical, si se toma en cuenta que tal regulación deberá hacerse dentro de *los principios y lineamientos* de la ley orgánica respectiva. Finalmente, y como ya dije, ésta es sólo una competencia de organización administrativa interna del Ejecutivo Nacional y no una potestad de decreto genérica.

Por otra parte, el presidente sigue teniendo la potestad de “crear, modificar o suspender servicios públicos, en caso de urgencia comprobada”, cuando la Asamblea esté en receso (artículo 196, numeral 6, de la nueva Constitución). En esto no ha habido ningún cambio y, ahora como antes, la Comisión Delegada tiene que autorizar la operación.

En tercer lugar, por lo que respecta a los poderes de emergencia, la nueva Constitución crea el estado de excepción, que sustituye al estado de emergencia. La diferencia más importante es que bajo la Constitución de 1961 se podía declarar el estado de emergencia sin restringir o suspender garantías. Pareciera que ahora el estado de excepción siempre lleva aparejado la restricción de una o más garantías constitucionales. Por lo demás, tanto antes como ahora el ejercicio de esta facultad está sometida al control del órgano legislativo. La Asamblea Nacional puede revocar el decreto cuando se lo someta a su consideración (dentro de los 8 días siguientes a su promulgación, según el artículo 339 de la nueva Constitución) o en cualquier momento posterior *al cesar las causas que lo motivaron*. Por lo tanto, tampoco es un poder autónomo o incontrolado del presidente y en esto no ha habido cambios.

En cuarto y último lugar, sí ha habido un cambio importante en cuanto a la facultad de dictar decretos-leyes por delegación del órgano legislativo. Antiguamente, el artículo 190, ordinal 8°, de la Constitución de 1961 atribuía al presidente la competencia de “dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial”. Ahora, el artículo 236, numeral 8, otorga al presidente la atribución de “dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”.

En otras palabras, mientras antes los decretos-leyes delegados sólo podían ser dictados en materia económica o financiera, ahora no hay limitación alguna en cuanto a la materia. Sin embargo, tanto antes como ahora, el órgano legislativo tiene que delegar en el presidente el uso de esta facultad, pudiendo establecer limitaciones más o menos detalladas. Este poder tampoco es un verdadero poder de decreto pues requiere la intervención previa de la Asamblea Nacional. Aun cuando la eliminación de limitaciones por la materia aumenta las posibilidades del presidente, su poder sigue estando sometido a una ley habilitante previa. Además, los decretos-leyes dictados así pueden ser modificados por la Asamblea sin que el presidente tenga poder de veto para defenderlos; y pueden ser sometidos a referendo abrogatorio (artículo 74), algo que no existía antes.

La nueva Constitución también concede otros poderes de innovación del status quo al presidente. Uno de ellos es la potestad del presidente para convocar a referendos abrogatorios. Mediante éstos, se puede pedir la abrogación de leyes. De esta forma, se puede eliminar una ley inconveniente, sin poder sin embargo reemplazarla por otra. Pero con este poder, el presidente sólo puede consultar al pueblo, quien puede estar de acuerdo o no con tal abrogación.

Un nuevo poder que tiene el presidente es el de proponer una enmienda constitucional y someterla directamente a la consideración del pueblo, mediante referendo, sin pasar por la Asamblea Nacional. Si el presidente quisiera modificar la regla que establece la reelección inmediata del presidente, por un solo período adicional, para permitir dos o

más reelecciones, podría hacerlo con un simple decreto convocando al correspondiente referendo, sin intervención de la Asamblea Nacional. (Por el contrario, la iniciativa de una reforma constitucional tiene que ser aprobada por la Asamblea Nacional.) Si bien es cierto que el pueblo tendría que aprobar la propuesta de enmienda, éste es sin duda un poder proactivo muy importante de los presidentes. La única limitación que tienen los presidentes es que la enmienda no puede alterar la *estructura fundamental* de la Constitución (artículo 340).

El presidente también puede convocar a la Asamblea Nacional Constituyente y este poder ni siquiera está sometido a referendo. Además, la Constitución aprobada por la Asamblea tampoco está sometida a referendo. La Constitución tampoco dice cuál es la forma de nombramiento de los miembros de la Asamblea, pero se presume que es mediante elección democrática. Esta potestad podría ser objeto de abusos, pues un presidente popular podría convocar y hacer elegir una Asamblea Nacional Constituyente sometida a sus deseos, que redacte una Constitución a la medida del presidente. Ni la convocatoria a la Asamblea, ni el contenido de la Constitución aprobada estarían sometidas a la aprobación popular.

2. Poderes Partidistas

Aun cuando es muy temprano para analizar la situación partidista derivada de los cambios ocurridos a partir de 1999, pareciera que el presidente sigue teniendo grandes poderes partidistas. El MM es un partido disciplinado, que obedece ciegamente al presidente, de una forma bastante parecida a las viejas Acción Democrática y COPEI. Los partidos de la oposición, entre ellos AD y COPEI, pero también partidos nuevos como Proyecto Venezuela y Primero Justicia, siguen manteniendo una gran disciplina y sus miembros siguen votando en bloque. Indudablemente, el bipartidismo ya no existe, pero esto no es algo nuevo ya que, a partir de las elecciones de 1993, el viejo dominio de AD y COPEI se ha desvanecido.

Hasta ahora el aumento en el número de partidos representados en la Asamblea no ha planteado problemas, pero hay varias normas de la nueva Constitución que podrían afectar la disciplina partidista y la gobernabilidad.

En *primer lugar*, el artículo 67 es una norma potencialmente revolucionaria que podría erradicar la cogollocracia, pero que podría vulnerar también la disciplina partidista. La disciplina partidista es, como ya dije, importante para que el presidente cuente con un apoyo predecible y estable para aprobar sus planes y programas. El artículo 67, en la parte relevante, establece, por lo que hace a las asociaciones con fines políticos, lo siguiente:

... Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Si bien la selección de los organismos de dirección en elecciones internas es un inmenso paso de avance, la selección de todos los candidatos a cargos de elección popular mediante primarias podría ser inconveniente. Cuando un candidato es escogido por la dirigencia del partido, al asumir su cargo tenderá a obedecer las instrucciones de esa dirigencia, la cual tendrá el poder de mantenerlo o no en las planchas o listas de candidatos para las próximas elecciones. Como un representante usualmente querrá ser reelegido o postulado para otra posición, tratará de no desviarse de la línea impuesta por los dirigentes que controlan la escogencia de los candidatos a los cargos de elección popular.

En cambio, cuando los candidatos son escogidos en elecciones primarias, como su nombramiento no depende de los dirigentes del partido, tenderán a votar a su manera y conforme a su conciencia, como ocurre en los Estados Unidos. Esta ausencia de disciplina partidista dificulta la gobernabilidad, pues el presidente no podrá contar con un bloque de votos parlamentarios seguros, sino que tendrá que recurrir a mayorías circunstanciales construidas para cada medida, proyecto o plan, a cambio muchas veces de financiamiento para los pequeños proyectos clientelares de los diputados que lo apoyan.

La selección del candidato presidencial, o incluso los candidatos a gobernador o alcalde, en elecciones primarias no representa un problema. El problema podría surgir cuando los candidatos a los cuerpos deliberantes o legislativos (Asamblea Nacional, consejos legislativos y concejos) sean seleccionados por primarias, ya que son los órganos legislativos lo que tienen que respaldar, aprobando las leyes y ordenanzas correspondientes, el programa de gobierno del presidente, gobernador o alcalde. Por eso, tal vez debería irse a un sistema intermedio en el que el candidato presidencial y los candidatos a cargos ejecutivos sean escogidos en primarias, y los candidatos a cuerpos legislativos sean elegidos por la dirigencia, utilizando desde luego mecanismos de consulta democrática. Hasta ahora no se ha visto el efecto de este artículo 67 porque no ha sido aplicado, ya que la Ley de Partidos Políticos aún no ha sido modificada para recoger la nueva norma constitucional.

En *segundo lugar*, el artículo 192 permite una sola reelección para los diputados a la Asamblea Nacional, “dos períodos consecutivos como máximo”, lo cual podría disminuir la disciplina partidista en el segundo período, cuando el diputado es un *lame duck*. En este segundo período los diputados ya no tendrán la motivación de buscar la candidatura de su partido para un nuevo período, por lo que podrían ser menos obedientes de la línea partidista. Cuando no hay primarias y no hay limitación de términos, el diputado tiende a votar con sus compañeros, pues si se aparta de la línea partidista corre el riesgo de no ser incluido en la plancha o lista del partido para las próximas elecciones. Pero si ese diputado tiene prohibido ser candidato de nuevo, podría no sentirse motivado a seguir la línea partidista, pues ya no tendría premio si lo hace o castigo si no lo hace. Esto a su vez podría dificultar que el presidente consiga apoyos estables y predecibles para su programa de gobierno.

En *tercer lugar*, la separación de las elecciones presidenciales de las elecciones legislativas podría fragmentar aún más el sistema de partidos. Shugart y Mainwaring demuestran, en la conclusión del libro editado por ellos, que en los países con elecciones separadas aumenta el número de partidos. Esta fragmentación, a su vez, hace más difícil la gobernabilidad, pues el presidente tendrá más dificultades para negociar satisfactoriamente coaliciones de gobierno estables.

La separación de las elecciones se deriva del artículo 230, el cual establece que “el período presidencial es de seis años”; y del artículo 192, el cual dispone que “los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional durarán cinco años en el ejercicio de sus funciones”. Las primeras elecciones presidenciales y legislativas se celebraron conjuntamente en 2000, pero sólo coincidirán de nuevo dentro de 30 años.

Por poner sólo algunos ejemplos las próximas elecciones parlamentarias serán en el 2005; luego las presidenciales en el 2006 y las parlamentarias en el 2010; presidenciales el 2012 y parlamentarias el 2015; presidenciales el 2018 y parlamentarias el 2020. En otras palabras, cada elección reflejará una situación política que bien podría ser completamente distinta de la elección precedente o de la posterior. El efecto de esto es que el presidente tendrá que convivir con una Asamblea elegida bajo un presidente anterior o

con cambios de mayoría a mitad de período, creándose seguramente bloqueos y situaciones de estancamiento. Hubiera sido mejor dejar el sistema anterior con elecciones simultáneas, pues en éstas los electores tienden a darle apoyo parlamentario al presidente que desean elegir.

Supongamos que el partido de Chávez pierde las elecciones parlamentarias de 2005 y el gobierno entra en minoría, ¿cómo hará el presidente para llevar adelante su programa en el año final de su período? Es posible que el año 2006 sea un año de conflictos y bloqueos, que harán muy difícil el manejo de la situación política. Y si Chávez perdiera las elecciones de 2006, pero su partido hubiese ganado las parlamentarias de 2005, ¿cómo hará el nuevo presidente para llevar a cabo su programa con una mayoría adversa durante los cuatro primeros años de su gobierno?

En *cuarto lugar*, el artículo 230 prevé la reelección inmediata del presidente por un solo período adicional. Esto aumenta notablemente los poderes partidistas del presidente durante su primer período, pero lo convertirá en un *lame duck* en su segundo período. Luego de este período no tendrá ninguna otra oportunidad de volver a la Presidencia, como si la tenían antiguamente con la posibilidad de reelección luego de dos períodos. Por eso, es posible que a los presidentes les cueste conseguir apoyos en su segundo período, cuando ya no podrá sancionar la desobediencia o premiar la lealtad.

En *quinto y último lugar*, como la nueva Constitución mantiene la elección presidencial con mayoría relativa no existe el riesgo de que se fragmente el sistema de partidos por esta razón. Cuando hay segunda vuelta, dicen Shugart y Mainwaring, tiende a fragmentarse aún más el esquema de partidos.

V. CONCLUSIONES

Aplicando el análisis de Shugart y Mainwaring, los poderes legislativos constitucionales del presidente no han sufrido grandes cambios con la Constitución de 1999. El presidente sigue sin tener poderes de veto y de decreto en un sentido estricto. Desde este punto de vista la apreciación de Shugart y Mainwaring de que Venezuela tiene una presidencia *potencialmente marginal* se debería aplicar también al nuevo sistema constitucional.

Por otro lado, aun cuando hasta ahora los poderes partidistas del presidente no se han visto en la práctica alterados, ciertos cambios constitucionales podrían modificar la situación. Las primarias para la selección de candidatos, la separación de las elecciones y las limitaciones en los períodos del presidente y de los diputados a la Asamblea Nacional podrían reducir los poderes partidistas del presidente.

Por lo tanto, es posible que, si mantenemos la Constitución de 1999, dentro de algunos años tengamos un presidente tan débil que no tendrá ninguna posibilidad de gobernar de una manera efectiva. Esto a su vez podría impulsar a la búsqueda de salidas extraconstitucionales.

Shugart y Mainwaring, en sus conclusiones, prácticamente describen, sin decirlo, al sistema presidencial venezolano de 1961-1999, como el mejor de todos los existentes en América Latina. En nuestro sistema anterior, al igual que en el modelo ideal de los autores,⁴⁶ el presidente tenía pocos poderes legislativos; las elecciones legislativas eran concurrentes con las presidenciales; las elecciones presidenciales utilizaban un sistema

46. MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S., *Conclusión: Presidentialism and the Party System*, pp. 435-436.

de mayoría relativa; y el sistema electoral para escoger a los congresantes era, al menos desde 1993, un compromiso entre listas abiertas y cerradas.

Tal vez la clave de la durabilidad del viejo régimen fue la índole del sistema presidencial que teníamos. Tal vez sea mejor volver a él, suprimiendo o modificando las nuevas características que ponen en riesgo los poderes partidistas que tiene el presidente para influir en la legislación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Asdrúbal, *Revisión Crítica de la Constitución Bolivariana*, Editorial CEC, SA, Caracas 2000.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.

BUNIMOV PARRA, Boris, “El Sistema de Gobierno” en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, SA, Caracas 2000.

CRISP, Brian F., “Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995” en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

FERNÁNDEZ, Gerardo, “El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999” en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

NJAIM, Humberto, “El Sistema Político. Democracia y Participación: Principios Rectores y Consecuencias” en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

“Venezuela: ‘El Hombre Enfermo’ de la Democracia Continental”, presentado en Seminario CLACSO/CEBEM, Santa Cruz, 25 al 27 de noviembre de 1998.

REY, Juan Carlos y PABÓN, Jorge, “Caminando sobre la Cuerda Floja: los Poderes Presidenciales, la Gobernabilidad y la Legitimidad en la Constitución de 1999”, 2000.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Caracas 2000.

SHUGART, Matthew Soberg y MAINWARING, Scott, “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate” en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

“Conclusion: Presidentialism and the Party System” en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

VARIOS AUTORES, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O. N° 5.453 del 24/3/2000).

2. Fortalecimiento del Poder Ejecutivo

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Alfredo Arismendi A.
Director del Instituto de Derecho público
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La idea de estas notas sobre el Poder Ejecutivo Nacional, es la puntualización y análisis de las atribuciones y obligaciones del mencionado Poder dentro del marco que configura la consagración de la División de Poderes por nuestra Constitución vigente en el artículo 136, para determinar su naturaleza jurídica como Poder Público y su relación con los otros que forman parte del *Principio* que consagró y desarrolló Montesquieu, asimismo desglosar su organización, reseñar los requisitos que exige su titularidad y describir a grande rasgos el marco de su actuación.

En este cuadro, es indudable apreciar que nuestra Constitución actual, de derecho y de hecho, desborda en forma total la concepción clásica del famoso principio de la separación de los poderes tradicionales, Legislativo, Ejecutivo y Judicial con sus atribuciones naturales; Venezuela reconoce un sistema presidencialista con tres jefaturas que se depositan en una misma persona -el Presidente de la República- quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada, más la política, que aunque no se consagra en forma constitucional, se siente a todos los niveles de la vida nacional, todo ello bajo el control formal inexistente, al menos así lo demuestra la experiencia, durante la vigencia de la Constitución actual.

El Poder Ejecutivo Nacional se organiza a partir de que se le asignan por la Constitución, atribuciones como Jefe de estado, de Gobierno y como Comandante en Jefe de la Fuerza Armada. A este cuadro inmenso de atribuciones, se le asignan otras que aunque no consagradas por la Constitución de la República, se ejercen sin ningún control, sobre todo cuando es el máximo líder del partido triunfador, o por lo menos fundador de la organización política que lo elevó al poder. De allí que nuestra Carta Magna coloca en cabeza de una sola persona, cuatro descomunales funciones que ningún ser humano es capaz de llevar a cabo con posibilidad de éxito.

Por estas razones, no podemos ubicar el sistema político venezolano, en el cuadro clásico de las formas de Estado ni mucho menos en el de las formas de gobierno, ya que ello nos obligaría a explicar sus causas sociales, ideológicas e históricas, lo que desbordaría el propósito de estas ideas, establecer la fisonomía jurídica y política del Poder Ejecutivo Nacional en Venezuela y resaltar las negociaciones impuestas por nuestra evolución histórica para corregirlas y así llevar al país hacia la modernidad que tanto necesita y disfrutar de una verdadera democracia, que además de realista sea participativa.

Nos encontramos al comienzo del Siglo XXI, al reconocer nuestras fallas, debemos subsanarlas y así orientar al país, mediante métodos democráticos, hacia un sistema, en que las decisiones fundamentales del gobierno se proyecten, discutan, aprueben y valoren con la intervención de todos los sectores de la sociedad en general, mediante fórmulas eficaces y efectivas de participación integral.

II. EL EJECUTIVO UNIPERSONAL

En Venezuela, el Poder Ejecutivo Nacional, según el contenido de la Carta Fundamental de 1999, recae de manera insincera, en varias personas, según lo consagrado en el Título V, Capítulo II, Sección Primera que en su artículo 255 establece lo siguiente:

El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley.

Dicha concepción contraria en apariencia, lo que es una vieja tradición venezolana el unipersonalismo presidencial, que en nuestro país, adquiere ribetes de asfixiante y abusivo, por cuanto en realidad, la titularidad efectiva del Ejecutivo Nacional, solamente es ostentada por una persona y nada más, sin que a ningún caso ésta se delegue en un órgano o persona individual y mucho menos en un cuerpo colegiado, así lo consagra el texto constitucional, como ha sido lo tradicional en nuestra historia constitucional, que según autores patrios, se institucionalizó, salvo excepciones, a partir de la Constitución de 1819.

La Constitución de 1999, al continuar en la misma línea de las constituciones dictatoriales y democráticas acoge los perfiles del presidencialismo norteamericano. Al respecto se puede afirmar, que en la actualidad, el personalismo presidencial en la cual se ha transformado el sistema político venezolano, comienza a ser algo polémico en nuestro país. Se tolera la farsa de lo consagrado en la Constitución Nacional, pero comienza a discutirse lo que por décadas ha sido una realidad el unipersonalismo avasallante y arbitrario de nuestros presidentes.

En este sentido el debate sobre la unipersonalidad o pluralidad del ejecutivo, Ambrosio Oropeza nos recuerda que al comienzo de la guerra de Independencia, “Vanamente se pretendió en nuestra primera Carta Fundamental la constitución de un Ejecutivo sin preponderancia sobre las demás potestades. El triunvirato imaginado con tal fin, que reñía abiertamente con la tradición despótica y unipersonal de la monarquía, evidenció de inmediato el más rotundo fracaso por su debilidad y falta de cohesión antes de las circunstancias, que eran de guerra y conmociones”. Contra esta idea de un Ejecutivo débil en su constitución y en sus facultades, se levanta el Libertador y en él se inspira los posteriores constituyentes. “En las repúblicas, dice Bolívar en el discurso de Angostura, el Ejecutivo debe ser el más fuerte porque todo conspira contra él; en tanto que en las monarquías el mas fuerte debe ser el Legislativo porque todo conspira a favor del monarca”. Y apoyado en este alto testimonio, que no puede tomarse al pie de la letra si recordamos que el Ejecutivo bolivariano se confunda con el de los gobiernos parlamentarios, los positivistas venezolanos hicieron la apología del Presidente o gendarme, al que adornaron con el doble calificativo de *necesario* y *democrático*. Fue, pues, sobre el fundamento de poderosas motivaciones históricas y hasta por temperamento nacional en el que los constituyentes *venezolanos*, incluso los que dictaron y pusieron en vigencia

constituciones auténticas, acogieron el *presidencialismo* norteamericano ante que el parlamentarismo, a que tan inclinado se mostraba, sin embargo, el Libertador.

III. REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En el artículo 227 de la Constitución Nacional, se señalan tres requisitos fundamentales para asumir tan importante cargo, que en líneas generales casi no difieren de los consagrados, por otros países de América Latina y el resto del mundo. Sin embargo, la consagración de que “Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría”, (Artículo 40) no deja de producir cierto resquemor entre los especialistas del derecho constitucional que, en cierto modo, diferencia nuestro derecho constitucional, de otros que regulan la materia en el derecho comparado. Dicho artículo establece:

Para ser elegido Presidente o Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en esta Constitución.

Artículo 229. No podrá ser elegido Presidente o Presidenta de la República quien esté en ejercicio del Cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección.

Algunos autores no son partidarios de lo consagrado en el segundo apartado del artículo 40 de la Carta Fundamental, a lo cual hay que agregar que en el mismo no es una novedad del Constituyente de 1999 (Artículo 45 de la Constitución Nacional de 1961). Este permite que una persona sin raíces profundas en el país pueda asumir la primera magistratura nacional. Es indudable que se haya pensado en permitir que alguien, en un país de fuerte corriente emigratoria, aunque no concebida en forma seria como un principio, esté facultado para lograr la magna representación del país.

Por otra parte, la Doctrina patria, hace hincapié en las similitudes de los requisitos para ser presidente entre las Constituciones de 1961 y la de 1999, pero en lo que respecta a la cuestión planteada, sólo un populismo irreflexivo que ninguna o pocas constituciones de otros países avalan, puede explicar la posibilidad de que los padres del Presidente de la República sean extranjeros por nacimiento o por naturalización; nuestra evolución constitucional no justifica la consagración de tal posibilidad, pues resulta insólito que se plantee la circunstancia de que a través de un Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, descendiente de extranjeros, pueda recibir influencias en la conducción de Venezuela del país originario de sus padres.

Sin embargo, puede ser que la justificación de dicha consagración sea el devenir circunstancial de la historia política venezolana que con sus altibajos siembra de sorpresas la evolución constitucional del país. La última experiencia dictatorial se caracterizó por una fuerte corriente migratoria, que aunque no muy selectiva, sus frutos los recogió la democracia posteriormente vigente hasta nuestros días. Los hijos de los extranjeros y sus mismos padres se incorporaron de lleno a la vía nacional, de tal manera fue la asimilación que para algunos de ellos, era inconcebible que al menos no tuviesen la posibi-

lidad de acceder a las cámaras legislativas nacionales. Sin embargo hoy en día, después de casi 40 años de democracia la situación del país es distinta. La explicación es muy fácil; en una democracia formal, sin independencia económica, invadido de manera pacífica por los países vecinos de Sudamérica y del Caribe y con una corriente migratoria nada selectiva es imposible negar que entre los hijos de tales extranjeros, así sea tan solo uno de ellos, exista aún en forma relativa la inclinación afectiva hacia el país originario de sus ascendientes. Por ello no encontramos ninguna razón que explique, en contra de lo que opinan algunos, esta consagración, establecida en la parte final del artículo 40 de la Constitución Nacional.

Las condiciones que establece la Constitución de la República para acceder al máximo cargo dentro del estado venezolano, no requieren de mayor análisis debido a su enumeración taxativa, y además, porque su interpretación en general no presenta ninguna duda. Por una parte, exige que el candidato sea venezolano por nacimiento y que sea elegible y apto para el desempeño del cargo como elector y que sepa leer y escribir, en tanto que por la otra se garantiza su honestidad personal.

1. La reelección

Históricamente Venezuela ha sido azotada por el continuismo de manera permanente. Desde el siglo XIX hasta el presente constituye el emblema tradicional de todas las revoluciones que azotaron al país. Símbolo de lucha por la democracia y la alternabilidad frente al despotismo y la barbarie, la reelección ha sido de manera perenne un foco de insurrección y anarquía que han dado vida a todas las revoluciones más famosas, durante el siglo pasado y el actual. Inculcado en la mente del venezolano el rechazo a las dictaduras y a la continuidad en el poder, después de haber presenciado las múltiples reelecciones directas e indirectas de J. V. Gómez, la explicación socio-jurídica del principio de la no reelección, es inobjetable y mucho más si lo fuese de manera absoluta.

Sin embargo, de espaldas a la historia, la Constitución de 1999 consagra que el Presidente de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez para un período adicional (Artículo 230).

Modificado por el Constituyente de 1961, el principio de la reelección, el artículo 185 quedó consagrado en los términos siguientes: “Quien haya ejercido la Presidencia de la República por un período constitucional...” del cual señala Ambrosio Oropeza: “En cuanto a la reelección fue objeto de largas discusiones en el seno de la Comisión de Reforma Constitucional. Con el objeto de evitar el continuismo en una persona, de ciudadanos *necesarios*, guías, líderes indispensables proclives al despotismo, se sostuvo por los senadores Uslar Pietri y Escovar Salóm la necesidad de prohibir de manera absoluta y permanente la reelección presidencial. Otros sostenían la norma tradicional de prohibir la reelección en el período inmediatamente siguiente, lo que en definitiva se rechazó en atención a las facilidades con que autócratas y continuistas han burlado la expresada prohibición. Al fin, dice la Exposición de Motivos la Comisión adoptó una fórmula transaccional al consagrar por una parte, que quien haya ejercido la Presidencia de la República por todo un período constitucional, o por más de la mitad del mismo, no podrá ejercerla nuevamente en los diez años siguientes a la terminación de su mandato”. Sin embargo, pasado el tiempo, los términos de la reforma no fueron tan severos como se pensaba en 1961, ya que después los presidentes aunque no podían ser electos por los períodos inmediatos, sí podían serlo después, con las consecuencias negativas vividas

por el país. Ahora, por muchas razones innegable se justificaba una prohibición absoluta con la cual estamos de acuerdo pero condicionada prolongación del período a seis años, o a la reelección inmediata por una sola y última vez, pero con un período de cuatro años, si se quiere ser consecuente con el país y no con los políticos que marchan en sentido contrario a la historia.

2. El período presidencial

El artículo 230 establece la duración del ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional por un período de seis años, ni un día menos, pero sobre todo, ni un día más. El período menor, más cercano, consagrado en la Constitución de 1909, consagraba su duración por un lapso de cuatro años, pero en el estatuto Constitucional de 1914 se amplió en tres años por medio de la reforma constitucional, de ese mismo año. Sin embargo en 1931, por otra reforma constitucional se redujo a cinco años hasta nuestros días.

Haciendo hincapié en la conclusión del mandato presidencial por falta absoluta, la Constitución Nacional establece en su artículo 233 que en el supuesto caso de que el Presidente electo no tomase posesión dentro del término previsto en la misma Constitución, “se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes”.

Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

IV. EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO

1. Generalidades

En el artículo 225 de la Constitución, que se refiere a la composición del Poder Ejecutivo Nacional, se establece que además del Presidente de la República, tal Poder está en manos del Vicepresidente Ejecutivo.

Ahora bien, ¿Cuáles son los beneficios aporta este funcionario a la evolución del Derecho Constitucional Venezolano? Es un mal injerto, como tantos otros consagrados en las constituciones venezolanas. No es un primer ministro como lo impone un sistema parlamentario, porque el nuestro es un presidencialismo disfrazado de mixto. No se un Vicepresidente, como figura trascendental del sistema norteamericano, cima del autén-

tico sistema presidencialista. Los constituyentes ni se tomaron la molestia de revisar la última reforma Constitucional argentina, donde se consagra la figura del *Jefe de Gabinete*, más auténtica y mas acorde, con la filosofía constitucional latinoamericana, que jamás a podido limitar de manera efectiva el poder omnipotente de los presidentes de las diferentes Repúblicas.

Sin embargo, en honor a la verdad, la aprobación de tal funcionario no fue consensual. El cuatro de noviembre, el ambiente en la Asamblea Nacional Constituyente se tornó candente cuando comenzó la discusión sobre el Capítulo II, que definía las atribuciones del Presidente de la República y creaba figura del Vicepresidente Ejecutivo.

Los constituyentes Guillermo García Ponce y Aristóbulo Istúriz no lograron convencer a sus compañeros en el sentido de que era preferible designar a un *Primer Ministro* en lugar del Vicepresidente. Otros constituyentes, como Ricardo Combellas, defendieron la existencia del Vicepresidente, quien será un *ayudante* del Jefe de Estado y así fue votado por la plenaria. El constituyente Pablo Medina fracasó en su intento de establecer que el Vicepresidente fuera electo por el pueblo. Según lo aprobado, tal funcionario sería *designado* por el Presidente de la República.

En todo caso, el nuevo funcionario con rango constitucional se consagró así:

El Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidenta Ejecutiva es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe o Jefa del Ejecutivo Nacional.

El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva reunirá las mismas condiciones exigidas para ser Presidente o Presidenta de la República, y no podrá tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

2. Atribuciones

Sin atribuciones fundamentales que ameriten su consagración constitucional, a excepción de presidir el Consejo Federal de Gobierno, su enumeración está consagrada en el artículo 239:

1. Colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en la dirección de la acción del Gobierno.
2. Coordinar la administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República.
3. Proponer al Presidente o Presidenta de la República el nombramiento y la remoción de los Ministros o Ministras.
4. Presidir, previa autorización del Presidente o Presidenta de la República, el Consejo de Ministros.
5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.
6. Presidir el Consejo Federal de Gobierno.
7. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios o funcionarias nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.
8. Suplir las faltas temporales del Presidente o Presidenta de la República.
9. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente o Presidenta de la República.
10. Las demás que le señalen esta Constitución y la ley.

3. Destitución

Es en este punto donde radica una de las originalidades de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de un modo fundamental. La razón es indudable, si se tratara de un régimen presidencialista típico, el Vicepresidente Ejecutivo no sería otra cosa que un mero presidente del Senado, electo y suplente del Presidente de la República y su renuncia o falta absoluta por cualquier circunstancia no significaría, en ningún caso, la disolución, por ejemplo, del Congreso de los Estados Unidos de Norte América; pero es ésta, por cierto la situación en que se encuentra el Vicepresidente Ejecutivo. El punto de partida, de este desaguizado constitucional, es el que se encuentra establecido en el artículo 240 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del cual se deriva la subordinación del Vicepresidente Ejecutivo al Presidente de la República que es quién lo nombra. En segundo lugar nos encontramos con que el Jefe del Ejecutivo dispone, por tanto, de medios de acción sobre la Asamblea Nacional, dado que la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional (Art. 240). Lo que acentúa aun más la supremacía del poder ejecutivo Nacional, tradicional en las constituciones latinoamericanas, agravada en la nueva constitución, al dividir el poder público nacional en 5 poderes (Art. 136). En todo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es responsable de sus actos (Art. 241).

V. EL CONSEJO DE MINISTROS

1. Naturaleza

Su consagración jurídica, más bien simbólica en muchos casos, responde a una vieja conseja constitucional latinoamericana, de creer, que el Consejo de Ministros reduce o controla la omnipotencia de nuestros presidentes en el ejercicio de sus atribuciones. En todo caso la práctica consiste en hacer ver que sus decisiones son debatidas en el seno del organismo colegiado y de que existe la posibilidad de que se produzca la negativa de una mayoría frente al ejercicio de sus atribuciones presidencial, inoportuna, inconveniente o ilícita por parte del Presidente de la República, que por otra parte, en ciertas circunstancias, escuda sus aviesas intenciones al hacer copartícipe de ellas a sus Ministros. En Venezuela, el Consejo de Ministros es una institución constitucional y legal, ya que encuentra su regulación en la propia Constitución de la República y en la Ley de la Administración Central. El Consejo de Ministros es la reunión de los Ministros, el Vicepresidente Ejecutivo y el Presidente de la República quien preside sus reuniones, sin embargo podrá autorizar al Vicepresidente Ejecutivo para que las presida. En tal caso, las decisiones que se tomen no serán válidas si no son ratificadas por el Presidente de la República.

El Consejo de Ministros, como órgano colegiado permite -aparentemente- que las atribuciones constitucionales consagradas en el Jefe del Ejecutivo Nacional en compañía del Consejo de Ministros, se logren maduradas por los diversos enfoques de sus Ministros y así darle toda la amplitud de un consenso, a la hora de tomar una decisión fundamental.

Por otra parte, el constitucionalista Orlando Tovar Tamayo analiza el Consejo de Ministros de la siguiente manera: “A través de la evolución constitucional venezolana, ha predominado la denominación de Consejo de Ministros para la reunión de los Ministros, bajo la Presidencia del Jefe de Estado”.

En la Constitución de 1953 se diferenciaba entre el Consejo de Ministros y el Gabinete, en la asistencia o no del Jefe del Estado. En efecto, en caso de falta absoluta del Presidente de la República, después de haber prestado el juramento de ley, se encargará del Poder Ejecutivo Nacional, el Ministro que ostente la mayoría absoluta de los votos de los Ministros en Gabinete, quien se juramentará ante *ese Gabinete*.

Así mismo, en la novísima Ley de la Administración Central (artículo 10), se establece que el Presidente de la República podrá disponer que funcionen Gabinetes sectoriales integrados por los Ministros con responsabilidad en el sector, los cuales serán presididos por el Presidente de la República o por el Ministro que se designe.

Como se ve, no hay en el derecho venezolano una noción clara de Gabinete, pero sí de Consejo de Ministros. Consejo de Ministros es la reunión de todos los Ministros, presidida por el Jefe de Estado o por el Ministro que él designe. En conformidad con la nueva Constitución, al Consejo puede ser invitados otros altos funcionarios de la Administración, como es el Procurador General de la República (artículo 203 de la Constitución).

El Presidente, por mandato Constitucional, es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y sus facultades las ejerce por su sola autoridad, por órgano de los Ministros o del Ministro responsable o en Consejo de Ministros. Podemos entonces, definir el Consejo de Ministros, como la reunión del Presidente con todos sus Ministros; excepcionalmente el Presidente puede hacerse sustituir por un Ministro. En cuyo caso el Consejo delibera, pero sus decisiones no son vinculantes hasta que sean conocidas y ratificadas por el Jefe del Estado.

Son Miembros de este Consejo:

1. Los Ministros del despacho, cuyo número está prefijado en la Ley de la Administración Central.
2. El Ministro de Estado. (Ministro sin Cartera).
3. Gobernador del Distrito Capital, que asiste al Consejo con voz, pero sin voto (Artículo 15, Ley Orgánica de la Administración Central).
4. Otras personas que sean invitadas a dicho Consejo (artículo 15 ejusdem).

En lo que respecta al sector no presidencial, como parte del Poder Ejecutivo Nacional, se encuadra en el ordenamiento constitucional para ejercer en forma mas armoniosa, el manejo de la Administración Pública Nacional, a tal efecto, nuestra Constitución de la República, en su artículo 181 establece: “El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República y el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determine esta Constitución y las Leyes”.

2. Organismos de la Administración Pública Nacional

El ejercicio del Poder Ejecutivo exige además una serie de entes y mecanismos, aparte de los ya mencionados, para que sin delegar las atribuciones del Presidente de la Re-

pública, las mismas pueden realizarse dentro del grupo de competencias relativas a su jurisdicción, para la mejor marcha de la Administración Pública Nacional. En tal forma divididas en tres instancias (Art. 236) las que ejerce en Consejo de Ministros, las que deben ser refrendadas por su validez por el Vicepresidente Ejecutivo, Ministros o Ministras respectivos y las que ejercer por sí solo, cada una con su propia organización y sus áreas de competencias bien determinadas, como consecuencia de la colaboración que deben practicar en conjunción con el Presidente de la República. Según el contenido de la Constitución de la República y de la Ley Orgánica de la Administración Central, los órganos superiores se dividen de la siguiente manera:

- a. El Presidente de la República.
- b. El Vicepresidente Ejecutivo (Art. 225 de la C.N.).
- c. El Consejo de Ministros.
- d. Los Ministros.
- e. Los Ministros de Estado.
- f. Los Vice-Ministros.
- g. Los Consejos Nacionales.
- h. Las Comisiones Presidenciales.
- i. Los Comisionados Presidenciales.
- j. Las Autoridades Únicas de Áreas.
- k. Las Oficinas Nacionales.

Entre las principales responsabilidades que nuestra Carta Fundamental encomienda al Estado, se encuentra la *promoción del desarrollo*. Todo lo cual explica el crecimiento desmedido de la Administración Pública Nacional, de Institutos Autónomos, empresas públicas mixtas y hasta fundaciones de la mas diversa naturaleza. En varios ordinales del artículo 156 de la Constitución Nacional, se fundamenta la actitud paternalista que hasta ahora, adopta el estado para el desarrollo de dichas funciones:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.

12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios que esta Constitución y la ley.

13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.

15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.

16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

17. El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.

La Ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros estados.

21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.

25. Las Políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

Al referirse a la intervención estatal en la economía nacional, Ricardo Combellas, afirma: "..., la Constitución legítima, el intervencionismo estatal, de acuerdo con el marco estatal que la preside, el Estado Social de Derecho, gracias al cual se constituye como un estado planificador, empresario, de fomento, regulador de servicios, conformador en buena parte al establecer los límites de la acción del empresario privado, dentro de variables grados de autonomía, de la vida económica del país.

El modelo económico de la Constitución es, en conclusión, flexible, pues no se adhiere a ningún cartabón ideológico preestablecido; y mixto, en la medida en que se reconoce la iniciativa individual, garantizada a través de los derechos económicos y se le concede al Estado amplia posibilidad de participar en la vida económica".

VI. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO

1. Antecedentes

Antes de analizar el Sistema Presidencial Venezolano es ineludible remitirse a sus orígenes; en otras palabras, a su nacimiento histórico y a la evolución desde que se consagró por primera vez.

Las constituciones americanas se inspiraron todas en la teoría de Montesquieu que Simón Bolívar formuló con estas palabras: *Huid del país donde un solo hombre ejerza todos los poderes; es un país de esclavos.*

"El Sistema Presidencial de la América Latina tomó hasta cierto punto como modelo el de los Estados Unidos. Muchos autores ingleses y americanos han dicho que la diferencia esencial de los dos sistemas inglés y americano consiste en la más rigurosa aplicación del principio de la separación de los poderes en los Estados Unidos. El autor francés Hauriou crítica que las constituciones americanas hayan adoptado de una manera irrestricta el principio de la separación de los poderes y advierte que Montesquieu se había inspirado para formular su teoría en la vida constitucional inglesa y que entendió el principio de separación de poderes en un sentido flexible que entraña la colaboración de los poderes en el cumplimiento de las mismas funciones".

Wolf agrega: "El documento tan justamente criticado de 1811 fue sustituido en 1819 por la Constitución de Angostura. Esta Carta clásica, basada en el Proyecto de Bolívar,

realiza la unión deseada por Miranda y define los poderes públicos con admirable claridad. No es original, es una materialización de la soberanía del pueblo propugnada por Rousseau, de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa y de la separación de los poderes propagada por Montesquieu, pero Bolívar no copia todo. En lugar del sistema de gobierno inglés con su premier recomendado como modelo por Montesquieu, el Libertador crea un sistema *sui generis* que será en adelante no solamente el sistema de Venezuela sino el sistema de toda la América Latina; el Poder Ejecutivo se compone del Presidente y sus Ministros; el Presidente no actúa validamente sino por medio de los Ministros, responsables éstos por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, institución desconocida en el sistema presidencial de la América del Norte.

Específicamente en Venezuela, el sistema presidencial unipersonal se crea en 1819, lo que representaba la tradición colonial del gobierno personal -no como afirman algunos para darle unidad y fuerza frente al enemigo invasor- que era el único sistema de gobierno conocido por sus pueblos. Con diferentes nombres y métodos, ellos terminaron por ser la prolongación de tradiciones y fórmulas que hundían sus raíces en tierra abonadas por siglos. Los ciudadanos no creían en la efectividad de sus propias iniciativas y desconfiando de la madurez y del consenso de órganos colegiados, se conformaron en dejar sus destinos e ideales en manos de un solo hombre omnipotente la certeza de la verdad aunque fuese una mentira. La institución de un Poder Ejecutivo Federal en 1811 se basó en la Constitución Norteamericana, pero con una diferencia fundamental de que el Poder Ejecutivo, era colegiado. El gobierno de un triunvirato estaba en sintonía con las ideas democráticas de la Revolución Francesa.

Por su parte, Ambrosio Oropeza agrega: “La pieza capital del Poder Ejecutivo es, pues, el Presidente de la República, ya que los demás funcionarios que le acompañan en la ejecución de las leyes y tareas administrativas, de él dependen y a él deben su nombramiento. Si se recuerda, además, las frecuentes y largas dictaduras que ha padecido la República, no es extraño que en nuestras costumbres políticas se considere al Presidente como la autoridad más alta, como *el primer magistrado nacional*, colocado por encima de todas las demás y al que todos deben acatamiento y respeto. De esta pesada herencia dictatorial no han podido librarse los regímenes de derecho en donde no existe jerarquía sino colaboración de poderes igualmente independiente y con atribuciones específicas”.

2. Elementos Parlamentarios

Sin lugar a dudas, el presidencialismo venezolano se fundamenta en un Poder Ejecutivo fuerte, cuya autonomía frente a la Asamblea Nacional, innegable y firme. Pese a ello, la relación entre ambos poderes, en algunos casos, es fluida y coordinada, en contradicción con el principio clásico de la separación de los poderes, por cuanto la Constitución hable de *colaboración* entre ellos, que, aunque sin mucha fuerza jurídica, le dan cierto matiz parlamentario al sistema presidencialista. Por cuanto el parlamentarismo, en su versión clásica significa flexibilidad en la relación entre los poderes, colaboración por mandato constitucional entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la práctica real en tales relaciones, es teoría desvirtuada y sin credibilidad, lo que permite asegurar, en base a la realidad constitucional, que el sistema político venezolano está divorciado de manera total del parlamentarismo.

La Doctrina patria, aunque no niega los elementos parlamentarios que la Constitución de la República consagra, está clara en que la Constitución de 1999 aunque establece

instituciones del sistema parlamentario, consagra un sistema presidencialista sino puro bien lejos del parlamentarismo. En tal sentido, aunque varios autores han afirmado que nuestro sistema político es mixto y alejado del presidencialismo norteamericano, por cuanto reconoce instituciones del parlamentarismo, las mismas son inofensivas y su objeto, que es regular, controlar al Presidente de la República que no se alcanza, determinan que son inoperantes, inefectivas y simplemente formales, ya que en ningún caso alteran la esencia del sistema presidencialista puro, o al menos latinoamericano, es decir, omnipotente y sin límites, porque en ningún caso los objetivos propuestos casi nunca se han logrado, el control del Presidente de la República.

Sin embargo, Wolf reconoce y afirma que en: “Venezuela nunca han faltado los que pidieran la adopción de un régimen parlamentario”. Ya Antonio Leocadio Guzmán lo hizo en 1849; Seijas, que era también partidario de la elección popular y directa del Presidente de la República, escribió sobre la Constitución de 1881: “Es esta la oportunidad de repetir que nuestra Constitución es defectuosa en la parte que atribuye al presidente la facultad de nombrar y remover libremente sus Ministros, porque éstos no serán nunca sino simples secretarios o ejecutores de sus órdenes, aunque sean los únicos responsables de los actos ejecutivos. El temor de perder el puesto o el de incurrir en el desagrado del Jefe, les retrae del deber en que están de dar consejos, hacer advertencias, ilustrar la discusión de los asuntos públicos, tomar la iniciativa de los negocios de interés general, y en fin de cumplir con los altos deberes del empleo. Lo contrario sucedería si el Presidente no tuviese la facultad de removerlos, que entonces los Ministros serían miembros eficaces y activos del ejecutivo, con mas temor a la responsabilidad y más libertad de desplegar sus datos personales en el desempeño de sus funciones. Es al Congreso a quien debe incumbir más propiamente el nombramiento.

En la práctica venezolana no podemos comprobar una tendencia hacia el sistema parlamentario; sucede muy raramente que un Ministro vaya al Congreso motu proprio o llamado por una cámara; todavía menos se hace uso del voto de censura concedido a la Cámara de Diputado”.

Lo que propone Seijas no es un sistema parlamentario en el sentido europeo, “sino una combinación del Presidente con período fijo con un Gabinete de Ministros con responsabilidad política ante el parlamento, nombrados y removibles en cualquier momento por el Congreso”.

Entre la normativa constitucional y la realidad, el objetivo y lo que se logre, Ernesto Wolf plantea y sintetiza los principios que a su juicio tratan de darle fisonomía a los elementos parlamentarios, consagrados por la Constitución dentro del sistema presidencialista venezolano.

A. El Refrendo Ministerial

La consagración del refrendo ministerial proviene de lo establecido por el artículo 236 de la Constitución, que establece su obligatoriedad y lo estipula como requisito de validez en lo que concierne a los actos del Presidente de la República, a excepción del nombramiento y remoción del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros, de la dirección de la Fuerza Armada Nacional, en su carácter de Comandante en Jefe y el ejercicio de la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.

Artículo 236: El Presidente de la República ejercerá en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los numerales 7, 8, 8, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22 y las que la atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

Los actos del Presidente o Presidenta de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 y 5, serán refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y el Ministro o Ministra o Ministros o Ministras respectivos.

El origen de esta institución parlamentaria se ubica en el mundo antiguo y su consagración adviene como una manera de certificar la legitimidad de la firma del monarca. En lo que respecta a nuestro país, la idea de las Constituciones ha sido la de establecer un control, limitar el poder unipersonal del Presidente de la República desde el mismo Poder Ejecutivo Nacional. Al constituyente patrio de nuevo, no le pareció sensato, consagrar la comparencia del Presidente ante la Cámara parlamentario, para fustigarlo directamente, sin embargo, para no dejarlo sin control consagró la obligatoriedad de que el Vicepresidente Ejecutivo o un Ministro refrendarán los actos del Presidente bajo su propia responsabilidad y que el Vicepresidente o los Ministros si puedan ser llamado por el parlamento para apuntalar la política del gobierno y la posibilidad de dale un voto de censura, lo que de prosperar, significaría una sanción a la actuación del Presidente de la República con tal estratagema, al parecer ingeniosa por parte del Constituyente, se piensa en lograr un doble control contra la omnipotencia tradicional del Presidente de la República: 1°) El control del Presidente por Vicepresidente Ejecutivo, Ministro o Ministros que refrendan y 2°) El control de éstos últimos por parte de la Asamblea Nacional. Pero la disposición constitucional correspondiente, que se caracteriza por su inviolabilidad e insinceridad, no logra los objetivos propuestos. La primera objeción del aparentemente tortuoso acto refrendatorio, es que el Presidente de la República omnipotente y sin control serio designa y remueve solo y libremente a los que deben controlarlo; es más, cumpliendo a cabalidad con sus deberes, por la sola sospecha presidencial de que la intención aparente es controlarlo, ni siquiera se dignará a destituirlo, nombrará el sucesor de inmediato.

Otra sinceridad notable es que el voto de censura de la Asamblea Nacional exige las tres quintas partes de los diputados para que acarree la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro; a lo cual se une otra insinceridad, la moción al respecto solo puede discutirse dos días después de presentarse a la Cámara, lo que permita toda suerte de manipulación, a los efectos de no lograr el quórum necesario.

B. El Consejo de Ministros

Es el organismo que debe aprobar las atribuciones fundamentales del Presidente de la República, lo que significa que para el ejercicio de tales atribuciones no actúa el Jefe del Ejecutivo Nacional, sino que lo hace un órgano colectivo en el cual el máximo jefarcarca de la administración pública, aparentemente, tiene tan solo un voto, a la par que cualquiera de los otros miembros del Consejo de Ministros.

El objeto de limitar el poder omnipotente del Presidente de la República por una autoridad colegiala es de vieja data en Venezuela, la Constitución de 1830 consagraba un Consejo de Gobierno constituido por los Ministros, denominados Secretarios, el Vicepresidente de la República, un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, delegado, y por cuatro consejeros electos por el Congreso de la República. En la Constitución de 1881 atribuciones más importantes del Poder Ejecutivo Nacional estaban reservadas a un Consejo Federal.

Tales constituciones consagraron un dualismo por el cual, por un lado, actos del ejecutivo se realizaban por sí solo, refrendados siempre por un Ministro y por el otro, actos trascendentales que realizaba el Presidente en Consejo de Ministros o con la anuencia de un Consejo.

Al parecer, tales constituciones consideraban logrados los objetivos propuestos, porque según lo dispuesto por las constituciones de 1830 y 1881, en el primer caso, parte de sus miembros y en el segundo todos los nombraba el Congreso de la República y eran responsables políticamente ante él. En la Constitución de 1999, consagrada ininterrumpidamente desde la dictadura de Gómez, tal dualidad, los miembros del Consejo de Ministros son nombrados y removidos libremente por él y únicamente responden ante el Presidente de la República.

El artículo 242 de la Constitución de 1999 establece que “De las decisiones del Consejo de Ministro son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras que hubieren concurrido”. En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Central consagra que “De las sesiones de toda reunión del Consejo de Ministros se levantará un acta por el secretario, quien la asentará en el libro especial una vez que haya sido aprobada y la autorizará con su firma”. En Venezuela el Ministro en desacuerdo, según la Constitución vigente, puede hacer constar su voto adverso o negativo; sin embargo, en la práctica tal actitud significa su despido inmediato del cargo, por cuanto ningún Presidente de la República, soporta que un Ministro o varios de ellos disientan de su decisión y mucho menos, cuando declaran ante la opinión pública su desacuerdo; y cuando se ha presentado tal situación, la reacción inmediata del Presidente de la República, es la solicitud de la renuncia colectiva del Consejo de Ministro, con la ratificación de todos los miembros, a excepción del o de los Ministros disidentes. En algunos casos, la destitución de un Ministro es indirecta y hasta inelegante, se nombra a otro, sin destituir o pedirle la renuncia al anterior.

El subdesarrollo mental de nuestros Presidentes de la República de no tolerar opiniones adversas en los Consejos de Ministros, lleva a los Jefes de Gobierno a designar como Ministros la mayoría de las veces a individuos que, por no tener peso específico, son incondicionales y marionetas, son tan solo monitores de la voluntad, muchas veces caprichosas, del Presidente de la República.

El Estado por su complejidad realiza múltiples actividades y una sola persona física no puede asumir todas las tareas que de importancia corresponden a un Jefe de Gobierno y por supuesto la cabeza del Poder Político debe saber delegar y dentro de su especialidad decidir en el marco de sus atribuciones. De allí, que es fundamental la buena escogencia de los miembros de su equipo gubernamental. Modernamente aunque político, un buen Ministro debe ser técnico, que sepa gerenciar dentro del radio de sus competencias, no tan solo un político, mucho menos politiquero.

En el sistema parlamentario, aunque no se quiera, la selección de los Ministros siempre es más certera. Ello es obvio, la actuación del gabinete está sometida a un control permanente del parlamento, que puede provocar la caída del colectivo, con tan solo un voto de desconfianza. De esta manera el partido de gobierno tendrá el máximo cuidado de escoger al Primer Ministro y éste al seleccionar a los demás, por su capacidad, talento e inteligencia, lo cual nos explica a cabalidad, el llamado milagro alemán o japonés.

Es conveniente que los Ministros no sean tan solo técnicos o especialistas. Cuando un Ministro reúne en sí grandes conocimientos, capacidad gerencial y administrativa su

nombramiento es un acierto, pero lo fundamental aparte de su capacidad, debe ser la honestidad y una gran vocación de servicio al país.

Debe haber un divorcio total entre la politiquería o adhesión a ciegas al partido y lo que debe ser una buena gestión ministerial; es lo más deslucido de mundo nombrar a un Ministro como gratificación, por amiguismo y por su servilismo.

En Venezuela es frecuente que los fundadores de partidos, al asumir la máxima magistratura de la República designen como Ministro a sus compañeros de lucha, que con pocas excepciones su preparación insuficiente, lo convierten en ave de rapiña capaz de devorar hasta sus propias entrañas.

La duración en el cargo de Ministros es impredecible lo que se justifica en el sistema Parlamentario, por el seguimiento que de su actuación realiza el parlamento, pero en Venezuela, en muchos casos, es una maldición, sobre todo cuando su actuación es pésima y el Presidente de la República, por testarudo y soberbia se empeña en mantener en el cargo.

En realidad los cambios, en algunos casos son recomendables y hasta refrescantes de la imagen gubernamental. Pero sin duda, lo nefasto es cambiarlo por no ser serviles o eternizarlos por no dar su brazo a torcer ante la opinión pública.

Sin embargo, la Venezuela contemporánea contempla con horror, como los caudillos políticos, al llegar a la Presidencia de la República, por cualquier causa, menor por la capacidad, honestidad o mayoría calificada de los electores, con frecuencia para brillar en las páginas de la historia, prefieran llamar a ineptos, serviles y sin espíritu de iniciativa al gobierno y así se contemplan gobiernos, con Presidentes de la República muy capaces, pero con Ministros muy grises, que al deber su cargo a cualquier hecho, menos a su capacidad, conducen a la mediocridad de todos los gobiernos democráticos, como su características mas general.

En la actualidad, cualquier juicio objetivo o científico del sistema presidencial es negativo. Sin embargo, abrigamos la esperanza de que las cosas cambien de tal manera que algún día se logre la doble vuelta para la elección presidencial, la prohibición absoluta de la reelección, la posibilidad real de enjuiciar al Presidente de la República y una verdadera libertad de expresión que permita excluir las consideraciones subjetivas a la hora de nombrar a los Ministros.

C. El Mensaje Presidencial

En la evolución del constitucionalismo en general, el hecho de que el Jefe del Ejecutivo Nacional presente un balance de su labor como máximo funcionario de la República, se ubica en Inglaterra y mas tarde la idea se traslada a los Estados Unidos de Norteamérica y de allí a varios países de la América Latina.

En Venezuela, la Constitución de la República consagra la presentación del mensaje Presidencial, como una atribución, el cual frente a toda eventualidad debe hacerse todos los años. Así mismo, el mensaje que no ha adquirido en nuestro país su verdadera importancia política, ha devenido en un mero acto protocolar, que a nadie interesa y mucho menos su contenido o forma.

Artículo 237. "Dentro de los diez primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, el Presidente o Presidenta de la República personalmente presentará, cada año, a la Asamblea un mensaje en que dará cuenta de

los Aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior”.

Acerca del Mensaje Presidencial, la Roche señala que “... es un documento que presenta y lee el Presidente de la República directamente o el Ministro que éste encargado para tal efecto en donde se consigna aquellos que se ha hecho durante el año inmediatamente anterior desde un punto de vista general,”.

Por su parte, Ambrosio Oropeza descalifica su importancia política que lo ha convertido en un simple trámite que ninguna trascendencia tiene en lo que respecta a la vida nacional, sobre todo oír el contenido y en algunos casos por su extensión: “En la práctica el mensaje se ha convertido en una larga intervención del Presidente sobre las obras realizadas y las que se propone realizar. La razón para que el mensaje haya devenido en un acto protocolar estriba en que constituye, como en los Estados Unidos, una forma de dialogar el Presidente con el pueblo. Teniendo entre nosotros los Ministros el derecho de participar en la obra legislativa, los contactos entre el Magistrado y la Nación se realizan día a día ante la representación popular”. Siendo por otra parte, el mensaje presidencial un simple recuento de la vida política, social y administrativa del país, no podría ser improbadado por la Asamblea Nacional. Semejante facultad sólo puede ser empleada por la Cámara en la oportunidad de examinar las memorias ministeriales que contienen al detalle la labor cumplida por el Poder Ejecutivo en lo político, económico, social y Administrativo. Por tanto, hasta por un acto de cortesía entre los dos poderes no se prueba el mensaje presidencial sino las memorias de los Ministros.

D. Memoria de los Ministros

Consagrada en la Constitución de la República, es un deber innegable de los Ministros, la de presentar ante la Asamblea Nacional una memoria razonable y suficiente sobre la gestión de los despachos en el año inmediatamente anterior. Véamos el contenido de los artículos correspondientes,

... y la ley, y presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

Artículo 245. Los Ministros o Ministras tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones. Podrán tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto.

El antecedente de lo consagrado acerca de las Memorias se encuentra de manera poco precisa en la Constitución de 1811, en forma más concreta en la de 1819 (artículo 6°); y tal como se le consagra en la Constitución vigente, la de 1864 (artículo 79) y en la de 1961 (artículo 197).

3. Falta Absoluta del Presidente de la República

A. Antecedentes

El nombramiento del Presidente de la República, en el pasado, por el Congreso Nacional, respondía en Venezuela a la no consagración del cargo, de Vicepresidente, a la usanza de la Unión Norteamericana, como lo estableció por última vez la Constitución

de 1925. La evolución histórico-constitucional al respecto es la siguiente: En 1811 las tres personas que hubiesen reunido mayor número de votos para miembros del Poder Ejecutivo lo serían si tal número constituyesen las tres mayorías del número total de los electores presentes en todas las Congregaciones del Estado el que obtuviese en el cálculo de ambas Cámaras la mayoría mas inmediata a las tres requeridas para los miembros del Poder Ejecutivo, se consideraba elegido para lugar-teniente de aquel en las ausencias, enfermedades, muerte o renuncia de algunos de los miembros. En 1819, al que hubiese obtenido las dos terceras parte de los votos de los electores departamentales se le declaraba Presidente de la República y el que le siguiere inmediatamente en cuanto a los votos con mayoría absoluta, se le consideraba Vicepresidente de la República. En los casos de muerte, destitución o renuncia del Presidente, admitida por el Congreso, el Vicepresidente le sucedía en sus atribuciones hasta que se cumpliese el término para el cual habrá sido electo el Presidente. En 1821, había un Vicepresidente de la República que ejercería las funciones de Presidente en caso de muerte, destitución o renuncia hasta que se nombrase el sucesor que sería en la próxima reunión de las asambleas electorales. También entraría en las mismas funciones por ausencia, enfermedad o cualquier otra falta temporal del Presidente. En 1830, las cualidades que se necesitaban para Vicepresidente, la forma de elección y la duración de su cargo, eran las mismas que se requerían por ser Presidente. En los casos de ausencia, como enfermedad o suspensión temporal el Vicepresidente se encargaría de sus funciones y si faltare el Presidente por muerte, dimisión, destitución, el Vicepresidente se encargaría del ejercicio del Poder Ejecutivo hasta concluir el período constitucional. En 1857, el Vicepresidente ejercía provisionalmente el Poder Ejecutivo en los caos que determinase la Constitución. En caso de enfermedad o inhabilitación temporal del Presidente entraba a ejercer sus funciones el Vicepresidente de la República. Por muerte inhabilitación perpetua o renuncia admitida del Presidente de la República, el Vicepresidente también entraba a ejercer las funciones de aquél. En 1858, las faltas del Presidente las suplía el Vicepresidente, y las de éste por la persona que anualmente designase el Congreso en Cámara reunidas en sesión conjunta. Por muerte, dimisión, destitución o incapacidad del Presidente, ejercería el Vicepresidente el Poder Ejecutivo hasta que concluyese el período constitucional. En 1864, para suplir las faltas temporales o absolutas del Presidente, había dos designados que anualmente se elegían en Cámara reunidas en sesión conjunta. En 1874, las faltas temporales del Presidente la suplía uno de los Ministros del despacho elegido por la mayoría de los votos de sus colegas; y sus faltas absolutas, por muerte, renuncia, destitución o cese en el mando por haber terminado el período para el cual fue electo, por el Presidente de la Alta Corte Federal, quien al encargarse del Ejecutivo convocaría los pueblos a elecciones, a menos que la vacante ocurriese en los últimos seis meses del período constitucional. En 1881, el Consejo Federal elegía de sus miembros al Presidente, y de igual manera al que debía reemplazarlo en las faltas temporales o absolutas que ocurriesen en su período. En 1893, las faltas temporales o absolutas del Presidente de la República las suplía el ciudadano que se encontrase presidiendo el Consejo de Gobierno, constituido por nueve vocales nombrados por el Congreso cada cuatro años. En 1901, se adoptó de nuevo el sistema Vicepresidente, pero la faltas temporales o absolutas del Presidente de la República, las supliría un primer Vicepresidente y las de éste un segundo Vicepresidente, que tendría una duración igual que aquél. En 1904, en el caso de encargarse el segundo Vicepresidente por falta absoluta del Presidente y del primer Vicepresidente por falta absoluta del Presidente y del Primer Vicepresidente, o si ocurriese la falta durante su cargo, convocaría inmediatamente la Cámara del Senado para que eligiese la persona que debía sustituirlo. En 1909, las faltas temporales o absolutas

del Presidente, las suplía el Vocal que se encontrase presidiendo el Consejo de Gobierno. Pero en caso de que la vacante absoluta de la Presidencia ocurriese en los dos primeros años del período constitucional, el Consejero encargado de la Presidencia, convocaría al Congreso para que eligiese a la persona que debía desempeñar la Presidencia por el resto del período. En 1914, las faltas temporales del Presidente las suplía el Ministro del Despacho designado por el primero. En caso de falta absoluta, se encargaba del Poder el Presidente de la Corte Federal y de Casación, que procedía a convocar al Congreso, para elegir un nuevo Presidente por el resto del período. En 1925, se regresó de nuevo al sistema Vicepresidencial. Dentro de los primeros quince días de su instalación se reunían en Congreso las Cámaras del Senado y de Diputados para elegir un Presidente y un Vicepresidente de los Estados Unidos de Venezuela.

B. Situación actual

La evolución venezolana nos revela las causas que han motivado los innumerables y variados cambios que nos ofrecen las constituciones patria en cuanto a quien debe sustituir al Presidente de la República en caso de ausencia absoluta. En un principio, fue evitar el continuismo patrio, a través de personas fatuas, títeres, segundones, testafierros; o directamente, por considerarse indispensable salvadores de la patria o ávidos de riquezas monumentales, estos últimos disfrazados, pero en el fondo autócratas sanguinarios y despóticos. De allí, que la Constitución de 1961 consagró una fórmula que si bien no era la mejor, buscaba el no conocimiento previo del llamado a sustituir al Presidente en caso de falta absoluta, sobre todo por cuanto no determinaba el cargo, cuyo titular podía o debía ser el encargado de la máxima magistratura, en caso de ausencia total de su titular, En todo caso las experiencias han sido fatales y las consecuencias han conducido hasta un homicidio en tiempo de Gómez. Los acontecimientos de la época, sobre todas las circunstancias en que ocurrieron, lograron que se plasmara toda una regulación *casí* objetiva perfeccionada por las constituciones de 1947 y 1961.

La Constitución de 1999 rompe la tradición y excluye de manera absoluta la intervención de la ahora denominada Asamblea Nacional, antes Congreso, de cualquier intervención en la designación del encargado de la Presidencia de la República en caso de falta absoluta.

Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional, correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

En todo caso el artículo 233 contempla de manera *novedosa* el cuadro completo de las posibles situaciones que se puedan presentar, pero como afirma Ambrosio Oropeza. “Más todo esto significa -lo que no había tenido explicación en 1947- que la elección del Presidente por el Congreso no constituye un atentado a los reclamos más sentidos del pueblo venezolano hasta el punto de justificar el empleo de la violencia; como ocurrió con el derrocamiento de Medina en 1945”.

Antes se reconocía que la intervención del Congreso en el elección presidencial resultaba en ocasiones legítima y conveniente, ya que el Congreso representaba en efecto la soberanía del pueblo por ser una emanación del pueblo mismo. Sin embargo, siempre pueden sobrevenir situaciones que escapan a todo lo que está previsto en las normativas constitucionales vigentes. Los artículos 150, ordinales 8°, 187, 188 y 215 de la Constitución de 1961, en el caso del Presidente Pérez, no fueron muy convincentes, a la hora de fundamentar su salida y enjuiciamiento como Presidente de la República.

VII. INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES

La Constitución Venezolana consagra en el artículo 136, el famoso principio de la separación de los Poderes, aunque distorsionado, entendiéndolo no en forma absoluta, sino como una colaboración. En tal sentido, es importante destacar como el constituyente patrio recoge en nuestra Carta Magna lo que acontece en el Derecho Comparado, poniéndose al día con las modernas tendencias en materia de Derecho Constitucional. En efecto, dice que cada una de las ramas del Poder Público tiene funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí, en la realización de los fines del Estado. De conformidad con esto, el constituyente del 99 ha acogido el principio, pero no lo asienta confiando a cada uno de los poderes sus propias atribuciones y aislándolos entre sí. Como se dijo antes, se establece una colaboración de poderes. ¿Qué significa esto? La Doctrina al tomar en cuenta la imposible e inconveniente de mantener a cada uno de los órganos fundamentales en el radio de acción que clásicamente se le asigna, propugna una pequeña intromisión de un poder cualquiera en las actividades del otro. Por Ejemplo: la Constitución consagra el veto o facultad del Presidente de suspender los efectos de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, otorgándole así funciones legislativas al Poder Ejecutivo (artículo 214). Asimismo, establece que el Presidente de la República está facultado para conceder indultos, concediéndole atribuciones propias de la función jurisdiccional a un miembro del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 236, ordinal 19). El Presidente puede convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (artículo 236, ordinal 9°). A su vez, la Asamblea Nacional tiene funciones de investigación y control sobre las actividades políticas y administrativas del Gobierno de la República. (Artículo 222 y 223). Sin embargo, analizaremos las más importantes, porque son las que destacan la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

1. El Veto Presidencial

El derecho al Veto, otorgado al Presidente de la República por el artículo 214 de la Constitución, es definido por Ambrosio Oropeza "... como la facultad acordada al Presidente para solicitar de las Cámaras una reconsideración de las leyes sancionadas y enviadas para la promulgación cuando el Jefe del estado considere que ellas son contrarias a la convivencia de la Nación o violatorias de la Constitución Nacional".

El mismo Oropeza, a su vez recalca como el Veto en la vida constitucional de la República es casi una constante: "El Veto presidencial aparece por primera vez en la Carta de 1811 y se mantuvo en las sucesivas hasta el triunfo de la Federación. En la Constitución de 1864 se dijo solamente que cuando los Ministros del Ejecutivo hubiesen sostenido en las Cámaras de inconstitucionalidad de un proyecto, el Poder Ejecutivo se abstendría de promulgarlo, sometiendo la discrepancia al fallo de las legislaturas estatales. Esta disposición estuvo en vigencia hasta 1891. El Veto desaparece en las Cartas posteriores, es decir, desde la de 1893 hasta 1947, la Constitución de este año lo reproduce en términos semejantes a la de 1961. Y la de 1999 lo reitera aunque de manera más sencilla".

El Veto constituye para algunos, un toque de atención en ciertos casos, ante el apasionamiento, la premura y, en algunas circunstancias, la inconciencia de mayorías parlamentarias logradas con pinzas que pretenden aprobar a rajatabla una ley.

2. Promulgación de la Ley

Dentro de la *Formación de las Leyes* se consagra además como obligación del Presidente de la República, la promulgación de las leyes. Humberto La Roche dice: con relación a la Carta de 1961: "Debe advertirse que la promulgación y la publicación se confunden en el texto de la Constitución (...). Confusión que se repite en la de 1999, al copiar textualmente en su artículo 215 lo dispuesto en el 174 de la Constitución derogada".

La Publicación consiste simplemente en insertar en la Gaceta Oficial el texto de la Ley sancionada en la Cámara con el correspondiente *Cúmplase*. ¿Cuál es la significación jurídica del acto de la promulgación? "Si se acoge la solución monárquica, el acto de estampar el *Cúmplase* a un proyecto legislativo viene a darle toda su fuerza obligatoria, ya que es el monarca o el Poder Ejecutivo quien decide en última instancia sobre la vigencia o no.

De un futuro texto legal; si admitimos la modalidad democrática, viene a ser el Poder Legislativo el que le imprimirá su fuerza de derecho necesaria al acto legislativo para convertirlo en forma jurídica, y si admitimos el sistema mixto, debemos llegar a la conclusión de que la ingerencia del Poder Ejecutivo en la promulgación de un acto legislativo no tiene si no el carácter de un funcionario que le está dando la categoría de autenticidad a un texto debatido por las asambleas políticas".

La obligación del Presidente de la República de promulgar una ley, es ineludible y lo hace sujeto de responsabilidades y si tal situación se planteara, la no promulgación por el Jefe de gobierno; el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional ordenarán la promulgación de la ley sancionada por la Cámara (Art. 216).

3. Decretos con Fuerza de Ley

El Jefe del Ejecutivo Nacional, responsable por excelencia de la ejecución de las leyes, según la Constitución de la República, puede legislar en determinadas Circunstancias, sin que tal desviación consagre un desconocimiento del principio de la separación de los poderes ni mucho menos significa, bajo ningún caso, desconocimiento de la soberanía de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la situación se plantea cuando ocurren circunstancias, que exigen soluciones rápidas a lo que es lo mismo, en casos de apremio.

En variadas oportunidades el Poder Ejecutivo Nacional hizo uso de la delegación contenida en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución anterior, en todas y cada una de estas ocasiones la delegación estuvo sujeta a términos. Así, en la Ley de Medidas Económicas de Urgencia de 1961, en el encabezamiento de su artículo único se establecía: “De conformidad con el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, y dentro del año siguiente a la publicación de esta ley, dicte las siguientes medidas....”.

En segundo lugar, “... la fuerza de Ley de los Decretos que dicta el Ejecutivo en virtud de estas delegaciones, es otorgada generalmente en estas leyes de habilitación mediante disposición expresa. En la Ley de 1974, por ejemplo, se estatuyó en su artículo 2° lo siguiente:

En ejercicio de las autorizaciones contenidas en el artículo 1° de esta ley, el Ejecutivo Nacional podrá dictar mediante Decreto, las disposiciones legales que fueran necesarias.

Parágrafo Único: Cuando se trate de reforma de una ley, se publicará el texto íntegro que incorpore las modificaciones.

Sin embargo, la declaración del legislador prestando la fuerza de ley a la norma que luego venga a dictar el Poder Ejecutivo, no ha sido práctica uniforme. En la ley de 1961 faltó del todo y en la de 1984 no se estableció expresamente aunque, si al menos se señaló quasi el uso de la autorización conllevaba una reforma legislativa debería cumplirse entonces con el régimen legal de la Ley de Publicaciones Oficiales (artículo 3° de la Ley de Habilitación). En todas estas leyes, eso sí, se ha hecho mención de que se trata del ejercicio de la atribución otorgada en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución de 1961. (Artículo único de la ley de 1961 y N° 1 de las leyes de 1974 y 1984). Empero propiamente sería la declaración expresa del legislador de otorgar carácter legal a las normas que en virtud de la habilitación dicte el Poder Ejecutivo, y el medio más correcto de explicar el carácter y fuerza de ley de las normas del Decreto correspondiente.

En Venezuela -afirma La Roche- “A la luz del análisis del ordinal 8°, artículo 190 de la Constitución de 1961, se requiere lo siguiente: 1° Que las medidas extraordinarias versen sobre materia económica o financiera. 2° Que el interés público lo requiera. 3° Que la autorización conste en ley especial.

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho Constitucional se ha prescrito también:

Que la autorización se otorgue por tiempo determinado; 2) Que sólo se conceda para ejercer determinadas y precisas facultades”. Sin embargo, la Constitución de 1999, con relación a tal teoría:

Artículo 236: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República;

Ordinal 8°: Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

VIII. ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con su importancia, en el artículo 236 de la Constitución de la República, se consagran las atribuciones del Presidente de la República, además de otras determinadas en otros títulos de la Constitución y leyes de la República. Comentaremos algunas de ellas.

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes

Esta atribución se consagra en el primer ordinal del artículo 236 de la Constitución, que es sin lugar a dudas la más importante como Jefe del Ejecutivo Nacional y significa la facultad de colocar el aparato del Estado al servicio de las instituciones protección de la soberanía, del orden público, ejecución de las decisiones emanadas del Poder Judicial y de todos los actos que impliquen aplicación de la ley. Esta atribución tan importante, en opinión de la doctrina mas aceptada, le da el nombre al poder que la realiza. Tal poder es quien aplica la ley, la pone en vigencia y ejecutará todos los actos materiales que el Poder del Estado utiliza para que el Estado de Derecho funcione.

2. La Potestad Reglamentaria

Esta competencia también forma parte, de las atribuciones presidenciales, cuyo objetivo es contribuir a la mejor aplicación de la ley, que en muchos casos es mas difícil de lo que se piensa, ya que en general significa la realización de actividades colaterales, que por lógica están representada en los reglamentos denominados autónomos o ejecutivos y de esta manera acceder en el campo administrativo a su mejor aplicación. En este sentido, Ambrosio Oropeza expone: "..., reglamentar una ley en conformidad con los términos de la Constitución, es la facultad acordada al Presidente de la República para desarrollar *in extenso* el pensamiento del legislador sin alterar su espíritu, propósito y razón. El Reglamento, pues, no obstante, que participa de las características de la ley, de ser actos jurídicos impersonales y de obligatorio cumplimiento, ni es ley ni constituye para el Ejecutivo una delegación legislativa".

Por otra parte, el administrativista José Peña Solís, especialista en la materia, destaca: "Actualmente, como sostiene la mayoría de la doctrina, desde el punto de vista práctico resulta sencillo encontrar el basamento de la potestad reglamentaria, en virtud de que es casi imposible para el Parlamento asumir la totalidad de la tarea normativa en un Estado y mucho menos prever todas las circunstancias que se puedan presentar en la ejecución de las leyes, máxime cuando la técnica legislativa impone que las leyes sienten principios generales, correspondiéndole a la Administración el establecimiento de los requisitos, circunstancias, detalles, etc. que conduzcan a su aplicación, lo que a su vez supone una gran ventaja, en razón de que el procedimiento reglamentario es expedito y rápido, frente al lento y farragoso del legislativo, de tal manera que permite hacer las modificaciones reglamentarias que aconseje el contexto socio económico que sirva de marco a la ejecución de la Ley".

3. Nombrar y remover los funcionarios públicos

En el ord. 16 del artículo 236 de la Constitución de la República, se consagra la atribución del Presidente de la República para nombrar y remover aquellos funcionarios cuya designación la atribuyeran la Constitución y la ley. Antes se habla del nombramiento y remoción del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros, atribución que ejerce por sí solo. Además se consagra, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada el nombramiento del Procurador General y de los Jefes de misiones diplomáticas permanentes. A la lista de los nombramientos, La Roche hablaba con relación a la Constitución del 61, de otros que no se mencionaban en el ordinal 18 del artículo 190 de la mencionada Constitución, pero que se atribuían por sí mismo al Presidente de la República, por cuanto muchas leyes ordinarias también le concedían tal facultad, como acontecía, por ejemplo, con los maestros nacionales que se materializaba por una Resolución del Ministro, pero según orden del primer mandatario nacional. De manera pues, que la mayoría de los nombramientos, desde los más importantes hasta los de menor jerarquía eran nombrados por el Presidente de la República por intermedio del Ministro correspondiente. De esta manera el máximo magistrado de la República, se convertía directa o indirectamente, en el máximo empleador del país, todo lo cual desembocaba en una gigantísima política clientelar que frente a la vieja tradición nacional, de que todos los ingresos, al menos el mayor porcentaje, provienen de los hidrocarburos transformaba al estado en un monstruo ilimitado, incontrolable, ineficaz y sin una política seria a corto o a mediano plazo y mucho menos para entrar el nuevo milenio. De allí, que no era extraño que el empleado o funcionario público nacional al protestar o defender sus reivindicaciones, hablase en cuanto al Presidente de la República o del Ejecutivo Nacional, del patrono, o de la relación obrero-personal, lo que revelaba el papel, que a los ojos de los funcionarios o empleados nacionales, jugaba el máximo Jefe del Ejecutivo Nacional. Atribución que al parecer, por lo menos, se ve reducida en la Constitución de 1999.

4. Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional

Los ordinales 5° y 6° del artículo 236 de la Constitución de la República le atribuyen al Presidente de la República como facultad, el ejercicio en su carácter de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, la suprema autoridad jerárquica de ella, la de fijar el contingente de la Fuerza Armada Nacional, ejercer el mando... El órgano a través del cual se maneja la política militar es el Ministro de la Defensa. Lo referente al constringente armado lo regula la Ley de Servicio Militar Obligatorio, la cual regula la prestación de dicho servicio.

La Constitución de 1999, amplía mucho más el poder militar en menos del Presidente de la República quien además como hemos visto es Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, que en un país, tradicionalmente militarista, debilita el Poder Civil, ya que en una auténtica democracia, la subordinación del poder militar al civil debe ser indudable. Lo que se evidencia, al despojarle como atribución del Senado de la República: “Autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel o Capitán de Navío, inclusive: (Art. 150, ord. 5° de la Constitución Nacional de 1961) tradicional disposición de nuestras constituciones, auténticas o no, y herencia del pensamiento bolivariano desde la Constitución de 1819”.

5. Dirigir las Relaciones Exteriores

La Constitución de la República de Venezuela, en los ordinales 4° y 5° del Artículo 236 le atribuye al Presidente como actividad de gobierno dirigir las relaciones exteriores de la República, celebrar y ratificar tratados, convenios o acuerdos internacionales y como actividad de carácter administrativo nombrar a los Jefes de las misiones diplomáticas permanentes. Así mismo, le corresponde al Presidente de la república, como Jefe de Estado recibir las credenciales que los Embajadores de otros Estados le presenten, fecha, a partir de la cual quedarán acreditados ante el país de manera oficial.

El marco referencial de las facultades presidenciales en relación a los asuntos externos de Venezuela es bastante amplio y resume en el Preámbulo de nuestra Carta Fundamental los principios y posiciones internacionales del Estado venezolano, sobre todo en la actual y ya larga tradición democrática de nuestro país: “promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta lo siguiente...”.

Acerca de la dirección de los asuntos externos de la República por el Presidente de la República, Ambrosio Oropeza afirma: “Aunque sobre el fundamento de esta disposición se ha dicho que todo lo relacionado con la vida internacional del país corresponde exclusivamente al Presidente, la verdad es que sobre la materia interviene también en forma decisiva la Asamblea Nacional. En efecto, el Presidente de la República negocia los tratados públicos, ratifica y canjea los respectivos instrumentos. Pero, como éstos no existen, ni pueden ser ratificados sino por ley aprobatoria del Parlamento, es claro que los poderes ejecutivos y legislativos intervienen constitucionalmente y en forma independiente en la vida diplomática del país. Hay más. El Presidente no puede abstenerse de ratificar un tratado que él mismo haya celebrado cuando ha recibido por ley, la aprobación por la Asamblea Nacional, ya que lo único que se reserva el Jefe de Estado es la facultad de fijar la oportunidad en que debe ser promulgada aquella ley, pero no la de negarse a promulgarla”.

Artículo 21. “La oportunidad en que debe ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República”.

6. Conceder Indultos

En la Constitución vigente, el indulto está consagrado como una atribución presidencial, según el ordinal 19° del artículo 236. En una clasificación de las atribuciones constitucionales del Doctor Ruggeri Parra citado por Humberto La Roche, las distribuye entre atribuciones ejecutivas, legislativas y judiciales, para determinar entre otras cosas, si se trata de una intervención del Presidente de la República en materia judicial, y como ejemplo destacar el caso del indulto. Que en opinión de La Roche es “la facultad del Presidente de la República para dejar sin efecto una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal de Justicia”. Esta es una de las dos medidas que consagra la Constitución

de la República para suspender la ejecución de las leyes y sentencias dictadas por los tribunales penales. El indulto se produce como atribución presidencial, cuando existe una sentencia penal firme, lo que no exime del cumplimiento de la ley, sino la ejecución de una condena judicial. El indulto, parcial o total no quita a los hechos su carácter penal. Por otra parte, el indulto en general incide sobre un caso particular, cuando ocurren con relación al reo, circunstancias favorables, sin embargo, lo que caracteriza de manera inequívoca la atribución constitucional, es la autoridad de donde proviene: El Presidente de la República.

La amnistía sigue el mismo fin, pero aunque se incluye dentro de las competencias de la Asamblea Nacional, es indispensable la distinción evidente que existe entre ésta y el indulto presidencial. Ambrosio Oropeza dice "... tiene un alcance mucho mas amplio que la segunda y se dirige a quitar carácter penal a hechos efectivamente delictuosos cometidos contra la paz pública y la seguridad. Puede intervenir por consiguiente antes de haberse iniciado por los tribunales los procesos correspondientes, en el curso de los mismos procesos y aun después de dictadas las sentencias condenatorias. La amnistía tiene por objeto contribuir con una oportuna medida de clemencia a pacificar los ánimos después de profundas conmociones que han sido dominadas por la fuerza o por otros severos procedimientos para mantener el orden público. En Venezuela, tan propicia a las guerras civiles, alzamientos y revoluciones, resultó a menudo oportuno para afianzar el triunfo de las fuerzas del orden, echar al olvido los pasados trastornos para reiniciar la recuperación interrumpida. La amnistía resulta en tales casos tanto mas deseable y conveniente por cuanto sus efectos son radicales y completos".

7. Otras Facultades

A. Nombramiento del Procurador General de la República

El artículo 249 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra las condiciones para ser Procurador General de la República, otorga al Jefe del Ejecutivo Nacional la atribución de nombrar al Procurador General de la República con la autorización de la Asamblea Nacional y por tanto convierte al Presidente de la República, en superior jerárquico de la Procuraduría general de la República.

Artículo 248. La Procuraduría General de la República estará a cargo y bajo la dirección del Procurador o Procuradora General de la República, con la colaboración de los demás funcionarios o funcionarias que determine su ley orgánica.

Artículo 249. El Procurador o Procuradora General de la República reunirá las mismas condiciones exigidas para ser Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia. Será nombrado o nombrada por el Presidente o Presidenta de la República con la autorización de la Asamblea Nacional.

Al referirse a las funciones que la misma Constitución de la República asigna al Procurador General de la República, Ambrosio Oropeza dice: "De esta suerte se reserva al Procurador General de la República las funciones específicas y propias que deben corresponderle y le corresponden en los Estados Modernos". Esas funciones las resume la nueva Carta así: Asesor, defensor y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República y será consultado para la aprobación de los contratos de interés público nacional. Siendo como es el Procurador General el abogado de la República a él le corresponde su representación en juicio y fuera de él en todo lo tocan-

te a sus intereses patrimoniales. En el ejercicio de esta atribución, aunque el alto funcionario actúe en conformidad a sus personales opiniones, en general debe seguir en los juicios y actuaciones las instrucciones que le comunique el ejecutivo nacional. Por ese vínculo que existe entre el Procurador General y el Presidente de la República como suprema autoridad en la Administración Pública Nacional, fue por lo que se le confió el nombramiento del Procurador al Jefe de estado, si bien este debe obtener, con lo que se da al cargo una alta significación, la autorización previa de la Asamblea Nacional, autorización por ese cuerpo legislativo otorga de ordinario sin objeciones de ninguna índole; siendo el abogado de la República, el Procurador General es el asesor nato en cuestiones de derecho, por lo que está obligado, cada vez que lo solicite, a dar los informes y opiniones que sustente sobre las materias que se le Consulten.

Finalmente además de otras atribuciones que le señalan las leyes, la Procuraduría debe rendir informe ante el Tribunal Supremo de Justicia cuando el conozca de demandas de nulidad de leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas municipales por pretenderse que coliden con la Constitución Nacional.

En la Constitución de 1999, el Ministerio Público está a cargo del Fiscal General quien forma parte del Consejo Moral Republicano que ejerce el Poder ciudadano y la Procuraduría General de la República a cargo de Procurador General. Las dos instituciones se fusionaron en las Constituciones hasta 1947, en la de ese año se separaron para luego confundirse en la de 1953 y separarse de nuevo en la de 1961. El Procurador General de la República es el puente entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, aboga por los intereses del Fisco Nacional y de la República, ante los tribunales de justicia. En todo caso, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela elabora en su contenido un perfil tan claro de la Institución que imposibilita su confusión con cualquier otro organismo constitucional y mucho menos con el Ministerio Público.

B. Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales

Como un típico acto de gobierno, se considera lo previsto en el ordinal 7° del artículo 236 de la Constitución, lo cual debe ejercer en Consejo de Ministros y que dice así: “Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos a esta Constitución”.

En tal sentido el Capítulo II del Título relativo a la Protección de la Constitución regula las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que lesionen gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que por tanto exijan la adopción de medidas tanto políticas como jurídicas para enfrentarlas.

Además de definirlos en el artículo 337: “El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”; precisa los

diversos tipos específicos de Estados de excepción, (artículo 338) de esta manera: “Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la nación o de sus ciudadanos o ciudadanas”. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

Podrá decretarse el Estado de Emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

Podrá decretarse el Estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

En las circunstancias excepcionales ya mencionadas, es atribución del Presidente de la República, decretar los estados de excepción (artículo 337).

El Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, y puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional, antes del término establecido, al cesar las causas que lo motivaron.

Además, la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la Ley (Artículo 232).

C. Administrar la Hacienda Pública Nacional

La nueva Constitución no reproduce el precedente de 1961, por cuanto no agrupa y sistematiza en un capítulo especial los fundamentos básicos sobre la Hacienda Pública, al menos bajo ese título. Sin embargo, adopta los fundamentos básicos sobre la materia ya establecidos en la Constitución anterior. En primer lugar el de que: “No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente”. La nueva Constitución acoge el principio clásico y lo completa con un principio, que acaba en un verdadero tormento, sobre todo en la materia impositiva municipal: “Ningún tributo puede tener efectos confiscatorios”. A lo cual se agrega, en el mismo artículo (317) la prohibición de establecer obligaciones tributarias pasaderas en servicios personales que se consagró durante la Colonia y también durante la República. Sobre el expuesto principio debemos hacer notar que cuando el texto constitucional basa los impuestos o cualquier otra contribución en una ley preexistente, el término ley se toma en su más amplio sentido, de regulación emanada de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos o Consejos Municipales.

Para impedir las frecuentes manipulaciones de los órganos dotados de potestad impositiva, en otras palabras, la exigencia de impuestos ilegales, la Carta de 1999 no solo consagra la norma, de que no hay contribución impositiva sin ley, para que se dé una verdadera justicia impositiva varía el procedimiento ordinario de la vigencia de las leyes. Las leyes tributarias rigen, no desde la promulgación en la Gaceta Oficial, con el

Cúmplase del Presidente de la República, sino que ellas fijarán su lapso de entrada en vigencia y En ausencia del mismo se entenderá fijada en sesenta días continuos. Tal norma consagra además que ella no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por la Constitución (Art. 317). En segundo lugar, la Carta Magna consagra el principio de la justa distribución de las cargas públicas y el de la progresividad de los impuestos. Con tal fin la legislación tributaria reparte las cargas públicas según la capacidad económica de los contribuyentes de tal manera que los poderosos económicamente paguen más que los modestos ciudadanos que tienen pequeños capitales o viven tan solo de su trabajo personal y puedan ser hasta exonerados como contribuyentes. Además se agrega a lo antes expuesto el principio de progresividad, en otras palabras, que la cuota que grava los enriquecimientos vaya en aumento en la medida que sean más los ingresos económicos del contribuyente (artículo 316). Finalmente el sistema tributario procura la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se fundamentará para tal fin en un sistema eficiente para la recaudación de los impuestos. De esta manera se logra la distribución equitativa de la riqueza entre todos los venezolanos, lo que de manera indirecta ayuda a elevar el nivel de vida del ciudadano, así como también la protección económica del país y por ello, concederse desgravámenes, rebajas e incentivos, con la intención de crear e impulsar y desarrollar las industrias básicas del país.

En tercer lugar, el nuevo texto constitucional establece los postulados fundamentales sobre el presupuesto. Se considera como tal una ley formal que contiene la fijación de los ingresos nacionales que deben nutrir el fisco nacional en forma anual, así como el estimado de los gastos que en proporción a los ingresos puede realizar el Ejecutivo Nacional. El presupuesto que se aprueba todos los años, es una auténtica ley en base al procedimiento para su aprobación y por la autoridad que la sanciona, aun cuando técnicamente la elabora el Poder Ejecutivo Nacional (Artículo 313).

Los principios constitucionales sobre presupuesto son los siguientes: 1) “No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley”. Si tal norma se ejecutara en forma inflexible, compromisos de fundamental importancia no podrían satisfacerse, ya que en la práctica es necio pensar que el Ejecutivo Nacional o la Asamblea Nacional prevean con exactitud todas las necesidades del país, sino también todos los recursos necesarios para cubrirlos. Ante tal situación, que es una realidad anacrónica en nuestro país, sobre todo en los períodos democráticos a partir de 1961, el Poder Ejecutivo puede decretar créditos adicionales “siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender a la respectiva erogación”. A tal efecto, se sugiere previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o en su defecto, de la Comisión Delegada. (Art. 314) b) En segundo término, la asamblea Nacional colaborará positivamente en la aprobación de la Ley de presupuesto y puede por lo tanto alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizar medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de ley de presupuesto (artículo 313) c) En tercer lugar, en cuanto al presupuesto rige el principio de la objetividad y especificidad de los créditos presupuestarios, de tal manera que en los presupuestos públicos anuales de gastos, en todos los niveles de gobierno, se establecerá de manera clara para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se esperan obtener y los funcionarios públicos responsables para el logro de tales resultados; a lo cual se suma, la obligación, del Poder Ejecutivo, dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del ejercicio anual, de presentar a la Asamblea Nacional la rendición de cuentas y el balance de la ejecución presupuestaria (artículo 315).

8. Actos administrativos

De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución; son además atribuciones del Presidente de la República celebrar un conjunto de actos que además de ser de gobierno y de orden legislativo, son también de carácter administrativo, entre los cuales destacan por su importancia:

- Negociar los empréstitos nacionales.
- Celebrar los contratos de interés nacional conforme a la Constitución y la Ley, y
- Convocar referendos en los casos previstos en la Constitución.

Tales atribuciones, además las deben ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

IX. EL CONSEJO DE ESTADO

Otra novedad de la Constitución de 1999 lo constituye la creación del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional (artículo 25).

En su responsabilidad recomendar políticas de interés nacional y en aquellos aspectos a lo que el Presidente de la República asigne especial transferencia y exija su opinión. En todo caso, la ley correspondiente determina sus funciones y atribuciones.

El organismo lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y esta constituido, además por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante de la Asamblea Nacional, otro por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales (artículo 253).

Para algunos autores patrios, la idea de esta institución, beneficiosa en su consagración; se considera peligrosa respecto a sus intenciones por cuanto con un marcado acento centralista en su integración, se considera una amenaza a la descentralización que puesta en marcha de manera muy lenta, los beneficios para los Estados y Municipios han sido notorios.

X. CONCLUSIONES

La organización en la Constitución vigente de un Sistema Presidencialista *Mixto*, llamado así por sus matices parlamentarios, como limitadores constitucionales de la omnipotencia presidencial, conduce a una situación en que el Presidente de la República en vez de ser un elemento estabilizador, de desarrollo, decoro y dignidad lo convierten el lo contrario, por cuanto en la medida en que las atribuciones que le consagra la Constitución no sean bien ejercidas, ello conduce a no velar de manera integral por el progreso del país, por cuanto al no surgir, respecto a sus acciones, de un consenso proveniente de la participación de la sociedad civil, lo que se logra es ínfimo ante los grandes retos del siglo que comienza. Asimismo, con tan inmensas facultades, la ejecución de una serie de decisiones fundamentales, que de lesionar algunos intereses ciudadanos, los daños serían mínimos frente a una avasalladora sensación de que se interpreta la opinión del país nacional, en relación a ciertos actos y proyectos gubernamentales trascendentales.

Además, la acción del Ejecutivo Nacional aunque legalizada por la misma Constitución de la república, no es legítima, por cuanto consagra un estado de Derecho, que no funciona en la realidad. Respecto a las atribuciones constitucionales la Carta del 61 consagraba además lo que en los hechos era palpable, las que tenía, por ser Jefe del partido triunfante en las elecciones, o en todo caso uno de sus líderes. Sin embargo, la situación no deja de variar, por cuanto los últimos comicios que se han realizado en el país, han devenido en una suerte de atomización electoral, los presidentes llegan al poder por movimientos aluvionales, disímiles y con los mas variados intereses, con los resultados mas desastrosos: Disgregación, anarquía, corrupción y sin timón, lo que hace más patético la acción gubernamental.

Al examinar la importancia que tiene el Presidente de la república en el Sistema Político Venezolano, el constitucionalista Ernesto Wolf, afirma: “De todas las instituciones constitucionales de la América Latina la del Presidente de la República es indudablemente la más original y constituye una contribución sui generis que aportan al derecho las constituciones latinoamericanas, las cuales, en lo demás son copias más o menos fieles de modelos europeos o de la constitución norteamericana”.

En las constituciones de la Europa del siglo XX no hay una institución que pueda compararse con la magnitud y extensión de poderes reunidos en América en una misma persona. En los Estados Unidos, cuyo sistema presidencial se asemeja más al latinoamericano que se inspiró en él, los poderes del presidente estuvieron desde el principio limitado por la arraigada autonomía que se reservaron los estados de la unión, reserva que fueron sagrada por el imperio de la tradición y confirmadas y sostenidas por los fallos de la Corte Suprema. La centralización del poder que resulto después de la independencia en los países de la América Latina, se explica de una parte, por la falta de provincias autónomas y, de otra, por las necesidades de mando militar unido y poderoso durante la guerra de independencia y las siguientes guerras interiores.

La originalidad de la institución latinoamericana del presidente no resalta de los textos constitucionales. Comparando los textos constitucionales latinoamericanos con el norteamericano se puede observar que la constitución latinoamericana concede menos poderes al Jefe del Estado.

Teniendo a la vista actual constitución venezolana, podemos comprobar que el presidente de aquí no tiene el derecho de veto en la misma amplitud que el presidente de Estados Unidos. El Presidente de Venezuela debe hacer refrendar todos sus actos con la firma del Vicepresidente Ejecutivo, o un Ministro y es de rigor para la validez de los decretos de importancia que sean tomados en Consejo de Ministros. El Presidente de Estados Unidos, según el texto constitucional, es libre de consultar o no a los secretarios del despacho y firma solo sus decretos. Pero toda la Constitución no está en el documento, Cooley, dice: “Podríamos pensar que tenemos toda la Constitución delante de nosotros; pero en la práctica constitución es lo que el gobierno en sus varios organismos y el pueblo en ejecución de sus deberes ciudadanos reconocen y respetan como tal; eso y nada más: representa en conclusión los actos ejecutados bajo su imperio”.

En Venezuela, como en los demás países de la América Latina, el pueblo hasta ahora ha sido excluido de una participación activa en el gobierno y se puede decir que la Constitución Venezolana ha sido lo que el Presidente reconoció y respetó como tal y el orden constitucional varió tantas veces cuantas varió la voluntad del gobernante.

3. Decretos de necesidad y urgencia

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA *

Ricardo Haro
Presidente de la
Asociación Argentina de Derecho Constitucional

I. ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS

1. Desde los orígenes de nuestros antecedentes institucionales, ya sea en la época colonial como en la de la independencia y posterior organización nacional, el *órgano ejecutivo* ha poseído una *acentuada envergadura con cierto predominio* sobre el rol gubernamental de los órganos legislativo y judicial. Esta tendencia histórica, llevó a Alberdi, Padre inspirador de la Constitución Nacional de 1853, a definirlo como un *Ejecutivo fuerte*, afirmando la necesidad de un *presidente constitucional* que pueda asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como *presidente republicano.....*". En vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre Dadle al P.E. todo el poder que sea necesario, pero dádselo a través de la Constitución"¹.

Pero no es sólo esta dato que nuestra historia institucional nos ofrece, sino que asimismo es preciso tener presente el fortalecimiento de los Poderes Ejecutivos tan connatural a diversos sistemas políticos en el siglo XX que finaliza, fortalecimiento que no parece que vaya a detenerse ni atenuarse en el futuro, y que ha producido un desplazamiento de funciones estatales de tal entidad, que de modo indubitable podemos afirmar, que los *Ejecutivos* se han transformado en el eje del poder, en el motor impulsor en los procesos políticos del Estado, a diferencia de los siglos XVIII y XIX en los que dicha misión recaía sobre los *Legislativos*, en épocas en que la representación de la soberanía popular cobrara superlativa vigencia en el órgano que sancionaba las leyes, como expresión de la voluntad del pueblo manifestada a través de sus representantes más auténticos, los legisladores.

2. Junto a tantos doctrinarios que han prestado debida atención a este proceso en la fenomenología del Poder, recordamos de modo especial las notables y agudas conclusiones a que arriba en su análisis, el insigne y recordado constitucionalista Cesar Enri-

* En homenaje al jurista Allan R. BREWER-CARÍAS, entrañable amigo y Maestro del Derecho, por su excelencia y talento académico al servicio de la Justicia y la República!!

1. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Editorial Castellví, Santa Fe 1957, pp. 132 a 137.

que Romero², en un conocido y lúcido trabajo que intituló *El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea* y en el que señala las principales circunstancias históricas que han coadyuvado a esta fenomenología del poder, al que llamó *la elefantiasis* de los Ejecutivos, y entre las que destaca: a) Frecuencia de los estados de emergencia; b) Facultades militares; c) Conducción de las relaciones internacionales; d) Procesos de crecimiento y cambios económicos; e) Dirección burocrática; f) Delegación de facultades legislativas; g) Crisis de los parlamentos y los partidos políticos; h) Decadencia del federalismo; i) Liderazgo y jefatura del estado; j) Progreso técnico y científico; j) Masificación e industrialización de la sociedad actúa; etc.

3. A la vez, este fortalecimiento originario, se vio acrecentado por un *largo proceso histórico de concentración de poderes*, en el que fueron progresivamente perdiendo entidad, por una parte, el Congreso de la Nación, en la relación horizontal y funcional de las competencias del Gobierno Federal, y por otra parte, las Provincias, en la relación vertical y territorial de los poderes de los Gobiernos Provinciales con el Gobierno Federal, procesos ambos que nosotros hemos denominado, respectivamente, como la *Ejecutivización o Concentración* en el Poder Ejecutivo de funciones del Gobierno Nacional, y la *Desfederalización o Centralización* de atribuciones de los Estado Provinciales Federados, que paulatinamente fueron absorbidas por el Estado Federal³.

De allí que en nuestro diseño constitucional del Poder, el Presidente se constituya en el detentador más sobresaliente del poder político, produciendo un notable deterioro en el principio del equilibrio de los poderes del Estado, que llevó a muchos a reflexionar sobre la existencia de un sistema *hyper-presidencialista* o de un *cesarismo cuasi-democrático*.

II. LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS

4. Una de las manifestaciones de este fortalecimiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo en nuestro sistema *presidencialista*, es la que se refiere al ejercicio de amplias facultades co-legislativas ya sea a través del creciente ejercicio del *derecho de iniciativa* con la redacción y el envío de la gran mayoría de los proyectos de leyes que son sancionados, ya lo sea por el ejercicio de *veto parcial y total* sobre los mismos, o finalmente y a partir de la Reforma Constitucional de 1994, mediante la facultad que se le ha otorgado explícitamente el art. 80 CN de promulgar parcialmente las partes no observadas de un proyecto de ley, si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

5. Asimismo y en los que al tema de nuestra ponencia nos interesa explícitamente, es preciso señalar que de antaño y hasta la Reforma Constitucional de 1994, en la doctrina y en la práctica institucional argentina, se aceptaba la facultad del órgano ejecutivo de dictar *reglamentos o decretos de carácter general*, entre los que se encontraban los *reglamento de necesidad y urgencia*, como una de las categorías de los diversos reglamentos que podía dictar el Poder Ejecutivo, a saber: a) Reglamentos de ejecución; b)

2. Catedrático que lo fuera en nuestra Universidad Nacional de Córdoba, lamentablemente fallecido en 1976. Su trabajo puede consultarse en su obra *Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Víctor P. De Zavallía, Buenos Aires 1975, pp. 194 a 219.

3. HARO, Ricardo, "Reflexiones en torno al Presidencialismo Argentino", en *Memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 353-374.

Reglamentos autónomos o constitucionales; c) Reglamentos delegados; y d) *Reglamentos de necesidad y urgencia*.

6. Éstos, como *los delegados*, tiene contenido legislativo, es decir, como señala Miguel S. Marienhoff, que la materia sobre la cual versan son propias del legislador e integra la competencia de éste. En el *reglamento delegado*, el asentimiento del Congreso aparece expresado *a priori*, a través de la ley que contiene la delegación, mientras que en los *reglamentos de necesidad y urgencia*, por tener fundamento jurídico en el *estado de necesidad y urgencia* súbita y aguda, dicha aprobación es *a posteriori*; pero en ambos supuestos se requiere esa conformidad o aquiescencia del Congreso.

De modo que, sigue diciendo el jurista, tales reglamentos no tienen una base jurídica positiva; su fundamento lo constituyen *hechos* específicos que concretan un estado de necesidad y urgencia de las características mencionadas. Pero cabe agregar -y en esto no estamos de acuerdo con Marienhoff- que el Poder Judicial carece de potestad y competencia para decidir si, en la especie, han concurrido o no la *necesidad y urgencia* indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento, toda vez que tal valoración que hace a la prudencia y oportunidad, escapa al conocimiento del P.J.⁴.

7. Ya sea bajo esta forma de *reglamentos de necesidad y urgencia* como con la versión de la reforma de 1994 de DNU u otras denominaciones, pero siempre con los mismos ámbitos y objetivos, lo cierto es que desde que existe el Estado de Derecho, ya sea en Europa como en Latinoamérica, y más allá de sus diversas formulaciones, se han previsto diversos modos de legislación de urgencia.

Con el trasfondo que a manera de brevísima síntesis nos muestra los antecedentes de los actuales *decretos de necesidad y urgencia*, deseamos ahora mostrar cual era la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) pocos años antes de la constitucionalización de dichos decretos en la reforma de 1994.

III. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO “PERALTA”

8. Como un antecedente destacado en el largo proceso histórico del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo mediante los generalmente llamados *reglamentos o decretos de necesidad y urgencia*, tenemos el trascendental fallo de la CS en el reconocido caso *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional s/ amparo* que se dictó el 27 de diciembre de 1990 (Fallos: 313-1513). Los actores dedujeron demanda de amparo, peticionando en primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 -y de las disposiciones que lo reglamentan- por el que se limitó la devolución de los depósitos bancarios, abonándose el excedente en Bonos Externos 1989, y en consecuencia, solicitaron el pago de capital y los intereses convenidos con una entidad bancaria. El pronunciamiento fue respaldado por los ministros Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio y Oyhanarte, si bien estos dos últimos con fundamentos propios, y dispuso dejar sin efecto la sentencia apelada que había declarado la inconstitucionalidad pedida y rechazar la demanda.

En un extenso fallo, se realizan amplias consideraciones recordando inveterada jurisprudencia del Tribunal sobre la acción de amparo, el principio de la división e integración de los poderes, el significado y las pautas interpretativas de los textos constitucio-

4. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1965, pp. 254 y ss.

nales y la teoría de la emergencia. En tal sentido, la CS sostuvo básicamente las siguientes afirmaciones doctrinarias que lógicamente reseñamos:

9. a) Que el principio de la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los Poderes Nacionales, todo lo cual permite concluir en que -sujeto a las condiciones que más adelante se expondrán- no necesariamente el dictado por parte del PE de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen.

Por nuestra parte entendemos que esta afirmación de la CS realizada al finalizar 1990, tiene su importancia institucional que podríamos caracterizar como *preconstituyente*, a poco que recordemos que en la Reforma de 1994 los *decretos de necesidad y urgencia* fueron constitucionalmente receptado en el art. 99 inc. 3 CN.

b) La Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación. Bien entendido que, cuando los principios rectores en que aquélla se expresó sean desconocidos, los jueces sabrán hallar, más que obstáculos, muros infranqueables a la desmesura de los poderes que pretendan ejercerse.

c) Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales y la supervivencia de la sociedad argentina, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos por sentencia o contrato, sin que ello implique una violación al art. 17 de la CN.

d) *Puede reconocerse la constitucionalidad de una norma como el decreto 36/90*, no sólo porque el PE ha continuado, en última instancia, cumpliendo con la misión de proveer al país de una regulación monetaria que el Congreso le ha confiado de larga data, sino además, en la medida que esté condicionado por dos razones fundamentales: 1) Que en definitiva *el Congreso Nacional en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes* en los puntos de política económica involucrados; 2) Porque *ha mediado una situación de graves riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas* del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.

e) Las leyes 23.696 y 23.697 definieron la situación de emergencia en cuya virtud se dictó el decreto 36/90 y como *toda ley de emergencia, para que esté justificada es necesario*: 1) Que exista *una situación de emergencia* que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) Que la ley tenga como finalidad legítima la de *proteger los intereses generales de la sociedad* y no a determinados individuos; 3) *Que la moratoria sea razonable*, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) *Que su duración sea temporal y limitada* al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

10. Con este trasfondo histórico jurisprudencial, arriban los tiempos de la Convención Reformadora de 1994 en que la que se resuelve incorporar los llamados *decretos de necesidad y urgencia* (en adelante DNU) al texto constitucional en las prescripciones contenidas en los párr. 2do., y 3ro. del inc. 3 del art. 99 de la CN (conc. con el art. 100 inc. 13).

11. Fundando dicha incorporación, el miembro informante en la Convención, el constituyente Alberto García Lema, señalaba que los decretos de necesidad y urgencia junto a la sanción ficta de las leyes, constituían “dos grandes métodos en los sistemas constitucionales para abordar la problemática de la necesidad y urgencia, es decir, de las cuestiones que los gobiernos deben resolver en determinadas circunstancias de modo imperioso y en tiempos más acelerados que los que permiten las prácticas y las normas legislativas habituales.....”. La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución, es que permite delinearlos sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación debe dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella, parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores⁵.

12. En sus partes pertinentes, los párrafos 2º y 3º del inc. 3 del art. 99 CN, disponen al respecto de los DNU:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara.... Una ley especial..... regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (Conc. con art. 100 inc. 13 CN)⁶

5. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, pp. 2217 y 2218.

6. En la abundante bibliografía sobre los DNU, podemos citar entre otros, los siguientes obras especializadas: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia-Límites y control*, Edit. Depalma, Buenos Aires 1995, p. 307; MIDÓN, Mario A.R., *Decretos de Necesidad y Urgencia-En la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2001, p. 232; ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., *Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución de 1994*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 1995, p. 170. Asimismo, entre otros, pueden consultarse los siguientes estudios en revistas jurídicas consignados por orden alfabético: El Derecho (ED); La Ley (LL); Jurisprudencia Argentina (JA). AMORESANO, Marta S., y ESPINOSA SALDAÑA, Eloy, “Los Decretos de Necesidad y urgencia: ¿Riesgo para la vigencia del Estado de Derecho? Apuntes sobre la experiencia argentina y peruana”, *ED*, t. 158-863; BARRA, Rodolfo C., “Decretos de Necesidad y Urgencia”, *LL*, t. 1998-B-1362; BIANCHI, Albert B., “Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictado antes de la reforma constitucional (la aplicación inretroactiva de la reforma)”, *ED*, n° 9717, del 23-3-99 en p. 14; BIDART CAMPOS, Germán, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”, en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Edit. Ediar, Buenos Aires 1995, pp. 427-444 y en JA n° 6041 del 11 de junio 1997, p. 18; DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo en el libro *La Constitución Reformada*, Edit. Ciudad Argentina 1994, pp. 336-341; ESPINOSA

V. LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU

13. Quizás la sentencia que se destaca con posterioridad a la incorporación en el texto constitucional de los (DNU), sea la causa *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía*, del 6 de Junio de 1995 (Fallos 318-1154). En la causa se impugnó la constitucionalidad de los DNU N° 2736/91 y 949/92, que invocando la emergencia cinematográfica dispusieron que el impuesto establecido por el art. 1° de la Ley 17.741, equivalente al 10% de toda localidad requerida para presenciar espectáculos cinematográficos en todo el país, y cualquiera sea el ámbito donde se efectúen, se aplicará asimismo a la venta o locación de todo tipo de videograma y película grabados destinado a su exhibición pública o privada, a través de televisión abierta o por cable y en los videos bares, etc. La síntesis de los fundamentos de la CS para declarar la inconstitucionalidad fueron:

14. a) Por los mencionados decretos, el PE extendió el hecho imponible de la ley, a otro hecho imponible distinto y nuevo, aunque también vinculado con la actividad cinematográfica, *violándose con esta extensión analógica el principio constitucional de legalidad del tributo*, en virtud del cual ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal con los recaudos constitucionales, estando vedada cualquier extensión analógica, aún por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley.

b) Los motivos que impulsaron el dictado de los mencionados decretos, *no constituyen respuesta a una situación de grave riesgo social* que haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas como las implementadas en las normas mencionadas.

c) La remisión al Congreso de los DNU efectuada con posterioridad *a su dictado*, *no satisface el requerimiento constitucional de que sea tal órgano y no otro el que decida qué impuestos se crearán y quienes deberán pagarlos*.

15. *En nuestra opinión*, hubiese bastado para la inconstitucionalidad declarada la argumentación del liminar principio de *legalidad tributaria* que en nuestra CN arraiga básicamente en los arts. 17 y 75 incs. 1° y 2°. A ello debemos agregarle la expresa prohibición que el art. 99 inc. 3° impone en esta materia a los DNU. Por otra parte, coincido con la CS cuando niega al Congreso de la Nación, una capacidad convalidante posterior al origen inconstitucional del DNU. En todo caso, a partir de la ley, recién adquiriría validez la exigencia y el cobro del tributo, sin perjuicio de su posible impugnación por otras razones.

16. Esta doctrina fue reiterada, entre otros, en los casos *La Bellaca SAACIF y M. c/ Estado Nacional-DGI*, sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319-3400) y

SALDAÑA, Eloy, "Algunas Reflexiones sobre los Decretos de Necesidad y urgencia en el texto constitucional argentino reformado", *ED*, t. 163-751, y en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires 1995, pp. 153-169; GARCÍA LEMA, Alberto M., "Decretos de Necesidad y Urgencia", en libro *La Reforma de la Constitución* de ROSATTI, Horacio y otros, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1994, pp. 381-398; GELLI, María Angélica, "Los Decretos de Necesidad y Urgencia luego de la Reforma Constitucional de 1994", *JA*, t. 1996-III-585; GORDILLO, Agustín, "Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia en la Constitución de 1994", *Revista de Administración Pública*, Año XVIII, n° 213 (Junio 1996), p. 137; PADILLA, Miguel M., "Mas sobre el incierto trámite legislativo de los Decretos de Necesidad y urgencia", *ED*, n° 9616, del 28-10-1998, p. 1; PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia: Su Ley Especial", en libro *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos- Mendoza, Distribuidor Edit. Depalma, II pp. 195-233.

Kupchik, Luisa Apak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A., mediante sentencia del 17 de marzo de 1998 que se registra en Fallos: 321-366.

En similar materia tributaria, *in re Berkley International ART SA c/ Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos*, la CS en sentencia del 21 de noviembre de 2000 (Fallos: 323-3770), se pronunció por la inconstitucionalidad del DNU N° 863/98 que ya había sido en Primera Instancia y confirmada por la Cám. Nac. Apel. en lo Contencioso Administrativo y por el que se fijaba una comisión del 1 y 2 %, sobre la recaudación que la AFIP realizaría respecto de los recursos de la Seguridad Social, incluso los vinculados con la ART, lo cual a criterio del actor configuraba jurídicamente una tasa, creada sin respetar el principio de reserva de ley tributaria.

La CS, haciendo suyo el dictamen del Procurador General, fundó su sentencia en la doctrina de Fallos: 321-366, en el que, con respaldo en Fallos: 155-290; 248-482; 303-245; 312-912 entre otros, sostuvo categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo, el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas. Ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal con los recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único Poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316-2329) por lo cual, y por la prohibición del art. 99 inc. 3° CN, debe confirmarse la sentencia apelada.

17. *Somos de opinión coincidente* por su obviedad, con la correcta posición del Alto Tribunal en los referidos casos, a poco que se repare en la manifiesta violación que se produjeron en los pertinentes DNU al principio de legalidad tributaria, el cual exige una ley formal del órgano legislativo para el establecimiento de cualquier tipo de carga tributaria, razón con que torna innecesario cualquier comentario al respecto.

VI. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INSTANCIA

18. Dos años más tarde, *in re Rodríguez Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros*, se dicta la sentencia del 17 de diciembre de 1997, (Fallos 320-2851). El transcurso procesal venía así: En la causa *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N.*, con motivo de la impugnación formulada por un grupo de diputados nacionales, el Juez de primera instancia hizo lugar a la cautelar ordenando al PE la suspensión del DNU N° 842/97 (ratificatorio de los Decretos 357/97 y 500/97, referidos a los marcos regulatorios de la licitación para la privatización de los aeropuertos) y reglamentación concordante. El Jefe de Gabinete se presentó directamente ante la CS, solicitando se declare la incompetencia del Poder Judicial para entender en la cuestión del DNU y revoque la medida cautelar, a lo cual la CS hizo lugar con argumentaciones que no compartimos, y que sintéticamente reseñamos así:

19. a) Si el DNU no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del estado, *corresponde al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.*

b) Es inadmisibile que la CS intervenga en una contienda suscitada entre el PE y algunos miembros de la Cámara de Diputados, antes de que *el procedimiento político normal del tratamiento por el Congreso de la Nación, tenga la oportunidad de resolver el conflicto respecto de la privatización de los aeropuertos.*

c) La declaración de invalidez de la decisión judicial dictada con ausencia de jurisdicción que ordenó al PE Nacional suspender los efectos del DNU, *no implica su convalidación ni el ejercicio de una jurisdicción originaria* por esta Corte, -en expresa contravención del art. 116 CN- *ni tampoco la admisión de "un salto" de instancia*, sino que el Tribunal actúa en su carácter de guardián e interprete final de la CN, respetando el principio de la separación de los poderes y la coordinación en su accionar.

20. *Por nuestra parte, pensamos* que a pesar que la CS lo niega, lo cierto es que para realizar el control de constitucionalidad, resulta por demás notorio que el Tribunal aplicó un *per saltum*, atribuyéndose competencia fuera del marco constitucional para sustraer en los hechos una causa *per saltum*, con la genérica invocación de una urgencia que no entró a analizar, sentando un precedente lamentable de una *evasión* judicial en materia de control jurisdiccional de los DNU. Ello es así, dado que si no ejercía competencia originaria, y tampoco la causa había llegado por vía de apelación, no le quedaba otra salida institucional que asumir el planteo del Jefe de Gabinete, que recurrir al *per saltum*, insistimos, mal que le pese a la Corte y que incomprensiblemente lo negase.

Así las cosas, coincidimos con destacada doctrina, cuando refiriéndose a la disidencia del ministro Petracchi, afirma que con esta sentencia se ha marginado y violado el *control difuso* de nuestro sistema, y la CS ha asumido un *control concentrado* al reservarse para sí, al comienzo y no al final de un litigio el control de constitucionalidad en una causa en la que a su criterio no existía competencia judicial.

En cuanto al control jurisdiccional de los DNU, no dudamos en afirmar que a la CS le corresponde un prudente control de las *circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes*, control que omite con base en su sofisticado argumento -contradictorio con el acertado criterio sustentado en el siguiente caso que analizamos- en el sentido que le compete al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU. No obstante lo dicho, la CS entra en las *circunstancias*, argumentando en el caso con base en la genérica expresión de *urgencia meramente invocada* por el Jefe de Gabinete. Bien lo señala en Dr. Fayt en su disidencia al mostrar la falta de urgencia por el control operacional a cargo de la Fuerza Aérea Argentina.

VII. EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY

21. En las sentencias del 19 de agosto de 1999, en el caso *Verrochi Enzo Daniel c/ P.E.-N- Adm. Nac. Aduanas-Amparo*, (Fallos: 322-1726), el Alto Tribunal respaldó la declaración de inconstitucionalidad del DNU 770/96 y su reglamentario 771/96, y por lo tanto su inaplicabilidad al actor, en cuanto disponían la exclusión de las asignaciones familiares a los trabajadores con remuneración mensual superior a los \$. 1.000. La CS en síntesis, sostuvo:

22. a) El nuevo texto del art. 99 inc. 3° de la CN no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no la ampliación de la práctica seguida en nuestro país, especialmente desde 1989. Esta afirmación en nuestro entender tenía una manifiesta referencia al abuso que el Gobierno Nacional que asumió en esa fecha, hizo de los DNU.

b) Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite el ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del PE., es decir, del presupuesto fáctico que justificaría la adopción del DNU, debiendo descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

c) Los DNU que derogan la Ley 18.037 y excluyen de la percepción de asignaciones familiares a los trabajadores cuya remuneración no sea inferior a \$. 1000, *deben declararse inválidos, pues su dictado no reposa en ninguno de los presupuestos fácticos que, según el art. 99 de la CN, justifican el ejercicio de las excepcionalísimas facultades legislativas del PE.* Máxime si los mismos se refieren a derecho sociales, tutelados especialmente en la CN y que nunca pueden ser aniquilados ni aún en la emergencia.

d) La falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, tal como lo establece el art. 99 inc. 3° de la CN, no hace sino reforzar la responsabilidad que por el control de constitucionalidad de los DNU tiene el Poder Judicial.

23. *Nosotros participamos plenamente de la doctrina sentada, y creemos que es altamente encomiable que la mayoría de la CS, de diversa composición al caso precedente, haya replanteado el tema del control jurisdiccional de los DNU en términos acertados, marginando la desafortunada doctrina del citado caso Rodríguez, Jorge, y afirmando dicho control tanto respecto del carácter exigentemente excepcional de su dictado, como de la existencia de una urgencia tan perentoria y rigurosa, que la tornen incompatible con los trámites legislativos ordinarios, exigencias que deben ser entendidas como verdaderos límites y no vías de fácil invocación para la ampliación del ejercicio de facultades legislativas por el PE. Asimismo decididamente participamos de la opinión en el sentido que la omisión por parte del Congreso de la sanción de la ley especial dispuesta en el art. 99 inc. 3° CN, no sólo no impide sino que urge al Poder Judicial, a un ejercicio más responsable del control de constitucionalidad de los DNU.*

VIII. REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

24. Al año siguiente, el 2 de junio de 2000 *in re Guida Liliana c/ PEN*, (Fallos 323-1566), la CS se pronunció en la solicitud de la actora para que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 del DNU 290 de febrero de 1995, que disponían la reducción de los salarios de los empleados públicos (ratificado en diciembre por Ley 24624), y violaban los arts. 14 bis, 16 y 17 de la CN.

25. El Alto Tribunal sostuvo en dicha ocasión:

a) En caso de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o restricciones que impone la Constitución, sin que deba darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios.

b) *La intangibilidad del sueldo del empleado público, no está asegurada por disposición constitucional alguna*, razón por la cual no existe un derecho adquirido a mantener el nivel de una remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias.

c) La modificación de los márgenes de remuneración de los agentes del sector público dispuesta en forma temporaria por el DNU N° 290/95, *a causa de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica per se un violación al art. 17 CN, sino que comporta el ejercicio razonable de las facultades del Estado ante un acontecimiento extraordinario*, más aún si los montos de las remuneraciones son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial el contrato de empleo público, en la medida en que la quita *no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada*.

d) *El derecho a la estabilidad en el empleo público (art. 14 bis CN) no es absoluto*, de modo que coloque a sus beneficiarios por encima del interés general, al obligar a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por motivos de economía o por otras causas igualmente razonables.

e) *La omisión del plazo de duración de la reducción dispuesta, no es un elemento descalificante de la validez de la norma* pues es difícil prever la evolución de la crisis de la economía y su prolongación en el tiempo, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o meses.

f) El DNU 290/95, al exceptuar a determinados sectores de la reducción salarial y prever una escala de ingresos para determinar los aportes de los empleados estatales, no viola la garantía de la igualdad establecida en el art. 16 CN, pues si bien dicha garantía consiste en conceder un trato igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto no se formulen distinciones con criterios arbitrarios, de favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución.

g) *Obiter dictum* la CS sostuvo que la ratificación del DNU N° 290, mediante *la sanción de la Ley 24.624, traduce por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su dictado*, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del Congreso de la Nación a favor de la regularidad de dicha norma, en ejercicio del control que ejerce en virtud de lo dispuesto por el art. 99 inc. 3° CN.

26. A pesar de ciertas críticas, *nosotros somos de opinión* que en lo sustancial, la doctrina sentada por la CS se apoya en los sólidos fundamentos de su propia y añeja jurisprudencia sobre las situaciones de emergencia, emergencia que nadie podrá negar que en excepcionales circunstancias, queda configurada por la gravedad de la crisis que afecta a la sociedad y al Estado. Ignorar la emergencia en el cuerpo social y político, es como pretender ignorar las enfermedades en el cuerpo humano. Ambas situaciones exigen, para salvar valores de alta estirpe como lo serían *la salud y el bienestar básicos de la sociedad y de la persona*, establecer excepcionales limitaciones o restricciones a los

derechos constitucionales, las que deberán ser adecuadamente *razonables y temporales* hasta el logro del restablecimiento de aquellos valores y objetivos.

Creo que en este fallo, la CS desatendió a la necesidad de la transitoriedad de una reducción salarial que si bien no destruía el derecho patrimonial, si lo afectaba seriamente.

27. En similar sentido al caso *Guida*, la CS se pronunció con fecha 20 de febrero de 2001 en los autos *Casime, Carlos Alberto* (Fallos: 324-333) y el 28 de agosto de 2001 en la causa *Andresik, Ricardo* (Fallos: 324-2535).

IX. LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASEGURADORAS

28. A los pocos meses, el 2 de agosto de 2000, en la causa *Risolía de Ocampo c/ Julio C. Rojas y otros*, (Fallos 323-1934), la CS confirmó la inconstitucionalidad del DNU 260/97 que declaró en estado de emergencia a las Empresas de Transportes y a sus aseguradoras, estableciendo un sistema de pago en cuotas de las indemnizaciones con motivo de accidentes. En autos, la Empresa de Transportes, el chofer y la Cía Aseguradora -condenados por el accidente de una menor atropellada por un colectivo- solicitaron en la etapa de ejecución de sentencia, acogerse a lo dispuesto por el DNU. Sostuvo el Tribunal:

29. a) Cuando una situación de crisis, exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales de la sociedad en su conjunto, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues de esta forma no se viola el art. 17 CN, sino que sólo se establece una limitación impuesta por la situación de crisis.

b) *El fundamento de los DNU es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad*, que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto, *pero con la limitación de que lo sean para proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos*.

c) Por ello es inconstitucional el DNU 260/97, en tanto, se pretende llevar alivio a un sector de la sociedad, como son los empresarios de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras, a través del procedimiento de trasladar a las víctimas la carga de financiarlo.

30. *Comparto* tanto el principio general señalado en el ap. 1), como así también la protección debida a los intereses generales, pues ninguna medida que se tome durante la emergencia debe beneficiar a unos a costa de otros, pues deben estar siempre dirigidas al mayor bien general posible, evitando toda clase de privilegios, exenciones o prerrogativas irritantes y arbitrarias que, por otra parte, afectan en grado sumo al ineluctable principio de la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

X. INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLARES

31. Una compleja normatividad integrada por varias leyes y decretos de necesidad y urgencia, dieron origen al resonante y discutido caso *Banco de Galicia y Buenos Aires/solicita intervención urgente en autos Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional*, en el que la CS se pronunció el 1° de febrero del corriente año 2002 (puede consultarse en Revista *La Ley* del 4-2-02 suplemento especial, pág. 1).

El fallo que dictó la CS, más allá de una fundamentación razonable aunque discutible en alguna de sus argumentaciones, produjo debates jurídicos, pero también suspicacias políticas, pues fue dictado por una mayoría integrada por los ministros Nazareno, Moline O'Connor, Boggiano, López, Vázquez y Fayt (por su voto), no habiendo votado los ministros Petracchi, Belluscio y Bossert; se lo firmó el primer día hábil del año judicial (viernes 1° de febrero), luego de la feria judicial del mes de enero y en circunstancias de un discreto pero innegable enfrentamiento entre la CS y los poderes políticos con motivo del juicio político que respecto de todos sus miembros, se estaba analizando en los ámbitos de la Cámara de Diputados de la Nación. A ello se agregó la trascendental repercusión económica-financiera, que venía a profundizar más aún, la gravísima crisis que entre otros aspectos, padece la sociedad y el Estado argentino. Todo ello, nos impulsa, a diferencia de los anteriores, a un más amplio desarrollo del caso.

32. La CS en el caso, desestimó el recurso interpuesto por la actora con base en el art. 195 bis del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en contra de la resolución dictada por el Juzgado Federal de la ciudad de Corrientes que dispuso, como medida cautelar, la devolución a su vencimiento y por el total, de los depósitos a plazo fijo que el Smith solicitó con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 que en su art. 2° inc. a, prohibió los retiros en efectivo que superen los \$. 250 o U\$S 250 por semana y por parte del titular o titulares de sus cuentas en cada entidad financiera, lo cual motivó la citada inconstitucionalidad de dicha norma por ser contraria al art. 17 CN y a la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos, al impedirle disponer de la totalidad de los depósitos de los cuales es titular.

33. El 6 de enero de 2002 fue promulgada la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario que tácitamente ratificó el decreto 1570/01 y declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional amplias facultades hasta diciembre de 2003, entre las que nos interesan en la especie, la delegación normativa conferida al PE para “establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias” (art. 2°) y otras referidas a reestructurar las deudas con el sector financiero, disponer medidas tendientes a preservar el capital a los ahorristas, etc.

Con posterioridad se dictaron los decretos, 71/02 reglamentario de la 25.561, que facultó al Ministerio de Economía a reglamentar la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras; 141/02 en cuanto devolución en saldos en moneda extranjera. En base a dichos decretos, el Ministerio dictó la Resolución 18/02 modificada por la 23/02, estableciendo un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario bajo el régimen del decreto 1570/01.

34. Reseñando los fundamentos del pronunciamiento de la CS, podemos señalar lo siguiente:

a) Si bien, siguiendo antigua jurisprudencia, lo relativo a las razones de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas tomadas por los otros poderes, como asimismo el ejercicio de sus facultades privativas, quedan en principio excluidas de la revisión judicial, ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y actos administrativos, ante cuya iniquidad co-responderá declarar su inconstitucionalidad.

b) La existencia de la crisis económica, no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de los medios instrumentales específicos para conjurar los efectos de aquélla, máxime si en un breve período, ha existido una profusión de normas y de reglamentaciones que han excedido el marco de la delegación sobre el tema y han generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre.

c) Luego que el Tribunal reseña su reiterada doctrina respecto del fundamento de las normas de emergencia y a las condiciones de razonabilidad y temporalidad de sus contenidos para reconocer su constitucionalidad, como así también para desconocerla frente a mutaciones en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, se plantea la cuestión a decidir en los siguientes términos: *si la restricción impuesta por el decreto 1570/01 con el alcance de la resolución 23/02, resulta o no un ejercicio razonable de las facultades del Estado, frente a la situación de grave crisis global económica y financiera.*

d) La limitación fijada por las sucesivas normas aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance, toda vez que tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 CN y no encuentra respaldo en el art. 28 CN, en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio, y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca.

e) En el caso, al actor se le ha vulnerado su patrimonio y se le ha desconocido un derecho adquirido, toda vez que sus depósitos habían sido efectuados bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad, la cual se ha visto reforzada por la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró y definió la intangibilidad de los depósitos como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre el depositante y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del estado nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1° a 4°).

f) Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios *adolece de irrazonabilidad* toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento, por lo que las normas impugnadas excede el ejercicio válido de los poderes de emergencia, afectando las garantías reconocidas por los arts. 14 bis, 17 y 28 de la CN, como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre los derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

XI. NUESTRAS REFLEXIONES FINALES

31. Reiterando nuestra discrepancia con el maestro Marienhoff de feliz memoria, somos de opinión que le corresponde al Poder Judicial el control de la causal referida a *las circunstancias excepcionales*, no sólo cuando por craso error se ha violado principios y normas constitucionales y legales (v.g. materias prohibidas por art. 99 inc. 3°) sino cuando esas *circunstancias excepcionales* aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables y, por lo tanto, la excepcional facultad de dictar los DNU, carecen del sustento fáctico constitucional que los legitima.

32. Este control judicial adquiere mayor vigencia en tanto y en cuanto el Congreso de la Nación rehuya con maliciosa estrategia política, el control que por mandato constitucional desde 1994, debe ejercer por medio de la Comisión Bicameral y las Cámaras independientemente, para todo lo cual el art. 99 inc. 3° le impone dictar una ley especial que “regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Paradójicamente el órgano legislativo, a quien le corresponde las funciones de control político respecto del órgano ejecutivo, funciones por las que muy a menudo los legisladores demandan declamatoriamente, a casi siete años de la sanción de la reforma, todavía no ha dictado la ley, no sólo desobedeciendo groseramente la disposición constitucional, sino también demostrando una falencia más de su crisis institucional. Quizás la alternancia del bipartidismo predominante en la actual realidad argentina, incite a los dos partidos mayoritarios a desoír el mandato constitucional a fin de no entorpecer sus funciones gubernamentales de turno.

33. De otro lado, nos parece conveniente por principio, que los fallos en los DNU, traten en la medida posible de adecuarse y nutrirse en añeja doctrina, en la que el Alto Tribunal analizó y desarrolló exhaustivamente y con profundidad, tanto desde el derecho y la doctrina nacional y comparada, la doctrina de los estados de emergencia. Baste recordar, los *leadings case Ercolano c/Lanteri de Renshaw*, del 22 de abril de 1922 (Fallos: 136-161) *Horta c/Harguindeguy*, del 21 de agosto de 1922 (Fallos: 137-47), ambos sobre moratoria de alquileres hacia el futuro y con contrato celebrado, respectivamente; *Avico c/Pesa* sobre moratoria hipotecaria y derechos contractuales adquiridos, del 7 de diciembre de 1934 (Fallos: 172-21). Reitero que palabras más o palabras menos, los conceptos medulares de la doctrina de la emergencia, nacen de la vieja y enjundiosa jurisprudencia, que a veces la actual CS han manejado por lo menos equivocadamente.

34. Creo que sin llegar a una explicitación acabadamente analizada y fundada, en la jurisprudencia posterior a la reforma de 1994, se va perfilando la interpretación de la causal constitucional *circunstancias excepcionales*, que hacen procedente los DNU, al señalar la CS como tales, a *situaciones de crisis*; o de *necesidad pública*; los *intereses generales*; la *supervivencia de la sociedad argentina*; *situaciones de gravedad*; *situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social*. Piénsese que en la jurisprudencia de las décadas del 20 y del 30 del siglo pasado, la CS utilizaba similarmente para referirse sustancialmente a las diversas emergencias, los conceptos de “*su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos*”, “*su tremenda repercusión social*”, “*se verán afectados intereses vitales de la comunidad*”, “*necesidad imprescindible del dictado de una legislación excepcional*”, etc, etc.

En conclusión, estimo adecuado entender la expresión constitucional de las *circunstancias excepcionales*, en el sentido de *circunstancias de extraordinaria gravedad que afecten intereses vitales de la comunidad* y, que como tales, requieren lógicamente *urgentes y súbitas decisiones*.

35. Finalmente, opino que el sentido de la expresión del art. 90 inc. 3° al señalar “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, debe entenderse en el sentido claro y concluyente que surge de una meramente interpretación gramatical, es decir, que la emergencia de cualquier orden sea tan grave y exija tan perentorias soluciones, que no admitiesen *esperar*, los lentos, pausados y lerdos trámites legislativos que exceden en mucho, la mayoría de las veces, los tiempos normales y lógicos que exige una adecuada maduración legislativa. En este aspecto discrepo con quienes sostienen que esta última expresión significa *que las Cámaras no puedan reunirse*. De la gravedad de la emergencia, surge la necesidad de soluciones urgentes y perentorias, y estas normalmente son incompatibles con los tiempos de los trámites legislativos, lentos por su propia naturaleza.

§ 38. LA RESPONSABILITE PENALE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD

Pierre Bon

Directeur del'Institut d'Études Juridiques
Ibériques et Ibérico-Américaines IEJIA
Université de Pau et des Pays de l'Adour
Francia

Le terme Europe du sud est évidemment commode pour faire référence, sous une forme ramassée, à au moins quatre pays, l'Espagne, la Grèce, l'Italie et le Portugal. Mais il n'a guère d'autres utilités tant les différences sont grandes entre ces quatre Etats.

Elles le sont tout particulièrement en ce qui concerne la responsabilité pénale du Chef de l'Etat. Plus précisément, il y a, en la matière, une opposition irréductible entre, d'une part, la situation de l'Espagne et, d'autre part, celle des autres Etats de l'Europe du sud: parce que l'Espagne est une monarchie, le chef de l'Etat y est totalement irresponsable; parce que les autres Etats de l'Europe du sud sont des Républiques, le chef de l'Etat est soumis à une responsabilité pénale conditionnée.

Parce que l'Espagne est une monarchie, l'article 56-3 de la Constitution de 1978 dispose que «la personne du Roi est inviolable et n'est pas soumise à responsabilité». La formule n'est pas nouvelle. Dès les premières Constitutions espagnoles du XIXème siècle, par exemple la Constitution de 1812, il est dit que la personne du Roi est sacrée et n'est pas soumise à responsabilité. Il est vrai que, à l'époque, la monarchie était une monarchie absolue de droit divin et qu'admettre une responsabilité du monarque semblait incompatible avec le principe monarchique. Certes, par la suite, la monarchie a évolué. La référence au caractère sacré de la personne du Roi disparaît avec la Constitution de 1869. Surtout, la monarchie se transforme en monarchie parlementaire. Pourtant, comme ailleurs, on garde la vieille référence à l'irresponsabilité du Roi qui ne semble pas gênante pour les raisons classiques suivantes: tous les actes du Roi¹ sont dorénavant contresignés par le président du gouvernement et, le cas échéant, par les ministres compétents²; ce contreseing correspond à l'exercice d'un pouvoir réel de décision, la signature par le monarque étant formelle; ce sont les ministres qui contresignent les actes du monarque qui en assument la responsabilité. D'ailleurs, c'est le même article de la Constitution, l'article 56-3 précité, qui, après avoir affirmé que le Roi était irresponsable, poursuit que tous ses actes, pour être valables, doivent être contresignés, montrant bien que l'irresponsabilité du Roi n'est admissible que parce qu'il n'est que le titulaire largement fictif des pouvoirs qui lui sont attribués. Il reste que ce schéma, s'il est cohérent pour les actes accomplis par le monarque dans l'exercice de ses fonctions, l'est moins s'agissant des actes accomplis dans la vie privée, par exemple

1. A l'exception de la nomination des membres civils et militaires de sa Maison.

2. Ou, à titre exceptionnel, par le président du Congrès des députés s'agissant de la nomination du président du gouvernement ou de la dissolution prévue à l'article 99 de la Constitution dans l'hypothèse où le Congrès des députés n'accorderait pas sa confiance à un nouveau président du gouvernement.

spéculations hasardeuses auxquelles il se serait livré et qui seraient constitutives d'un délit pénal. La règle du contreseing ne s'applique pas et serait d'ailleurs inopportune. Mais l'irresponsabilité totale à laquelle on aboutit l'est également.

Quoiqu'il en soit, parce que les pays de l'Europe du sud autres que l'Espagne sont des Républiques, la responsabilité du chef de l'Etat et, plus précisément, sa responsabilité pénale peut y être mise en jeu même si c'est dans le respect de règles plus ou moins restrictives qui en conditionnent l'exercice. Ces règles, qui seront étudiées plus loin, appellent trois remarques générales.

-En premier lieu, ces règles, qui procèdent avant tout du droit constitutionnel italien, grec ou portugais, ne sont pas conformes en tous points au traité de Rome sur la Cour pénale internationale dans la mesure où elles restreignent la responsabilité du chef de l'Etat (et des autres gouvernants) par rapport à ce qui est disposé par le traité. Au Portugal, une révision constitutionnelle est en cours pour faire disparaître cette contrariété, révision qui devrait aboutir à insérer dans la Constitution de 1976, vraisemblablement à l'article 7 consacré aux relations internationales, une formule inspirée de l'article 53-2 nouveau de la Constitution française selon lequel «la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998»³. En revanche, il ne semble pas que, dans les autres pays, une révision soit envisagée de telle sorte qu'il peut y avoir des discordances entre les dispositions constitutionnelles et les stipulations du traité⁴.

-En second lieu, ces règles n'ont eu que très rarement l'occasion de jouer concrètement de telle sorte l'on est privé de l'apport souvent décisif qui résulte de la pratique. En effet, tant en Grèce qu'au Portugal, il n'y a jamais eu d'occasions de mettre en jeu la responsabilité pénale du chef de l'Etat de telle sorte que l'on en est réduit à l'exégèse des dispositions constitutionnelles. Heureusement pour l'observateur, la situation de l'Italie est différente. Le comportement parfois controversé du président Cossiga notamment a provoqué la mise en jeu de sa responsabilité de telle sorte que, comme on le verra, la lettre des textes a été sensiblement enrichie par la pratique et par la jurisprudence qu'elle a provoquée.

-En troisième lieu, ces règles ne sont pas les mêmes selon que l'on a affaire à un acte commis dans l'exercice des fonctions ou à un acte étranger à l'exercice des fonctions ce qui impose de distinguer, au préalable, les deux types d'actes puisqu'il s'agit là de la *summa divisio* de la matière.

La plupart du temps, la distinction ne pose pas de problèmes majeurs. En Italie, les pouvoirs du président de la République sont énumérés par les articles 87 et suivants de la Constitution de 1947. Sur le fondement de son article 89, ils sont tous soumis à contreseing, contreseing du ministre qui a proposé l'acte voire, également, du président du Conseil des ministres s'agissant des actes de valeur législative ou des autres actes indiqués par la loi. En Grèce, la liste des pouvoirs du chef de l'Etat est dressée par les articles 35 et suivants de la Constitution de 1975. Ils sont en principe soumis à contreseing sauf en ce qui concerne la nomination du Premier ministre, le mandat exploratoire de l'article 37, la dissolution de la Chambre des députés dans les hypothèses prévues

3. MIRANDA, J. rapport portugais à la table ronde sur "Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction", Aix-en-Provence, 21 et 22 septembre 2001, dactyl., p. 5, à paraître dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* 2001.

4. Il en va de même en Espagne. La loi organique 6/2000 du 4 octobre 2000 a autorisé la ratification du traité sur la Cour pénale internationale sans que la Constitution de 1978 soit pour autant modifiée et alors qu'elle accorde au Roi une irresponsabilité totale.

par les articles 32, 41 et 53, le renvoi à la Chambre des députés d'un projet ou d'une proposition de loi déjà voté par elle⁵ et la nomination du personnel des services de la présidence de la République. Au Portugal enfin, les compétences du président sont évoquées aux articles 133 et suivants de la Constitution de 1976. Compte tenu du fait que cette Constitution fait du Portugal, selon l'expression consacrée, un régime semi-présidentiel, les pouvoirs du président de la République sont des pouvoirs propres, c'est-à-dire des pouvoirs dispensés de contreseing, sauf en ce qui concerne les pouvoirs énumérés par l'article 133⁶ dont l'exercice est soumis à contreseing du gouvernement. Sera dès lors un acte commis par le président de la République dans l'exercice de ses fonctions tout acte correspondant à l'exercice régulier ou irrégulier des pouvoirs qui viennent d'être énumérés de même que tout acte par lequel le président s'arroge ou exerce un pouvoir constitutionnel qui n'est pas prévu par la loi fondamentale. Sera en revanche à l'évidence un acte commis en dehors de ses fonctions une spéculation douteuse voire un crime passionnel.

Il reste que, dans certains cas, la distinction entre les actes commis dans l'exercice des fonctions et celle des actes étrangers à l'exercice des fonctions peut s'avérer délicate comme le montre la notion italienne d'*esternazione* que l'on pourrait traduire par doctrine des «manifestations extérieures»⁷. Le chef de l'Etat ne se borne pas en effet à mettre en oeuvre les attributions constitutionnelles précises que lui accorde la Constitution. Il exerce aussi une magistrature d'influence qui prend notamment la forme de déclarations publiques qu'il peut faire en dehors de la mise en oeuvre d'une prérogative constitutionnelle donnée. Relèvent-elles d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions ou non ? L'affaire Cossiga-Onorato a donné l'occasion à la Cour de cassation italienne de prendre une position nuancée sur la question. En 1991, à plusieurs reprises, notamment dans une intervention à la radio et lors d'un discours de clôture d'un congrès, le président Cossiga avait eu des mots très vifs à l'égard du sénateur Onorato, le jugeant notamment indigne d'occuper des fonctions parlementaires. Considérant ces propos comme injurieux et diffamatoires, le sénateur lui demanda réparation devant le juge judiciaire. Par une décision du 23 juin 1993, le Tribunal de Rome s'estima compétent pour juger l'affaire au motif que les propos en cause étaient étrangers à l'exercice des fonctions. Mais, en appel, la Cour d'appel de Rome, dans une décision rendue le 21 avril 1997, estima que les propos en question relevaient de l'exercice des fonctions de telle sorte que la juridiction ordinaire était incompétente pour connaître de l'action. Finalement, la Cour de cassation, dans une décision du 27 juin 2000, devait préciser le statut du pouvoir d'*esternazione* reconnu au chef de l'Etat: ce pouvoir ne bénéficie du régime spécial qui concerne les actes accomplis dans l'exercice des fonctions que dans les hypothèses où il peut être rattaché à une fonction constitutionnelle du chef de l'Etat; en l'espèce, les propos tenus par le président Cossiga ne bénéficient pas du régime spécial propre aux actes accomplis dans l'exercice des fonctions du seul fait qu'ils ont été tenus par le chef de l'Etat ; ils ne doivent pas non plus être considérés comme des actes

5. Comparable à la demande de nouvelle délibération de l'article 10-2 de la Constitution française.

6. Nomination et révocation des membres du gouvernement sur proposition du Premier ministre, dissolution des organes de gouvernement des régions autonomes, nomination et révocation des ministres de la République auprès des régions autonomes, nomination et révocation des chefs des armées, promulgation et publication des lois et décrets, déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence, grâce, nomination des ambassadeurs à l'étranger et accréditation des ambassadeurs étrangers, ratification des traités et déclaration de guerre.

7. Sur cette doctrine, v. en français DEAL, E., DOMINGO, L., et QUATTROCCHI, J.-P., *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction: Italie*, rapport de recherche du DEA de droit public de l'Université d'Aix-Marseille III, 2000-2001, dactyl., pp. 13-16.

accomplis en dehors de l'exercice des fonctions du seul fait qu'ils présentent un caractère injurieux et diffamatoire; ils doivent être considérés comme ne bénéficiant pas du régime spécial tout simplement parce qu'ils ne peuvent être, dans les circonstances de l'affaire, rattachés à une fonction du président, parce qu'ils constituent une attaque personnelle contre un sénateur qui n'a aucunement pour but la défense de l'ordre constitutionnel; en d'autres termes, ce pouvoir d'*esternazione* est, selon les cas, soit lié à l'exercice des fonctions soit étranger à l'exercice des fonctions

Ces remarques générales faites, il importe maintenant d'étudier successivement la responsabilité pénale du président de la République pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions (I) et la responsabilité pénale du président de la République pour les actes étrangers à l'exercice des fonctions (II) étant entendu que, d'une manière générale, la première est plutôt soumise à des règles spécifiques qui en restreignent les contours tandis que la seconde est plutôt soumise aux règles de droit commun.

I. LA RESPONSABILITE PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS

La spécificité des fonctions d'un chef d'Etat de même que la nécessaire garantie du prestige et de la continuité de la fonction impose que sa responsabilité pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions soit soumise à un régime spécial exorbitant du droit commun. La particularité de ce régime pénal est tout particulièrement manifeste à trois niveaux, celui des incriminations, celui de la mise en accusation et celui du jugement, même s'il y a des différences non négligeables selon le pays considéré.

1. Les incriminations

A première vue, il y a une différence sensible entre, d'une part, les règles applicables en Italie et en Grèce et, d'autre part, les règles applicables au Portugal. En Italie et en Grèce, la Constitution commence par poser le principe de l'irresponsabilité du président de la République pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions⁸ pour, ensuite, ouvrir une brèche dans cette irresponsabilité de principe en poursuivant qu'il en va différemment «en cas de haute trahison ou d'attentat contre la Constitution» (article 90 de la Constitution italienne) ou «en cas de haute trahison ou de violation délibérée de la Constitution» (article 49 de la Constitution hellénique). En revanche, l'article 130 de la Constitution portugaise ne pose aucun principe d'irresponsabilité auquel il serait dérogé par la suite dans tel ou tel cas particulier mais un principe général de responsabilité: «le président de la République répond des crimes qu'il pratiquerait dans l'exercice de ses fonctions». Il reste que, pour corroborer l'existence de ces différences, il importe de comparer le contenu concret des trois séries d'incriminations: haute trahison et attentat contre la Constitution en Italie, haute trahison et violation délibérée de la Constitution en Grèce, commission d'un crime au Portugal.

8. Article 90 de la Constitution italienne: "Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions ...". Article 49-1 de la Constitution hellénique: "Le président de la République n'est aucunement responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions...."

En Italie, la doctrine s'est divisée sur le sens qu'il convenait de donner aux deux séries d'incriminations que sont la haute trahison et l'attentat contre la Constitution qui ne sont précisées ni par la Constitution (ce n'est d'ailleurs pas son rôle) ni par une loi spécifique. *Grosso modo*, deux thèses principales ont été soutenues, la thèse pénaliste et la thèse constitutionnaliste⁹. Pour les tenants de la thèse pénaliste, le principe constitutionnel posé par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution selon lequel nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi impose de donner à ces deux expressions le sens que leur donne la loi pénale puisqu'elles y sont également employées. En effet, l'article 47 du Code pénal militaire qualifie de haute trahison un certain nombre de comportements de militaires tandis que l'article 283 du Code pénal définit l'attentat à la Constitution de l'Etat comme la modification de la Constitution ou de la forme de gouvernement sans respecter les dispositions constitutionnelles. Il reste que les militaires n'ont pas la position constitutionnelle du chef de l'Etat de telle sorte qu'il est difficile d'appliquer à ce dernier une disposition qui ne vise littéralement que les premiers. Par ailleurs, la définition de l'attentat à la Constitution de l'Etat que donne le Code pénal est peut être trop restrictive pour épuiser le contenu de la notion constitutionnelle d'attentat contre la Constitution. Aussi, il semble que la thèse constitutionnaliste soit préférable même si elle ne conduit pas très loin. Elle consiste à soutenir que la Constitution, lorsqu'elle fait référence aux incriminations que sont la haute trahison et l'attentat contre la Constitution, opère une dérogation au principe constitutionnel de légalité des crimes et des délits, étant en quelque sorte elle-même une norme pénale substantielle. Dès lors, ces notions ont un contenu autonome qu'il appartient de préciser aux organes chargés d'intervenir dans la suite de la procédure et que l'on évoquera plus loin.

En Grèce, si la Constitution fait également référence à la haute trahison et à la violation délibérée de la Constitution, la loi est intervenue pour préciser le contenu de ces deux notions. Il s'agit de la loi n° 265 du 17 février 1976 intitulée «De la responsabilité du Président de la République»¹⁰. Aux termes de cette loi, le président de la République commet un acte de haute trahison lorsque, en usant de sa qualité et des pouvoirs qui lui sont confiés par la Constitution, il abolit ou modifie ou tente de modifier ou d'abolir par la violence le régime politique du pays. Par ailleurs, le président se rend coupable du crime de violation délibérée de la Constitution lorsque, en cette qualité, il procède à dessein à l'accomplissement d'un acte ou d'une action ou commet une omission contraire à l'une des dispositions de la Constitution relative à ses compétences et ayant pour conséquence objective une grave perturbation du fonctionnement du régime politique.

Au Portugal enfin, le président est responsable pour tout crime commis dans l'exercice de ses fonctions, ce qui comprend deux séries de crimes : d'abord, les crimes prévus par la loi pénale générale; ensuite, les crimes spécifiques aux titulaires des fonctions politiques. Cette dernière notion mérite quelques explications. L'article 117-3 de la Constitution dispose que «la loi détermine les crimes de responsabilité des titulaires de fonctions politiques». Non sans s'être fait tirer l'oreille puisqu'une procédure en constatation d'une inconstitutionnalité pour omission a été déclenchée¹¹, le Parlement a

9. DEAL, E., DOMINGO L., et QUATTROCCHI, J.-P., rapport précité, pp. 18-19.

10. NICOT, S. et SIDIROKASTRIRI, D. *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction: Grèce*, rapport de recherche du DEA de droit public de l'Université d'Aix-Marseille III, 2000-2001, dactyl., pp. 7-10.

11. Procédure qui a donné lieu à l'arrêt 276/1989 du 28 février 1989 du Tribunal constitutionnel (J. MIRANDA, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Portugal 1989, pp. 626-628) dans lequel la haute instance relève qu'il n'y a eu finalement aucune inconstitutionnalité par omission, le Parlement ayant adopté la loi après qu'elle ait été saisie mais avant qu'elle ait rendu sa décision.

fini par adopter la loi 34/1987 du 16 juillet 1987 sur les crimes de responsabilité des titulaires de fonctions politiques. Aux termes de la loi, sont titulaires de fonctions politiques le président de la République, les membres du gouvernement central, les membres des gouvernements des régions autonomes, les parlementaires... Quant aux crimes de responsabilité qu'ils sont susceptibles de commettre, la liste en est longue¹²: trahison de la patrie, attentat à la Constitution, attentat à l'Etat de droit, violation des règles d'exécution budgétaire, suspension ou restriction illicite de droits, libertés ou garanties constitutionnelles, emploi de la force publique contre l'exécution des lois, violation de secrets d'Etat ... L'impression initiale se confirme. C'est vraisemblablement au Portugal que les incriminations susceptibles de concerner le président de la République sont le plus étendues.

2. La mise en accusation

Sur ce point, il y a une identité remarquable des solutions retenues dans les trois pays dans la mesure où le président ne peut être mis en accusation que par un vote du Parlement. Plus précisément, les choses se passent de la façon suivante.

En Italie, la procédure de mise en accusation du président est maintenant régie par la loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989¹³ qui a été appliquée par une loi ordinaire de la même année. L'affaire est instruite par un comité parlementaire spécial qui est composé des membres des commissions de chacune des deux assemblées compétentes en matière de levée de l'immunité des parlementaires. Ou bien la commission estime qu'une mise en jeu de la responsabilité pénale du président n'est pas fondée et elle classe l'affaire¹⁴. Ou bien elle estime qu'une mise en jeu de la responsabilité est envisageable et elle en fait rapport aux deux chambres du Parlement réunies en séance commune. Au vu de ce rapport, le Parlement se prononce alors sur la mise en accusation ou non du président. Aux termes des dispositions de l'article 90, alinéa second, de la Constitution, la mise en accusation doit être acquise à la majorité absolue des membres du Parlement.

En Grèce, l'article 49-2 de la Constitution dispose que la proposition de mise en accusation du président de la République doit être signée par un tiers au moins des membres de la Chambre des députés qui est la seule chambre du Parlement grec. Elle n'est considérée comme adoptée que si elle recueille au moins les voix des deux tiers du nombre total de ses membres.

Le système portugais n'est pas très différent. La proposition de mise en accusation du président doit être signée par le cinquième au moins des membres en fonction de

12. Pour plus de détails, V., MIRANDA, J., rapport précité, pp. 3-4.

13. Sur cette loi constitutionnelle qui, en réalité, est beaucoup plus importante pour la responsabilité pénale des membres du gouvernement que pour celle du président de la République dans la mesure où, si elle modifie sur des points de détail les mécanismes applicables à ce dernier, elle réforme en profondeur les règles applicables aux ministres, v. en français ESCARRAS, J.-C., Italie: les modifications et projets de modifications des compétences de la Cour constitutionnelle, *Revue française de droit constitutionnel* 1990, p. 165.

14. Toutes les tentatives de mises en jeu de la responsabilité pénale du président italien pour des actes liés à l'exercice de ses fonctions se sont d'ailleurs soldées jusqu'à maintenant par des décisions de classement du comité parlementaire spécial. Pour ne prendre qu'un seul exemple, ce dernier a ainsi considéré que n'étaient pas manifestement fondées les accusations formulées à l'encontre du président Cossiga selon lesquelles il aurait commis un acte de haute trahison ou un attentat à la Constitution en n'intervenant pas pour défendre l'unité de la République face aux menées de la Ligue du nord.

l'Assemblée de la République qui est également la seule chambre du Parlement portugais. L'Assemblée se réunit alors dans les quarante-huit heures et forme une commission spéciale chargée d'élaborer un rapport dans le délai qu'elle lui impartit. Une fois ce rapport reçu par le président de l'Assemblée, ce dernier la convoque dans les quarante-huit heures. Après débat, elle se prononce par un vote sur la mise en accusation. La mise en accusation n'est acquise que si elle recueille les voix des deux tiers des députés effectivement en fonction.

En un mot, la seule différence majeure a trait aux conditions de majorité requises pour mettre en accusation le président: majorité absolue des membres du Parlement en Italie, majorité des deux tiers en Grèce ou au Portugal.

3. Le jugement

Ici, on rencontre à nouveau une assez grande variété des solutions retenues dans la mesure où l'instance de jugement est différente dans chacun des trois pays considérés même s'il s'agit toujours d'une instance dont le caractère juridictionnel ne fait guère de doute.

En Italie, le jugement du président de la République relève de la compétence de la Cour constitutionnelle dont c'est là la seule compétence pénale depuis que la loi constitutionnelle précitée du 16 janvier 1989 lui a enlevé le jugement des membres du gouvernement pour le confier à la juridiction ordinaire. Lorsqu'elle juge le chef de l'Etat, la Cour est toutefois composée de façon particulière dans la mesure où, à ses quinze juges habituels (cinq désignés par le président de la République, cinq désignés par le Parlement et cinq désignés par la juridiction ordinaire), s'ajoutent seize juges supplémentaires «tirés au sort parmi les noms d'une liste de citoyens présentant les qualités requises pour être sénateurs que le Parlement dresse tous les neuf ans selon les mêmes modalités d'élection que celles établies pour la nomination des juges de la Cour»¹⁵. Le président de la Cour désigne, parmi ses 31 membres (les quinze membres habituels et les seize membres supplémentaires) un juge instructeur chargé de mener l'instruction dans le respect des dispositions du Code de procédure pénale. De son côté, le Parlement élit parmi ses membres des «commissaires» qui joueront le rôle du ministère public. Quant au président de la République, il choisit un avocat ou, s'il s'y refuse, un avocat est commis d'office par le président de la Cour. Parallèlement, la Cour peut, si elle le juge utile, suspendre le président de son mandat. L'instruction est clôturée par une décision de la Cour statuant en chambre du conseil. La Cour juge alors le président au cours d'un «procès pénal constitutionnel» qui se déroule dans le respect des règles du Code de procédure pénale. Si le président est jugé coupable, la Cour lui inflige les sanctions pénales adéquates prévues par le Code pénal. Elle peut également lui infliger des sanctions constitutionnelles (par exemple démission d'office de ses fonctions), administratives (par exemple interdiction d'exercer une fonction publique) ou civiles (par exemple condamnation à des dommages et intérêts).

En Grèce, le président, qui, dès qu'il a été mis en accusation, est suspendu de ses fonctions, est jugé par une Cour *ad hoc*, la Cour prévue à l'article 86 de la Constitution et qui est également compétente pour juger les ministres. Dans le texte initial de l'article 86, cette Cour, présidée par le président de la Cour de cassation, était composée

15. Article 135 *in fine* de la Constitution.

de douze membres tirés au sort parmi tous les conseillers à la Cour de cassation et tous les présidents de Cours d'appel nommés antérieurement à la mise en accusation. Depuis la révision constitutionnelle de 2001, la Cour est composée de sept membres de la Cour de cassation et de six membres du Conseil d'Etat tirés au sort.

Quant au Portugal qui montre à nouveau sur ce point son souci de «banaliser» le plus possible la responsabilité pénale du chef de l'Etat, le président de la République, dont la Constitution ne prévoit pas qu'il soit suspendu de ses fonctions du fait de sa mise en accusation, y est tout simplement jugé par le Tribunal suprême de justice qui est «l'organe supérieur de la hiérarchie des tribunaux judiciaires»¹⁶, c'est-à-dire la juridiction judiciaire suprême. Il y a là, à n'en pas douter, la volonté de voir dans la responsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions une authentique responsabilité pénale ou criminelle et non une responsabilité constitutionnelle qui aurait impliqué la compétence du Tribunal constitutionnel¹⁷. Par ailleurs, s'appliquent les règles de la procédure pénale de droit commun. Si le Tribunal suprême de justice condamne le président, «la condamnation entraîne la destitution et l'impossibilité d'être réélu»¹⁸. Toutefois, complication peut-être inutile car il s'agit d'une compétence avant tout formelle, il appartient au Tribunal constitutionnel, réuni à cet effet en séance plénière dans les vingt-quatre heures qui suivent la décision de condamnation du Tribunal suprême de justice, de «constater la perte de charge du président de la République»¹⁹ après avoir vérifié l'authenticité de la décision du Tribunal suprême.

Evidemment, le manque de pratique empêche de savoir quel est le système le plus propice à une justice sereine.

II. LA RESPONSABILITE PENALE POUR LES ACTES ETRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS

Dans deux des pays considérés, la Constitution aborde explicitement la question de la responsabilité pénale du chef de l'Etat pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions et la résout d'ailleurs de la même manière : cette responsabilité s'exerce dans les conditions de droit commun mais les poursuites sont suspendues jusqu'à la cessation des fonctions. L'article 49-1 de la Constitution hellénique dispose en effet que, «pour ce qui est des actes (du président de la République) qui n'ont pas de rapport avec l'exercice de ses fonctions, la poursuite pénale est suspendue jusqu'à l'expiration du mandat présidentiel». De la même manière, l'article 130-4 de la Constitution portugaise précise que «le président de la République répond des crimes qu'il commettrait en dehors de l'exercice de ses fonctions devant les tribunaux ordinaires et une fois son mandat terminé».

En revanche, la Constitution italienne est totalement muette sur la question de la responsabilité pénale du chef de l'Etat pour les actes étrangers à l'exercice de ses fon-

16. Article 210-1 de la Constitution portugaise.

17. GOMES CANOTILHO, J.J., et VITAL, Moreira, *Constituição da Republica portuguesa anotada*, Coimbra editora, 3ème édition, 1993, p. 575.

18. Article 130-3 de la Constitution portugaise.

19. Article 223-2, b), de la Constitution portugaise.

tions, ne traitant que de sa responsabilité pénale pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions. Quel sens peut-on donner à ce silence ? En déduire que le président est irresponsable pour de tels actes aboutirait à ce paradoxe qu'il serait plus protégé pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions que pour ceux liés à leur exercice. En déduire à l'inverse qu'il est responsable dans les conditions de droit commun, que, par exemple, un juge d'instruction peut le convoquer comme il convoquerait n'importe quel citoyen, peut être considéré comme faisant litière de la dignité et des charges particulières de la fonction. On comprend, dans ces conditions, les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence. En 1995, lorsque des poursuites ont été envisagées à l'encontre du président Scalfaro pour des faits étrangers à l'exercice de ses fonctions, il semble que de telles poursuites aient été considérées comme irrecevables ou, du moins, comme suspendues jusqu'à l'échéance de son mandat²⁰, à l'instar, on vient de le voir, de ce qui se passe en Grèce ou au Portugal. En revanche, dans sa décision précitée du 27 juin 2000, la Cour de cassation a admis que des poursuites puissent être diligentées devant le juge ordinaire contre un président en exercice pour des faits étrangers à l'exercice de ses fonctions tout en reconnaissant au président la possibilité de les contester devant la Cour constitutionnelle par le biais de la procédure dite des conflits d'attributions entre pouvoirs de l'Etat²¹. De deux choses l'une en effet nous semble-t-il: ou bien les poursuites sont suspendues jusqu'à l'expiration du mandat et il n'est pas besoin d'un autre aménagement; ou bien elles sont possibles alors que le mandat est en cours mais doivent alors être assorties de garanties de procédure visant à éviter que le président ne soit en permanence cité à comparaître à des fins strictement politiques.

20. PIZZORUSSO, A., et LIBONE, E., rapport italien à la table ronde sur "Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction", Aix-en-Provence, 21 et 22 septembre 2001, dactyl., p. 14, à paraître dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* 2001.

21. Ce chef particulier de compétence des juridictions constitutionnelles, que l'on trouve par exemple également en Allemagne ou en Espagne, permet à la Cour constitutionnelle de trancher les conflits d'attribution qui peuvent s'élever entre organes de l'Etat à propos de l'exercice d'une compétence prévue par la Constitution. En droit italien, tant le président de la République (ordonnance n° 150 de 1980) que les organes juridictionnels lorsqu'ils exercent concrètement la fonction juridictionnelle (ordonnances n° 228 de 1975 et 87 de 1978) ont été par exemple considérés par la Cour constitutionnelle comme des pouvoirs de l'Etat susceptibles de soulever devant elle un conflit d'attribution en cas de litiges sur l'étendue de leurs compétences. V., sur ce point en français ESCARRAS, J.-C., Italie - Eléments de référence, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1985, p. 498.

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO

Astrid Hernández Zambrano
Profesora de la Univesidad Central de Venezuela

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES

A partir del cambio de gobierno de 1999, el Poder Judicial en Venezuela ha sido objeto de múltiples transformaciones que lo han llevado a un estado *permanente* de transitoriedad. A pesar de que con la entrada en vigor de la Constitución de la República, aprobada por referéndum del 15 de diciembre de 1999, publicada en Gaceta Oficial de la República N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999 y la consecuente supresión de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la posterior introducción de los instrumentos legislativos destinados a regular el funcionamiento de cada una de las instituciones, se pensaba ya culminado el período de reestructuración al cual fueron sometidos los distintos órganos del Poder Público, lo cierto es que podemos asentir en la idea de que todavía el Poder Judicial se mantiene dentro de un régimen transitorio que no termina de definir aspectos que han sido establecidos por el propio Texto Fundamental y que, definitivamente inciden en la estabilidad y creencia necesarias que deben caracterizar a un auténtico Poder Judicial.

La circunstancia de contar con varios órganos sustitutivos del extinto Consejo de la Judicatura, a lo largo de la transición, así como la amplia gama de decretos, reglamentos y resoluciones que han servido de fundamento jurídico a cada uno de estos órganos, son aspectos de obligada revisión.

Del mismo modo, resulta apremiante destacar el tema de la llamada jurisdicción disciplinaria de los jueces, de conformidad con el mandato constitucional, así como el interesante debate que se ha desarrollado en relación a considerar si los órganos que llegarán a componer tal jurisdicción, dictarán actos judiciales, o por el contrario, mantendrán el carácter administrativo de los actos sancionatorios que hasta la presente ha dictado no sólo el extinto Consejo de la Judicatura sino también cada uno de los órganos que le fueron sustituyendo.

II. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMADO SISTEMA DE JUSTICIA

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia extensa a las razones que llevaron al Constituyente a la redacción del instrumento que, por excelencia, regiría los destinos de nuestra sociedad a partir de 1999. Fundamentalmente, en lo que se refiere a la inspiración del capítulo relativo al Poder Judicial y al Sistema de Justicia, establece lo siguiente:

...El Estado democrático y social de derecho y de justicia consagrado por la Constitución al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituyen el Poder Judicial y el Sistema de Justicia que se consagra en el Capítulo III del Título V de la Constitución, configurándolo como uno de los poderes del Estado”.

Ubicándonos en el plano propiamente judicial, dado que es éste el tema central de nuestro trabajo, encontramos que el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contemplado en el capítulo III del Título V, estatuye lo siguiente:

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados u abogadas autorizadas para el ejercicio.

Se ha discutido si la potestad de administrar justicia emana realmente de los ciudadanos o únicamente del Estado.

Si la potestad (*potestas*) es un poder o facultad, entendida en el ámbito del Derecho, como el poder jurídico del Estado por el cual lleva a cabo sus fines esenciales; muchos se han preguntado, ¿cómo podría *emanar* de los ciudadanos el poder para administrar justicia?

Quizá el aspecto fundamental de la discusión radica en la redacción de la norma, diseñada, sin duda, bajo una perspectiva filosófica, que se apoya en la idea de que el poder, en su fuente, proviene de la soberanía popular, la cual deposita en los órganos del Poder Público, la potestad de llevar a cabo sus fines esenciales, naturalmente dirigidos al bienestar de la colectividad. En ese sentido, el pueblo descarga en el Estado el poder de administrar justicia, a fin de eliminar toda posibilidad de hacer justicia de su propia cuenta.

Para un mejor análisis de lo expuesto, abordaremos el contenido del artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone:

El ejercicio de la justicia emana del pueblo y se realiza por los órganos del Poder Judicial, el cual es independiente de los demás órganos del Poder Público... (*omissis*).

Cuando revisamos esta última norma, cabe la posibilidad de interpretar, a diferencia de lo que plantea el Texto Fundamental, que la justicia se pone en movimiento a través del ejercicio del derecho de acción de los interesados cuando acuden ante los órganos judiciales a reclamar sus derechos. ¿Podría decirse, entonces, que es ésto lo que real-

mente proviene del pueblo? y ¿que la potestad de administrar justicia, entendida de forma literal, únicamente podría emanar del Estado, toda vez que constituye uno de los fines que le son inherentes y a ello se dedica cuando por intermedio del aparato judicial, provee a la colectividad de los mecanismos necesarios para resolver los conflictos jurisdiccionales?

En nuestro criterio, y sin interés de debatir la profundidad que supone un tema de tal naturaleza, estimamos que la norma en referencia ciertamente deja un vacío en cuanto a los aspectos antes discutidos, pues siembra la duda en lo que se refiere a la administración de justicia y al ejercicio de ésta por parte de los ciudadanos. Si bien resulta posible extraer de la profundidad de la norma el elemento finalista que guarda en sí, e interpretar que la soberanía popular deja a cargo del Estado la administración de justicia y para ello se le confiere un poder o potestad, lo cierto es que no diferencia entre esta potestad emanada del Poder Judicial para administrar justicia y el ejercicio de ésta, conferido a los ciudadanos a través del aparato judicial.

Otro aspecto de la disposición en referencia, contenido en el tercer párrafo de la norma, establece:

El Sistema de Justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio.

Como bien puede observarse, la norma en cuestión crea una gran confusión cuando de la revisión de las competencias del Poder Judicial se introduce de forma inesperada, en el llamado *Sistema de Justicia*, sin hacer distinción entre este último y el Poder Judicial.

La redacción se inicia haciendo referencia a la composición de un sistema que incluye, en primer término, al Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales de la República, órganos estos que, como es sabido, componen de forma natural el Poder Judicial. Se agrega como parte del sistema de justicia al Ministerio Público, perteneciente al Poder Ciudadano recientemente incluido dentro de la estructura diseñada por el nuevo Texto Fundamental.

Asimismo, se incorpora la Defensoría Pública al Sistema de Justicia. Sobre este punto y a modo de aclaratoria, cabe destacar que el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999 y publicada en Gaceta Oficial el 30 de diciembre del mismo año, dejó a cargo de la Asamblea Nacional la aprobación de una Ley Orgánica referida al Sistema Autónomo de la Defensa Pública.

La Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, por su parte estatuyó en el artículo 23:

El Servicio de la Defensa Pública es una unidad autónoma, adscrita a la Comisión Judicial. Forman parte de este servicio todos los defensores públicos, en las distintas áreas de la actividad jurisdiccional.

Dicho lo anterior, y a pesar de que se trata de una unidad autónoma adscrita a la Comisión Judicial, dependiente ésta a su vez del Tribunal Supremo de Justicia, y con actividad fundamentalmente judicial, pues la defensoría pública atiende a tales fines en materia procesal penal; no queda claro aún si el Servicio Autónomo de la Defensa Pública,

hoy por hoy constituye un órgano judicial por formar parte del Tribunal Supremo de Justicia o por el contrario, ¿estamos frente a un órgano administrativo que se desenvuelve dentro del Poder Judicial?

De igual modo, si el Servicio de Defensa Pública es un órgano que por estar adscrito a la Comisión Judicial, forma parte del Tribunal Supremo de Justicia, por constituir un ente auxiliar del Máximo Tribunal, ¿Cómo es que la Constitución de la República en la redacción referida al sistema de justicia, incorpora a la Defensoría Pública como un organismo independiente del Tribunal Supremo de Justicia?

Aparecen también formando parte del Sistema de Justicia, los órganos de investigación penal y el sistema penitenciario, con lo cual se entiende que el Poder Ejecutivo entra a constituir también el referido sistema. Menciona además la norma, a los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizadas para el ejercicio de la profesión. En tal sentido, surge la interrogante sobre la amplia cobertura que tiene el nuevo sistema de justicia, dada la pluralidad de órganos y personas que pasan a formar parte de éste.

Adicional a lo anterior, se aprecia que el artículo 254 de la Carta Magna, dispone la independencia del Poder Judicial y acota que el Tribunal Supremo de Justicia, gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa, sin embargo, a objeto de dar cumplimiento con lo anterior, refiere que se le asignará al *Sistema de Justicia*, una partida anual variable no menor del 2 % anual del presupuesto general del Estado.

Entonces, aquí se presentan dos aspectos dignos de consideración; por una parte, la norma inicia su redacción aludiendo al Poder Judicial y finaliza haciendo referencia al Sistema de Justicia, pero además, de acuerdo con la interpretación que puede hacerse de la disposición en cuestión, se deduce claramente que el tan mencionado 2% del presupuesto del Estado, asignado al Poder Judicial, no está dirigido a cubrir sus necesidades únicamente, sino también las de todo el Sistema de Justicia, lo que significa la división del porcentaje asignado entre todos los órganos mencionados. Siendo ello así, cabría preguntarse ¿A qué se refiere el Constituyente cuando incorpora al Sistema de Justicia a los ciudadanos que participan en la administración de justicia y a los abogados autorizados para el ejercicio profesional? ¿De acuerdo con ello, acaso tendrían estas personas derecho o de alguna forma, acceso a la partida presupuestaria antes indicada?

Visto lo anterior tal como ha sido planteado, nos preguntamos ¿si el monto asignado para el llamado Sistema de Justicia permitiría cumplir las expectativas planteadas en cada uno de los órganos que lo integran, pero especialmente, ¿qué sucederá con el Poder Judicial, tan necesitado de infraestructura acorde con la función que desempeña, así como del equipo técnico y humano requeridos para llevar adelante la importante misión de juzgar?

Todas estas cuestiones que, sin duda, merecen de atención, deberán ser tratadas y así esperamos que ocurra, a través de las decisiones judiciales respectivas, pues su omisión definitivamente repercutirá en la deficiencia del desempeño de cada uno de los órganos involucrados en el nuevo Sistema de Justicia, y en particular, por ser el tema que nos ocupa, del Poder Judicial.

III. TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL

Con el Decreto emanado por la Asamblea Nacional Constituyente el 12 de agosto de 1999, publicado en Gaceta Oficial N° 36.764 de fecha 13 de agosto de 1999, por el cual se declaró la Intervención de todos los órganos del Poder Público, se inicia el período de cambios que han ido modificando día a día la estructura orgánica hasta entonces conocida.

A partir de este instrumento se confirió a la Asamblea Nacional Constituyente, la facultad de dictar las medidas necesarias para intervenir a los órganos del Poder Público y proceder a su reorganización. En su artículo único decretó lo siguiente:

En razón de la emergencia existente antes de la instalación de la Asamblea, se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público. La Asamblea Nacional Constituyente decretará las medidas necesarias para enfrentar situaciones específicas de la reorganización y dispondrá la intervención, modificación o suspensión de los órganos del Poder Público que así considere, con el fin de recuperar el estado de derecho, la estabilidad y el orden necesarios para reconstruir la República en el marco de los valores democráticos.

El 18 de agosto de 1999, por virtud del Decreto mediante el cual se declara la Reorganización del Poder Judicial, publicado en Gaceta Oficial N° 36.772 del 25 de agosto de 1999, se determinó la emergencia del Poder Judicial y se consolidó tal declaratoria, con el objeto de garantizar la transparencia e imparcialidad del sistema judicial. Se incluyó asimismo en esta declaratoria al sistema penitenciario, en la búsqueda de convertir los establecimientos carcelarios en verdaderos centros de rehabilitación.

Se crea la Comisión de Emergencia Judicial, integrada por nueve miembros designados por la Asamblea Nacional Constituyente, y entre otros aspectos, se le otorga competencia a este nuevo órgano para proponer las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y el sistema penitenciario. También se le concedió la facultad de evaluar el funcionamiento y desempeño de la extinta Corte Suprema de Justicia y el suprimido Consejo de la Judicatura, y de proponer un plan nacional de evaluación y selección de jueces, a través de la realización de concursos públicos de oposición para cubrir la totalidad de jueces en el Poder Judicial.

Es a partir de esta normativa que se declara la subordinación del Consejo de la Judicatura a la Comisión de Emergencia Judicial, se decreta la suspensión inmediata de los funcionarios judiciales procesados por corrupción judicial y se ordena la destitución inmediata de los jueces por retardo judicial inexcusable, a juicio de la Comisión.

Tales medidas, tanto de destitución como de suspensión inmediata del juez sin tener la conclusión del proceso judicial iniciado en su contra, son aspectos verdaderamente dignos de consideración, pues en atención a los principios que informan el *ius puniendi* del Estado, tanto en el ámbito del derecho penal como en el derecho administrativo sancionador, tales actos atentan contra el principio de presunción de inocencia, de aplicación fundamental en todo procedimiento sancionatorio. Se entiende con ello que la carga probatoria del ilícito administrativo investigado corresponde a la Administración, de manera que mientras no se determine con certeza la culpabilidad, prevalece la imposición de este principio.

Otro aspecto interesante a destacar en este decreto, se relaciona con la figura de la *apelación* ante la Asamblea Nacional Constituyente, de las medidas de emergencia dictadas. En efecto, el artículo 9 de la normativa señalada dispuso:

Los jueces que sean suspendidos o destituidos por la Comisión de Emergencia Judicial, de conformidad con el presente Decreto, podrán apelar de la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente dentro de los siguientes cinco días hábiles a partir de la fecha de notificación de su suspensión o destitución.

Surge la interrogante acerca de la utilización del término *apelación* en los procedimientos realizados en el seno de la Administración, por una parte, y por otra, la relación de jerarquía existente entre la Comisión de Emergencia Judicial y la Asamblea Nacional Constituyente, habida cuenta de la distinta naturaleza que caracterizó, en su momento, a cada una de ellas.

En Gaceta Oficial N° 36.805 de fecha 11 de octubre de 1999, se publicó el Decreto Cautelar de Protección al Sistema Judicial. Con este instrumento se dio inicio a una serie de medidas de suspensión de aquellos jueces contra quienes pesaran siete o más denuncias o porque tuvieran averiguaciones penales abiertas. El objeto de la suspensión era la separación inmediata del cargo y su sometimiento a los procedimientos disciplinarios. Quedaron encargados de la ejecución del Decreto, de forma conjunta, la Comisión de Emergencia Judicial, el Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales.

A este respecto, vale la pena resaltar que a partir de la ejecución del referido decreto cautelar, se interpusieron innumerables recursos jurisdiccionales ante diferentes órganos judiciales, destinados a solicitar la nulidad de las medidas cautelares de suspensión de los jueces afectados con tales decisiones.

Ante el vacío existente respecto de la impugnación de las medidas adoptadas, el 09 de noviembre de 1999, mediante publicación efectuada en Gaceta Oficial N° 36.285, la Asamblea Nacional Constituyente decretó la reforma parcial del instrumento antes señalado, agregando específicamente el mecanismo de impugnación de las medidas cautelares que fueren dictadas por los órganos facultados para ello. En concreto, el instrumento jurídico estableció que los afectados con la aplicación de las medidas podían recurrir ante la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, dentro de los treinta días siguientes a partir del momento en que tuvieran conocimiento del acto de suspensión.

Ahora bien, aun cuando para la fecha de su reforma, el propio Decreto Cautelar estableció que la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia era el tribunal competente para conocer de tales causas; una vez producida la constitución del Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, por decisiones reiteradas, se declinó el conocimiento de los recursos judiciales intentados contra las medidas cautelares de suspensión, por considerar que con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, muchas de las funciones atribuidas anteriormente a esa Sala pasaron a ser asumidas por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, determinándose asimismo, que por tratarse de actos que no se dictaron en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no debían ser susceptibles de ejercicio jurisdiccional ante la referida Sala, considerándose con ello que su conocimiento correspondería, entonces, a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Se observa en la siguiente transcripción, un fragmento del análisis jurisprudencial realizado:

Es meritorio destacar que el acto impugnado (una Resolución dictada por la Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales), tiene su fundamento en sendos instrumentos jurídicos, los cuales son el Decreto de Reorganización del Poder Judicial de fecha 18 de agosto de 1999 y el Decreto de Me-

didadas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial de fecha 7 de octubre del mismo año.

Igualmente se tiene que de una lectura al artículo 336 de la vigente Constitución, se evidencia que la Sala Constitucional en relación a los actos dictados por el Ejecutivo Nacional u otros actos dictados por cualquier ente público, sólo tiene atribuida competencia para:

3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución*, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

No obstante lo anterior, y atendiendo a lo antes expuesto de que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal no resulta competente para conocer del presente recurso, esta Sala Plena considera necesario advertir que el acto mediante el cual fue notificado el recurrente de la medida de suspensión, le indica a ésta que tiene el “...*Recurso Contencioso por ante la Sala Plena* de la Corte Suprema de Justicia, el cual podrá interponer dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la fecha de la presente notificación”.

Sin embargo, aún cuando el referido acto de notificación delimita la interposición de la acción recursiva ante la Sala Plena de este Máximo Tribunal, es menester destacar que la mayoría de las competencias que tenía la referida Sala Plena antes de la promulgación de la vigente Carta Magna, han sido ahora asumidas por la recién creada y establecida Sala Constitucional.

En el caso de autos, esta Sala observa que el acto impugnado, si bien es dictado en virtud de dos instrumentos jurídicos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, lo que constituye su base legal, también verifica que el referido acto recurrido es de *efectos particulares “no dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución”*, cuestión ésta que también propende a la exclusión del conocimiento que tiene atribuida la Sala Constitucional por expresa disposición del Texto Fundamental (Vgr. Artículo 336), y, en consecuencia, la competencia para conocer de la presente acción corresponde a esta Sala Político-Administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 259 de la Constitución de la República (el cual señala que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Máximo Tribunal y a los demás tribunales que determine la ley, los cuales son competentes para anular los actos administrativos generales o “*individuales*” *contrarios a derecho*, incluso por desviación de poder), y en el único aparte del 266 de la vigente Carta Magna conjuntamente con lo preceptuado en los artículos 42, numeral 11, y 43 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Máximo Tribunal. Así se declara¹.

Determinada la competencia para conocer de los recursos jurisdiccionales ejercidos contra las medidas cautelares de suspensión, en diversas oportunidades, los jueces afectados con tales actos acudieron a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a objeto de solicitar la nulidad de las medidas suspensivas.

Sin embargo, por sentencia de fecha 24 de marzo de 2000, la Sala Político-Administrativa estableció que las medidas cautelares de suspensión, tal como fueron concebidas por el Decreto Cautelar, constituyen actos de trámite, no siendo objeto, por ende, de recurso jurisdiccional alguno. El razonamiento expuesto, determinó la inadmisibilidad de los recursos que se interpusieron en adelante, en los términos siguientes:

En su noción de acto de trámite, podemos significar que se trata de uno de los tantos actos coligados entre sí que se presentan a lo largo de un procedimiento administrativo y cuyo objeto fundamental es determinar situaciones o fases de dicho procedimiento, encausándolo y conduciéndolo a la etapa de la decisión final, que en el caso concreto va a estar representada por la ratificación o destitución del Juez.

1. Sentencia n° 39 de fecha 02-05-00 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Carmen Teresa Brea vs. Acto emanado del Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales*.

A tal fin, en virtud de sendos instrumentos normativos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente (los Decretos de Reorganización del Poder Judicial y de Medidas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial), se dictaron en ciertos casos, medidas cautelares de suspensión del cargo, a aquellos jueces sobre los cuales recaían elementos de juicio negativos con respecto al desempeño de sus funciones, sin que pudiera entenderse que tal suspensión fuese en términos definitivos, toda vez que incluso dicha suspensión no acarrea la falta de pago de sus respectivos emolumentos y, la misma, estaba dirigida a comprobar determinados hechos que eventualmente podrían devenir en actos definitivos, que acordaren o la revocatoria de la suspensión cautelar acordada a aquellos jueces si no se les hubiere encontrado y probado suficientes elementos de juicio para separarlos del cargo, o bien, al comprobar que los jueces suspendidos se encontraban incurso en causales que ameritaban la separación del cargo, acordar la misma, mediante acto administrativo definitivo, todo ello con el único fin, de propender al correcto funcionamiento del servicio público constituido en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, como lo es la Administración de Justicia.

Con respecto a los actos de *trámite* dictados dentro de un proceso constitutivo o de primer grado de naturaleza disciplinaria, esta Sala debe observar que los mismos, por contraposición, no pueden entenderse lógicamente como acto *definitivos*. Con respecto a este punto, para este órgano jurisdiccional resulta menester invocar lo expresado en la decisión dictada en el caso “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, en la cual se señaló lo siguiente:

...Otra condición de admisibilidad del recurso que, también había sido tradicionalmente exigido por la Jurisprudencia de la Corte pero no fue consagrado en el texto orgánico de la misma, atañe al carácter definitivo del acto impugnado. Se entiende que un acto administrativo es definitivo, cuando implica la resolución, con plenos efectos jurídicos, de la cuestión sometida a conocimiento o decisión de la Administración. El acto definitivo, por tanto, es el que resuelve el fondo del asunto y por ello, no necesariamente es un acto que emana del superior de la jerarquía pues más bien casi siempre se produce a niveles inferiores, por lo cual no debe confundirse el acto definitivo en el campo administrativo, del acto que causa estado.

Entendido pues, que el acto administrativo recurrido no puede considerarse como un acto definitivo de separación absoluta del cargo que ejercía la quejosa como juez, sino como un acto de trámite de naturaleza cautelar y por ende, provisional dentro de un procedimiento sancionatorio, es razón por la que, esta Sala declara que dicho acto no causa indefensión, no prejuzga como definitivo y no impide la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio.

En este sentido, en la perspectiva de la Resolución N° 614 como acto de trámite, y habida cuenta de la naturaleza de ésta, en conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, éstos -los actos de trámites- tan sólo son recurribles en sede Administrativa (y por ende en Sede Jurisdiccional) cuando causen indefensión, prejuzguen como definitivos o impidan la tramitación del procedimiento.

Una medida cautelar, independientemente de la característica de homogeneidad, no prejuzga sobre lo definitivo; en el caso de marras la suspensión del cargo de Juez para realizar una investigación a profundidad no determina sobre las cualidades del Juez y sobre su permanencia en el Poder Judicial.

Igualmente debemos señalar que con bastante posterioridad a la medida de suspensión, y como resultante del procedimiento, según se evidenció en la audiencia oral y pública y en los documentos anexados al expediente, se produjo el acto definitivo de destitución, por lo que ni se causó indefensión ni se impidió la continuación del procedimiento.

De manera que salvo las tres circunstancias excepcionales cuya ocurrencia no se produjo en este caso, los actos de trámite no son susceptibles de ser impugnados por vía principal, ya que los miembros son objeto de revisión al momento de impugnarse el acto definitivo, razón por la que se hace inadmisibles la acción principal de nulidad, y decae la medida de amparo cautelar solicitada y así se declara².

2. Sentencia n° 659 de fecha 24 de marzo de 2000, caso: *Rosario Nouel de Monsalve vs. Acto dictado por el Consejo de la Judicatura y la Comisión de Emergencia Judicial*.

El 22 de diciembre de 1999 la Asamblea Nacional Constituyente aprueba el Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en Gaceta Oficial N° 36.859 del 29 de diciembre de 1999.

A través de este decreto, de carácter transitorio, firmado siete días después de la aprobación por referéndum de la Constitución de 1999, se sentaron las bases para regular la reestructuración de los diferentes órganos del Poder Público, quedando establecido en su artículo 2:

...las previsiones del presente régimen de transición desarrollan y complementan las disposiciones previstas en la Constitución, aprobada por el pueblo venezolano.

Esta normativa pasó a constituirse en el eje central del régimen transitorio que hasta hoy nos acompaña, y hacemos referencia a la actualidad, porque en virtud del mandato constitucional previsto en el artículo 267 de la Constitución de la República, deberá ser creada la jurisdicción disciplinaria de los jueces, con lo cual quedaría derogado el decreto mencionado.

En concordancia con el planteamiento expuesto, vemos que el artículo 3 del Decreto estableció que las disposiciones allí contenidas guardarían vigencia hasta la implementación efectiva de las instituciones previstas por la Constitución de 1999, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional.

A modo de reflexión, cabe destacar que la transitoriedad a la cual insistimos a lo largo de este trabajo, tiene su fundamento en que a pesar de que la propia normativa acotó la derogatoria tácita de las disposiciones contenidas del Decreto de Transición, en cuanto se concretara la creación y funcionamiento de las instituciones allí mencionadas y enmarcadas dentro del Texto Fundamental; lo cierto es que en la actualidad, todas las instituciones abordadas por el Decreto Transitorio han sido organizadas y puestas en funcionamiento de manera progresiva, sin embargo, el Poder Judicial aún se encuentra en una fase de reestructuración, dado que por virtud de la Constitución de la República, el ingreso de todos los jueces a la carrera judicial está sometido a los concursos públicos de oposición y esto ha generado un proceso que todavía no culmina con la incorporación definitiva de los titulares de los respectivos tribunales.

Igualmente sucede con el órgano llamado a conocer de los ilícitos cometidos por los jueces de la República, los cuales, naturalmente, deben ser objeto de sanción disciplinaria. Para la fecha de elaboración de este trabajo, persiste la vigencia del órgano provisional creado para llevar a cabo las funciones disciplinarias, esto es, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, la cual cesará en sus funciones una vez que éstas sean asumidas por la llamada jurisdicción disciplinaria, cuando finalmente sea creada y entre en funcionamiento.

Efectuado el anterior paréntesis y refiriéndonos nuevamente al Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, es de notar que el artículo 21 anunció la supresión del Consejo de la Judicatura al señalar que sus Salas y dependencias administrativas pasarían a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo, con esta disposición se dio nacimiento indirecto a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, al establecer que mientras no se llevara a cabo la organización de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, las competencias de gobierno, administración, inspección y vigilancia de los tribunales, así como las competencias que la Ley le confería al recién suprimido Consejo de la Judicatu-

ra, serían ejercidas por este nuevo órgano. Hacemos referencia a la creación en forma indirecta, porque formalmente la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, es formalmente creada a través del artículo 27 *eiusdem*.

También a través de este instrumento, se dio fin a la Comisión de Emergencia Judicial y los derechos y obligaciones del suprimido Consejo de la Judicatura, quedaron a cargo de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, sin embargo, como quiera que para el momento de la publicación de este decreto, el último de los órganos indicados no había sido creado, los derechos y obligaciones mencionados pasaron a ser asumidos, en ese momento, solamente por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Con la norma contenida en el artículo 23 se aborda el tema de la competencia disciplinaria para sancionar los ilícitos cometidos por los jueces de la República. Al respecto, se determinó que hasta tanto la Asamblea Nacional aprobara la legislación regulatoria de los procesos y tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución de la República, la competencia disciplinaria sería ejercida, como en efecto sucede hasta esta fecha, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Se le confiere a la Inspectoría General de Tribunales, el carácter de órgano auxiliar de la Comisión antes indicada, fundamentalmente en la inspección y vigilancia de los tribunales, así como en la instrucción de los expedientes disciplinarios de los jueces y demás funcionarios judiciales.

El capítulo referido al Poder Judicial culmina con la implementación del procedimiento disciplinario a seguir en las causas que involucren a jueces y demás funcionario judiciales, en los términos siguientes:

El inspector General de Tribunales, a solicitud de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, o cuando considere que existen faltas disciplinarias que así lo ameriten, iniciará el procedimiento disciplinario con la apertura del expediente y la citación al juez o funcionario judicial correspondiente para que consigne sus alegatos, defensas y pruebas, las cuales se agregarán al expediente dentro de los cinco días siguientes a su citación.

La citación para la comparecencia de los jueces y otros funcionarios, podrá ser realizada en forma personal, o mediante telegrama, o por fax, o correo con aviso de recibo, o mediante aviso publicado en la prensa.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial decidirá en un lapso no mayor de diez días continuos...(*omissis*).

Con este nuevo procedimiento, se asume parcialmente derogada la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura que, si bien rige en determinados aspectos, no sucede igual con el procedimiento allí establecido, a pesar de su condición de ley orgánica, la cual hubo de ceder a favor del decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. En este punto entra a formar parte la discusión doctrinaria relativa al carácter supra constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente y de sus actos. De allí que surja la pregunta ¿hasta qué punto los decretos emanados de ese órgano podrían o debían imponerse a una ley proveniente del seno del órgano legislativo y además, con carácter orgánico?

Creada la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el 09 de febrero de 2000 se dictó el Reglamento de este órgano, el cual fue reformado en fecha 28 de marzo de 2000 y publicado en Gaceta Oficial N° 36.925 del 04 de abril de 2000.

El artículo 2 de esta normativa dispone:

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tiene como objetivo proponer y ejecutar las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial, así como establecer la responsabilidad disciplinaria, velar porque los jueces cumplan estrictamente con sus deberes y con el decoro que exige su ministerio; prestar la defensa pública social; asegurar la celeridad, transparencia e imparcialidad de los procesos judiciales, convertir los establecimientos penales en verdaderos centros de rehabilitación de los reclusos; revisar y ejecutar el presupuesto para la reestructuración y funcionamiento del Poder Judicial con cargo al presupuesto de la judicatura; elaborar el plan de evaluación y selección de jueces mediante concursos públicos de oposición; reorganizar las jurisdicciones, circunscripciones, circuitos judiciales y tribunales del país; revisar los convenios multilaterales para la modernización del Poder Judicial, ejecutados o en ejecución, y las demás actividades y ejecutorias que le asigna el capítulo IV del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como bien puede apreciarse, en esta disposición se reúnen muchas de las competencias que, en principio, estaban consagradas al Consejo de la Judicatura, pero que luego por virtud del proceso de reestructuración del sistema judicial, fueron asignadas de manera conjunta, a la Comisión de Emergencia Judicial, al todavía vigente Consejo de la Judicatura y a la Inspectoría General de Tribunales. Seguidamente, y dada la supresión del Consejo de la Judicatura, así como la atribución de órgano auxiliar y autónomo de la Inspectoría General de Tribunales, de conformidad con lo previsto en el Decreto por el cual se dictó el Régimen de Transición del Poder Público, todas las competencias señaladas pasaron a ser ejercidas de forma exclusiva, para ese momento, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

En el instrumento normativo que regula las funciones del órgano sancionador, se define la integración de la comisión, la organización y funcionamiento de la misma; y en su capítulo IV, se establece el procedimiento disciplinario a seguir para los jueces y demás funcionarios judiciales. Esto último básicamente reproduce el contenido exacto del procedimiento indicado en el Decreto de Transición.

Como punto fundamental, a efectos de la competencia para conocer de las sanciones disciplinarias dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, se dejó claro que el interesado puede ejercer el recurso de reconsideración ante el órgano sancionador dentro de los quince (15) días continuos desde la notificación del acto o el recurso contencioso-administrativo ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los treinta (30) días continuos de su notificación.

Con este último planteamiento, finalmente queda clara no solamente la cuestión de la competencia que, en un principio, fue atribuida a la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, sino que además, se deja a la libertad del funcionario la decisión de agotar la vía administrativa o acudir directamente al órgano contencioso-administrativo. Tal situación, vigente en una disposición de carácter transitorio, se encuentra en perfecta armonía con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Administración Pública, el cual prevé:

Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:

9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.

El 15 de agosto de 2000, mediante publicación efectuada en Gaceta Oficial N° 37.014, entra en vigencia la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 267 de la Constitución de 1999.

A través de este instrumento, se da formal nacimiento a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, pero además, con la finalidad de que ejerza por vía de delegación, las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Asimismo, se crea la Comisión Judicial como órgano perteneciente al Tribunal Supremo de Justicia y se le confiere, también por delegación, el ejercicio de las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, así como otras previstas en el contenido de la Resolución.

Con esta Normativa, básicamente se obtiene la estructuración orgánica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en sus diferentes niveles. Divide así su estructura para el mejor desempeño de sus funciones, en comités internos, unidades asesoras y de apoyo, unidades supervisoras y operativas, y unidades desconcentradas.

En el Capítulo III se confiere carácter de unidades autónomas a la Inspectoría General de Tribunales, al Servicio de la Defensoría Pública y a la Escuela Judicial. Destaca fundamentalmente el hecho de que, a través de esta normativa se le otorga el carácter autónomo a la Inspectoría General de Tribunales, quedando adscrita a la Comisión Judicial. Lo anterior resulta determinante porque permite observar de qué manera el mencionado órgano ha ido logrando posición e independencia con el transcurrir del tiempo.

En un primer momento, bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, publicada el 24 de agosto de 1988, la Inspectoría General de Tribunales formaba parte integral del extinto Consejo de la Judicatura, al punto de que la designación del Inspector General se hacía en sesión plenaria, por los miembros del entonces ente sancionador. En la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, publicada el 08 de septiembre de 1998, y vigente a partir del 23 de enero de 1999, se estableció que el nombramiento y designación del Inspector General de Tribunales se hacía por la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Y en la actualidad, hasta tanto se dicten las normas que regulen de manera definitiva el régimen disciplinario de los jueces, la Inspectoría General de Tribunales, por virtud de la autonomía otorgada a través de la Normativa dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, no se encuentra en relación de subordinación respecto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como podría haber sucedido en algún momento con el suprimido Consejo de la Judicatura. Hoy se ubica en una relación de coordinación respecto del órgano sancionador.

Lo anterior es sostenido, incluso, a través de las distintas sentencias de la Sala Político-Administrativa, por virtud de las cuales se ha reiterado el criterio de que las decisiones de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, son susceptibles de ser recurridas por la Inspectoría General de Tribunales.

En efecto, la Sala afirma la cualidad que le asiste al Inspector General de Tribunales de actuar legítimamente contra los actos emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que considere lesionan los intereses difusos o colectivos.

Para ello argumenta que si bien el artículo 23 del Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, otorga, de manera provisional, la competencia disciplinaria al órgano antes indicado, reforzado además este carácter, en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, de fecha 15 de agosto de 2000, tal circunstancia no es óbice para legitimar al Inspector General de Tribunales, quien como titular del órgano auxiliar del ente decisor, y dada la condición de unidad autónoma del órgano que preside, cuenta no sólo con la facultad sino también con la obligación de defender la transparencia de los procedimientos y decisiones administrativas dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Sin embargo, aun cuando lo anterior reviste importancia desde el punto de vista de la protección del juez y de la colectividad, surge la inquietud sobre el equilibrio que debe existir entre la potestad sancionatoria que ejerce la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial como ente decisor y la facultad que se le confiere a la Inspectoría General de Tribunales para atacar los actos que provengan del primero de los órganos.

En efecto, si éste último órgano se limita a realizar labores de instrucción, así como de sustanciación, y actuación se concreta a formular la acusación de un determinado juez, sin que su decisión tenga carácter vinculante, dado que en definitiva, es la Comisión la que dictamina la sanción o la absolución del caso; cabría preguntarse, entonces, ¿hasta qué punto el Inspector General de Tribunales cuenta con la facultad de recurrir por vía judicial el acto final emanado del ente sancionador?

La Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, estableció entre sus Disposiciones Transitorias y Finales, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, tal como ha sucedido en la práctica, daría inicio a su funcionamiento a partir del 1 de septiembre del año 2000, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 22 y 28 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Asimismo, determinó que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesaría en las funciones que correspondían al extinto Consejo de la Judicatura, en su Sala Plena y Administrativa, dejando a su cargo de forma exclusiva pero temporal, las funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y sean creados los correspondientes tribunales disciplinarios, tal como lo prevé el artículo 267 de la Constitución de 1999.

Nos encontramos en la actualidad a la espera de la aprobación definitiva del proyecto de Código de Ética del Juez, cuyo contenido, orientado a definir los principios éticos que han de regir la función jurisdiccional, así como el régimen disciplinario, pretende dar cumplimiento al mandato constitucional expresado.

Se han presentado proyectos ante la Asamblea Nacional por parte del Tribunal Supremo de Justicia, y también del seno del propio órgano legislativo, dirigidos a normar la conducta de los jueces en el orden disciplinario, sin embargo, para la fecha de realización de este trabajo, ha sido elaborado el informe que contiene la primera discusión de la Asamblea Nacional, sobre el “Proyecto de Código Orgánico de Ética y Disciplina de los Jueces Venezolanos o Juezas Venezolanas”, como ha sido denominado hasta ahora.

Entre otros aspectos, vale la pena seguir muy de cerca el contenido del instrumento jurídico que finalmente sea aprobado por la Asamblea Nacional. Sobre todo, porque a

través de éste se van a sentar las bases definitivas de la actividad jurisdiccional, que hasta la presente y a partir del proceso que ordenó su reestructuración, se ha visto trastocada y confundida en diversos sentidos. No sólo la cantidad de órganos, decretos, reglamentos, resoluciones, y la modificación de las competencias para conocer de las causas disciplinarias de los jueces, han contribuido a enturbiar la importante misión de juzgar, sino además, los innumerables procedimientos disciplinarios que han sido iniciados, muchos concluidos con una sanción o por el contrario, en absolución, en diversas ocasiones sin fundamento alguno, por parte del órgano disciplinario *de turno*.

Sin menoscabo de la importancia que reviste lo anteriormente señalado, nos interesa por saber cuál será la naturaleza de las decisiones emanadas de los órganos que finalmente se constituyan a fin de controlar la actividad jurisdiccional. Un sector de la Doctrina apunta a la idea de una jurisdicción disciplinaria, por la cual se dicten actos de naturaleza judicial, lo cual supone la constitución de verdaderos tribunales encargados de velar por la disciplina de los jueces en el sentido propuesto. Otra parte del campo doctrinario, insiste en la creación de órganos de carácter administrativo, destinados a regular la actividad jurisdiccional, mediante el pronunciamiento de actos administrativos, como ha sucedido hasta ahora en nuestro país.

Estamos, pues, a la espera de la aprobación definitiva del Proyecto presentado ante la Asamblea Nacional, lo cual, sin duda, repercutirá en la claridad de muchos de los aspectos que hasta la presente han sido objeto de discusión.

2. *El Poder Judicial*

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL¹

Diego Valadés

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Nacional Autónoma de México

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La evolución de las demandas de justicia corresponde a los diversos objetivos que en cada etapa se procura alcanzar. En términos generales a partir de la Edad Media se ha querido recuperar la racionalidad jurídica que singularizó al mundo romano. Así, por ejemplo, podemos identificar la exigencia de oportunidad, que obligó a los monarcas medievales a desempeñar una función itinerante para administrar justicia, y más adelante a delegar esa tarea; a su vez las reales audiencias, que tuvieron un especial desarrollo en América² son un buen ejemplo del proceso de descentralización que resultó de la exigencia de justicia oportuna.

Una segunda demanda fue la de objetividad en la impartición de justicia, que permitió superar los llamados juicios de Dios (ordalías, torneos y duelos), para adoptar procedimientos que dieran seguridad por su naturaleza general, pública, estable, predecible y controlable, que caracterizan al Estado de derecho. En seguida se procuró asegurar la imparcialidad en la impartición de justicia, y de ahí resultaron principios medulares para la seguridad jurídica como la no retroactividad de las normas, la prohibición de ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y la presunción de inocencia. Más adelante, y dentro del mismo objetivo de imparcialidad, se planteó la autonomía de los jueces y del ministerio público. De esta manera la universalidad de la norma y la autonomía de los integrantes de los órganos judiciales adquirieron una especial relevancia desde la perspectiva de la imparcialidad para impartir justicia.

Pero si bien con esas medidas se fueron alcanzando, en su larga evolución de siglos, varios de los objetivos colectivos en materia de justicia, hubo otros aspectos que sólo se plantean por primera vez en el curso del siglo XX: la profesionalidad y la responsabilidad de los administradores de justicia. Las tareas de preparación, selección, actualización, control y disciplina del personal judicial corresponden al más reciente estadio del desarrollo en cuanto a la impartición de justicia. Las patologías del poder, exacerbadas como nunca antes, trasladaron a los aparatos judiciales una larga serie de expectativas que los transformó en los nuevos garantes del ejercicio responsable del poder y de las libertades individuales y públicas.

1. Para el ilustre jurista Allan R. BREWER-CARÍAS.

2. Hubo trece: Buenos Aires, Caracas, Charcas, Cuzco, Guadalajara, Guatemala, Lima, México, Panamá, Quito, Santa Fe de Bogotá, Santiago de Chile y Santo Domingo.

En ese escenario aparecieron, en la primera posguerra, los tribunales constitucionales checoslovaco y austríaco, de los que hoy existen más de cien en el mundo³. Por su parte los consejos de la judicatura se convirtieron en una de las instituciones más representativas de la segunda posguerra⁴. En uno y otro casos de lo que se trata es de salvaguardar los valores de la libertad, de la igualdad y de la seguridad jurídica, que resultaron gravemente dañados con motivo de las conflagraciones mundiales. Ambas tuvieron mucho que ver con el ejercicio irracional del poder; esta preocupación llevó a procurar instrumentos que ofrecieran márgenes certidumbre en cuanto al ejercicio racional del poder, y a ese objetivo precisamente se dirigen las decisiones de asegurar la supremacía de la Constitución y la solvencia de los jueces.

La posguerra fría presenta ahora nuevos desafíos para los sistemas constitucionales y para la impartición de justicia. La concentración del poder, del saber y de la riqueza que alcanza cotas excesivas; y el surgimiento de un Estado intangible, sujeto a reglas de mercado y no a disposiciones constitucionales, ajeno por ende al sistema representativo y a los controles políticos, sugieren la conveniencia de extender las facultades del único órgano del poder que no ha sido cuestionado por las fuerzas económicas: el judicial. Más todavía, con relación a ese órgano las fuerzas económicas no sólo no plantean reticencias ni resistencias sino que, al contrario, esperan y promueven su desarrollo.

Los aparatos judiciales, considerados como factores necesarios para dar certidumbre a las relaciones personales y corporativas, son contemplados como indispensables en la etapa actual de desarrollo de las instituciones. Mientras que con relación a los gobiernos prevalece una actitud de rechazo, y con relación a los congresos y a los partidos políticos aumenta la desconfianza, los tribunales ocupan un espacio de respetabilidad que ningún otro órgano del poder comparte. De alguna manera por esa razón también han crecido en número e importancia los organismos de relevancia constitucional, en tanto que representan una forma diferente de ejercer el poder.

En ese contexto, los órganos de impartición de justicia están modelando una nueva forma de cultura institucional⁵, por lo que su presencia en el escenario social y su participación en nuevas y mayores responsabilidades, adquieren una dimensión creciente. Este fenómeno hace recomendable la extensión de facultades de los órganos de la impartición de justicia, para reducir el desequilibrio institucional generado por las presiones corporativas y para contrarrestar los efectos de la corrupción pública.

En este trabajo no se examina el desempeño de los consejos de la judicatura, sino sólo las posibilidades de ampliar los ámbitos de su desempeño a partir de los niveles de eficacia y prestigio que han alcanzado, y en una diversidad de ámbitos que requieren nuevos enfoques y modelos de conducta. La sola renovación en cuanto a la organización y funcionamiento de las instituciones es insuficiente si no va acompañada también de una nueva percepción social de esas instituciones. En este punto y por lo que hace a la justicia, el papel de los consejos de la judicatura puede ser fundamental.

3. HARUTYUNYAN, Gagik, "Fundamental issues of administration of constitutional justice", en GIAPPICHELLI, G., *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'europa centro-orientale*, Giuseppe de Vergotini, ed., Turín 2000, p. 11.

4. Debe considerarse, no obstante, que los antecedentes de la consejos se remontan al siglo XIX, como ha demostrado en un acucioso estudio FIX-ZAMUDIO, H., *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, Consejo de la Judicatura Federal, México 1997, pp. 16 y ss.

5. Téngase en cuenta, en este punto, la tesis de HÄBERLE, P., en el sentido de incluir a la cultura como el cuarto elemento del Estado. *El Estado constitucional*, trad. de FIX-FIERRO, H., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2001, pp. 21 y ss.

II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Con las particularidades que resultan de los diversos enfoques doctrinarios en cuanto al Estado, de manera general se puede decir que sus funciones se agrupan en dos grandes segmentos: seguridad y justicia. Por otra parte los dos ejes que sustentan la concepción contractual de la sociedad consisten en la obligación política, entendida como la libre sujeción a una autoridad legítima, y en la confianza, como factor de cohesión. La conjugación de esos factores resulta esencial para advertir la trascendencia que tiene la impartición de justicia en el Estado constitucional democrático contemporáneo.

Las clasificaciones tradicionales de los sistemas han excluido la función de la justicia. Desde el período clásico (Sócrates, Platón, Aristóteles), y hasta las más recientes caracterizaciones de la democracia (J. Dunn, J. Elster, C. Gould, D. Held, J. Linz, S. Mainwaring, A. Przeworski, G. Sartori, p. e.), han pasado por alto la trascendencia de las funciones judiciales para establecer la naturaleza de un sistema político. Se atribuye relevancia a las relaciones entre los órganos políticos del poder, y entre éstos y los destinatarios del poder; pero no se identifica la importancia de las funciones judiciales. Esto no excluye que en diversas etapas (Aristóteles, Séneca, Tácito, entre los más antiguos) se haya advertido con nitidez la triple función del poder: legislar, juzgar y mandar. Sencillamente ha ocurrido que para la caracterización de los sistemas políticos no se ha considerado relevante la autonomía, diligencia, objetividad, probidad y aptitud de la impartición de justicia.

La omisión es explicable porque los sistemas políticos están concernidos con la regulación racional de los conflictos, en tanto que los sistemas de impartición de justicia atañen a la solución razonable de los conflictos. En el primer caso están involucrados asuntos de poder y en el segundo de convivencia. La seguridad y la obligación política se implican como parte de las luchas por el poder, en el poder, ante el poder y contra el poder, en tanto que la justicia y la confianza son aspectos correlativos de las relaciones sociales horizontales.

La percepción jusnaturalista desde la que contemplaban a la confianza Locke, Hobbes y Rousseau, por ejemplo, marcó una rica etapa del pensamiento político y jurídico; en la actualidad ese delicado e inasible factor de cohesión suele relacionarse más con operaciones de maximización de las expectativas en las relaciones individuales y colectivas. La confianza se asocia con procesos de racionalización de las relaciones, más que con percepciones abstractas y metafísicas. Luhmann⁶, por ejemplo, examina con detenimiento las bases racionales de la confianza y de la desconfianza. La confianza, desde su perspectiva, es un elemento esencial de las formas complejas de relación: “La confianza es racional con respecto a la función de aumentar el potencial de un sistema para la complejidad. Sin la confianza solamente son posibles formas muy simples de cooperación humana”.

Las formas elementales de relación social no permiten desarrollar sistemas elaborados de impartición de justicia; entre unas y otros hay una clara incompatibilidad. La desconfianza resulta un elemento que influye en las tendencias conservadoras de las sociedades. Esa proclividad conservadora a su vez inhibe cambios significativos, orientados al desarrollo y a la consolidación institucionales. La desconfianza detiene los procesos evolutivos hacia formas más complejas de organización y relación, y alienta las respuestas simples, elementales, primarias, ante los grandes problemas de convivencia social.

6. *Confianza*, Anthropos-Universidad Iberoamericana, México 1996, pp. 149 y ss.

En el orden jurídico es necesario considerar la fuerza normativa de la confianza, porque de ella dependen las relaciones contractuales privadas y la cohesión (contrato) social. Dunn⁷ advierte que para identificar sus propios intereses, los individuos y las colectividades tienen que resolver arduos problemas epistémicos, superar los obstáculos que les impiden su consecución y competir con quienes también desean alcanzarlos. Podemos agregar que esos tres factores (conocimiento, esfuerzo y lucha) condicionan la confianza en un espacio y en un tiempo determinados, y que las dificultades epistémicas son tanto mayores cuanto menor sea el nivel cultural de una sociedad, que la magnitud de los obstáculos guarda relación con la actitud (objetividad, claridad, oportunidad, completitud, etc.) del sistema mediático en una sociedad, y que los niveles de competencia pueden inhibir la confianza si no se cuenta con instrumentos que diriman los conflictos de manera oportuna y razonable. Es precisamente en este punto donde se puede observar la fuerza normativa de la confianza, porque su presencia tiene un efecto directo en el tipo de relaciones de intercambio entre los miembros de cada comunidad.

La impartición de justicia juega un papel que ha sido poco valorado en cuanto a inhibir o estimular la confianza⁸. Con independencia de los aspectos sustantivos de la justicia, hay una cuestión que concierne a la estabilidad de los sistemas políticos y que está relacionada con la forma en que la justicia es administrada. La rigidez de los sistemas autoritarios se ve paliada cuando la impartición de justicia, así sea en medio de restricciones, opera con cierta eficacia; en contraposición, las ventajas de los sistemas políticos abiertos se ven lastradas cuando la impartición de justicia presenta deficiencias. En los sistemas autoritarios incluso pequeños resquicios para la impartición de justicia significan un alivio, mientras que en los sistemas plurales cualquier limitación en ese ámbito supone una merma de la confianza en el sistema. Esto es comprensible porque los sistemas autoritarios se apoyan en la fuerza en tanto que los sistemas abiertos se basan en la adhesión a principios y procedimientos. Ante el ejercicio de la fuerza prevalece el temor, y ante los reclamos de adhesión se requiere de la confianza.

En un sistema autoritario los destinatarios del poder no tienen dudas acerca del comportamiento de la autoridad, mientras que en un sistema abierto las expectativas suponen un amplio abanico de posibilidades en cuanto a la actuación de los titulares de los órganos del poder. La certidumbre negativa respecto de un sistema autoritario no se basa en las relaciones fiduciarias, mientras que cumplir con las posibilidades que ofrecen los sistemas abiertos exige que los destinatarios del poder tengan, con relación a sus titulares, un mínimo de confianza acerca de su idoneidad ética y de su capacidad.

La impartición de justicia ocupa un papel medular en la consolidación de todo sistema abierto; papel que debe ser evaluado con rigor en América Latina, donde en términos generales se ha asignado una mayor importancia a los organismos y procesos electorales y de representación política. Ciertamente estos aspectos reclamaban una atención prioritaria, porque sin resolverlos no hubiera sido posible superar la etapa del autoritarismo político; pero si se dejara desatendida la impartición de justicia por considerar que ya alcanzó el nivel adecuado a las necesidades de los sistemas constitucionales, se estaría cometiendo un error crítico. La consolidación de los sistemas constitucionales exige continuas medidas de ajuste, y el área más sensible, aunque paradójicamente la menos atendida, es la de impartición de justicia. De ahí que, al tiempo de repasar los

7. *The history of political theory*, CUP, Cambridge 1996, p. 94.

8. Son escasos los estudios sobre la materia; ver el de POSNER, Richard A., sobre la importancia de la reputación de los jueces, como un factor que sustenta la confianza en el aparato judicial en su conjunto. *Cardozo. A study in reputation*, The University of Chicago Press, Chicago 1990.

importantes avances que en esta materia se han alcanzado, sea también oportuno identificar las nuevas y posibles rutas por emprender.

III. AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA

Aunque ya son varios los estados donde se ha adoptado la autarquía de los órganos jurisdiccionales basada en la suficiencia presupuestal (Bolivia, a. 116, VIII; Costa Rica, a. 177; Ecuador, a. 207; El Salvador, a. 172; Guatemala, aa. 205 y 213; Honduras, a. 306; Nicaragua, a. 159; Panamá, a. 211; Paraguay, a. 249; Venezuela, a. 254), es necesario impulsarla ahí donde todavía no existe. Debe tenerse en cuenta que las adjudicaciones constitucionales de presupuesto, en general, tienen resultados adversos para los sistemas representativos; empero, en el caso de los órganos judiciales también debe aceptarse que la excepción es justificable.

Las diferentes fases del presupuesto (autorización del cobro y del gasto, y control de su ejercicio) tienen una relación directa con el control político ejercido sobre los gobiernos por los congresos y parlamentos. Entre mayor sea el umbral de libertad para que los congresos establezcan el monto de las partidas, mayor será también el espacio para el ejercicio del control político que les corresponde. En tanto que la función central de los congresos en nuestro tiempo es controlar, parecería que, al establecerse cifras o porcentajes para la adjudicación de un rubro del presupuesto, se estaría limitando la capacidad de negociación y control entre el gobierno y el congreso. Empero, tratándose de la judicatura, deben valorarse otros factores.

Cuando el gobierno dispone de mayoría en el congreso, el órgano judicial queda a merced de lo que el ejecutivo le quiera asignar; y cuando el gobierno no cuenta con esa mayoría, las tensiones y negociaciones en el congreso se resuelven sacrificando lo que para cada una de las partes resulta prescindible. En este caso la posición que cada agente del poder asuma con relación al presupuesto de los órganos de impartición de justicia dependerá de la importancia que le asignen a esa actividad, y siempre habrá la posibilidad de que adopten una decisión contraria a los órganos jurisdiccionales, aunque en el orden de las declaraciones manifiesten que fueron los adversarios quienes impidieron fortalecer la impartición de justicia. En estas circunstancias la función judicial queda expuesta a las vicisitudes de la política. El problema se acentúa porque, en la mayoría de los sistemas, bastante más de la mitad del gasto suele estar determinado por disposiciones legales de las que resultan compromisos financieros ineludibles para el Estado, a menos que las normas correspondientes sean modificadas. Paradójicamente los órganos jurisdiccionales son, en buena parte de los estados iberoamericanos, los menos protegidos en materia de presupuesto.

Eso es muy desfavorable para la impartición de justicia. Si el órgano judicial controla la constitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades, pero el gobierno y el congreso controlan el gasto del poder judicial, de alguna manera afectan su autonomía orgánica. Desde luego no se puede decir que la capacidad decisoria de los jueces esté condicionada por factores políticos; la respetabilidad de su criterio depende más de su idoneidad ética y profesional que de factores crematísticos; pero lo que sí se les limita es la posibilidad de ampliar la organización judicial y de contar con los recursos materiales y técnicos necesarios para cumplir satisfactoriamente su labor. Por otra parte, toda vez que la impartición de justicia no es una actividad política, tampoco puede ser utili-

zada por los partidos en su labor proselitista. De ahí que, por lo general, los agentes políticos no la incluyan entre sus proyectos prioritarios.

Esa no es una cuestión menor. Progresivamente van aumentando los casos de gobiernos divididos, en tanto que la mayoría en el congreso y en el gobierno no siempre coinciden. Las tensiones se van resolviendo en los puntos en que se encuentra la línea de menor resistencia dentro de un juego de concesiones recíprocas que permite acomodar las pretensiones de una pluralidad de contendientes. Sería una verdadera contradicción que la posición de la justicia se debilitara en tanto que el pluralismo político avanzara. En esta circunstancia lo más recomendable es que se substraiga a la impartición de la justicia de la negociación política, pues esta negociación tiene más que ver con las políticas públicas que con las políticas de Estado.

En la medida en que la impartición de justicia es ajena a las tensiones políticas, e inclusive sirve para atenuarlas, su fortalecimiento concierne a una política de Estado, que por ende corresponde al interés nacional y no está sujeta a la conveniencia de uno o varios partidos. Las políticas de Estado reflejan los consensos esenciales para que una sociedad funcione y pueda absorber las tensiones que resultan de los aspectos en que cada fuerza política aspira a imponer sus puntos de vista. Una de esas políticas debe consistir en substraer el financiamiento a la impartición de la justicia del regateo presupuestal entre agentes políticos. Es así como se puede asegurar que haya un instrumento de equilibrio, ajeno a las presiones coyunturales.

Los mecanismos susceptibles de ser adoptados en cuanto a las asignaciones presupuestarias para la impartición de justicia son variados. Pueden corresponder a un porcentaje del producto interno o del gasto público, por ejemplo, o quedar vinculadas a las tasas de inflación o de aumento del presupuesto general. En este sentido los efectos de cada uno de los mecanismos financieros pueden resultar más o menos favorables para los órganos de impartición de justicia; pero con todos ellos el principio queda asegurado: la justicia deja de ser un factor de la negociación presupuestal, por lo general el más vulnerable.

La justicia es una función del Estado, no del gobierno ni de los partidos; su autonomía resulta de la relación simétrica que debe existir entre todos los órganos del poder. En ciertas circunstancias del Estado constitucional esa simetría se produce entre el gobierno y el congreso, en tanto que ambos órganos del poder se llegan a equilibrar razonablemente; pero los jueces no disputan el poder con los presidentes ni con los representantes populares; los jueces tampoco encabezan corrientes de opinión ni de preferencia electoral, ni disponen de maquinaria mediática para hacer valer su presencia. La asepsia judicial hace recomendable que se generalicen las previsiones constitucionales mediante las cuales quede garantizada la participación presupuestal que corresponda a los órganos de impartición de justicia.

En este punto existe un amplio territorio en el cual todavía es posible que se extienda la acción de los consejos de la judicatura. En la medida en que les corresponde el gobierno de la magistratura y, en consecuencia, ejercen en ese ámbito funciones administrativas y presupuestarias, es comprensible que también se les asigne la tarea de planificación del desarrollo a largo plazo de la función judicial, que sólo es posible a partir de que se disponga de bases jurídicas que aseguren la gestión autárquica de los tribunales.

IV. MECANISMOS DE EVALUACIÓN

Los consejos de la judicatura tienen a su cargo garantizar la idoneidad de los funcionarios que participan en la impartición de justicia. Esa era la idea dominante cuando los consejos surgieron, en su fase remota en Italia en 1907, y en su expresión contemporánea en Francia en seguida de la segunda posguerra. La presencia de los consejos obedecía a la necesidad de asegurar la independencia de la judicatura. Luego se vio que para consolidar esa autonomía era necesario incorporar otras cuestiones, como las de naturaleza presupuestaria. Hay, sin embargo, otro asunto que todavía no es abordado de manera sistemática: la evaluación de la justicia⁹. Este es tema complejo, pero en algún momento deberá ser considerado como una de las nuevas vertientes de los consejos.

Los avances en la profesionalización de los funcionarios judiciales tienen un efecto social muy favorable¹⁰, pero ahora surgen otros aspectos que también es necesario atender. Por ejemplo, ¿cómo determinar el número ideal de jueces con una anticipación que permita programar los recursos necesarios? ¿Cómo establecer ahora y prever para el futuro los lugares en los que deben funcionar los juzgados? ¿Cómo valorar el impacto económico y cultural de las reformas judiciales? ¿Qué indicadores se pueden adoptar para medir el resultado de las decisiones organizacionales y de las reformas procesales? ¿Cómo determinar la confianza social en las instituciones judiciales? ¿Cuál es la propensión a aceptar o rechazar las resoluciones judiciales?

En algunos países ya se registran adelantos gracias a la adopción de instrumentos de evaluación de los servicios de justicia. Uruguay, por ejemplo, tiene el mayor número de jueces *per cápita* en América, y ocupa el tercer lugar en el mundo; y en Chile se cuenta con una metodología para la distribución territorial de los tribunales. El estudio de Fix-Fierro¹¹ sobre esta materia es especialmente útil, porque contiene un recuento de problemas y una serie de valiosas propuestas originales que abren una nueva vertiente para la investigación académica. Se hace recomendable que los consejos avancen, como han hecho en otras áreas, para integrar sistemas que permitan la evaluación de la función judicial. Esto será tanto más viable en cuanto que sea también el resultado de acciones de cooperación internacional.

La investigación empírica es onerosa, pero el diseño de instrumentos que puedan ser aplicados en diferentes países reduciría los costes y, más todavía, ofrecería la posibili-

9. En este aspecto existen, sin embargo, serias limitaciones que no deben omitirse. HAIDER MALIK, Waleed, ha observado que “medir los resultados del trabajo de los sistemas judiciales no es una ciencia exacta. Normalmente, las medidas de los resultados del trabajo implican identificar unidades de productos y de los insumos relacionados, al propio tiempo que se toman en cuenta los cambios de calidad”. V., “El desarrollo económico y la reforma judicial”, en Soberanes, J.L., Valadés, D., y Concha, H. Eds., *La reforma del Estado. Estudios comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996, p. 543.

10. Aunque en términos generales se aceptan las grandes ventajas de la llamada *profesionalización*, también conviene tener en cuenta la reserva de CALAMANDREI, Piero, cuando señalaba que “La carrera tiene el peligro de transformarse, como sucede para todos los empleados, en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado; gusanillo que llega a convertirse en una obsesión en los períodos críticos de su vida, en los que está próximo a alcanzar la antigüedad necesaria para aspirar al ascenso. Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente, por costumbre burocrática, a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia *carrera*, y puesto que el ascenso a que aspira depende del juicio encomendado a una comisión de magistrados de grado superior llega a preferir las misiones que le darán mayor oportunidad de fabricar títulos idóneos para congraciarse con sus futuros examinadores... porque saben que para los efectos de la promoción son las sentencias doctas y no las justas las que son tomadas en consideración”. Esta es una apreciación dura, acaso hiperbólica, pero que no debe omitirse; después de todo, ningún sistema es perfecto. V., *Proceso y democracia*, trad. de FIX-ZAMUDIO, H., EJE, Buenos Aires 1960, p. 100.

11. FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia*, UNAM, México 1995, p. 59.

dad de contrastar experiencias. Al asumir una función de este género los consejos estarían innovando en cuanto a la magnitud de sus responsabilidades y contribuirían a la consolidación de la independencia de los órganos jurisdiccionales del Estado. En tanto no se adopten medidas de evaluación por parte de esos órganos, se corre el riesgo de que las emprendan los gobiernos, y los resultados son previsibles: los gobiernos comenzarían a señalar las deficiencias en cuanto a la organización y el funcionamiento de los tribunales, y a apuntar sus posibles soluciones. Por esta vía los gobiernos, e incluso los congresos si asumieran esa empresa como parte del trabajo de sus comisiones de investigación y con motivo de sus facultades de asignación presupuestaria, contarían con un mecanismo que reduciría los espacios de independencia de los tribunales.

A pesar de las enormes dificultades que representa y que han sido identificadas desde largo tiempo atrás¹², es necesario que se consideren las ventajas que ofrecen el diseño y la aplicación de instrumentos de evaluación, y las desventajas que entraña su imposición¹³. Los procesos de innovación organizativa y procesal no pueden quedar sujetos indefinidamente a decisiones que carecen de apoyo en la investigación empírica y en la medición, tan certera como sea posible, de los resultados. La obtención de un máximo de beneficios con un mínimo de recursos sólo será posible con el empleo de mecanismos y técnicas que permitan cuantificar la eficiencia de la impartición de justicia. De no procederse así los tribunales quedarán expuestos a incidir en errores de otra manera previsibles y eludibles; prescindirán de la oportunidad de ensayar y corregir con prontitud, dejarán pasar inadvertidos los aciertos o los riesgos potenciales de algunas medidas y alcanzarán sus objetivos con mayor lentitud, esfuerzo y costo. En este punto debe tenerse presente la observación de Héctor Fix-Zamudio¹⁴ en el sentido de que “se advierte la ausencia de estudios sociológicos de carácter empírico para determinar la eficacia de los consejos judiciales latinoamericanos”. En otras palabras, los consejos tienen que estudiarse también a sí mismos.

Los instrumentos de evaluación, por otra parte, deben incluir la gestión de todos los órganos de impartición de justicia, aun de los que actúan fuera del ámbito formal del poder judicial: de los centros de enseñanza jurídica, de las agrupaciones abogadas, de los funcionarios que ejercen actividades registrales y del ministerio público. En general, de las actividades gubernamentales y no gubernamentales que tienen impacto en la calidad de impartición de justicia. Es imprescindible proceder conforme a un enfoque holístico, porque las decisiones fragmentarias generan resultados insuficientes, también parciales. Además, la impartición de justicia es un proceso complejo con relación al cual no habrá resultados satisfactorios hasta en tanto no sea objeto de un abordamiento sistemático, con todos los recursos cognitivos y organizativos de que dispone la sociedad.

12. V., p.e., el análisis hecho en 1993 por CORREA SUTIL, Jorge, *et al.*, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego José Portales, Santiago de Chile 1993, esp. pp. 18 y ss.

13. Hay otro aspecto importante que suele ser preterido: el impacto económico de la falta de evaluación de las actividades relacionadas con la impartición de justicia. V., p.e. PASTOR NIETO, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas, Madrid 1993, pp. 233 y ss.

14. “Órganos de dirección y impartición de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México 1992, p. 71.

V. AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El modelo de desarrollo profesional representado por los consejos de la judicatura, que tienen a su cargo velar por la autonomía de los órganos jurisdiccionales, deberá ser seguido por el ministerio público. En varias constituciones (Argentina, a. 120; Bolivia, a. 124, Brasil, a. 127; Colombia, a. 249; Chile, a. 80 A; Ecuador, a. 217; El Salvador, aa. 191 y ss.; Guatemala, a. 251; Honduras, aa. 228 y ss.; Paraguay, a. 266; Perú, a. 158; Portugal, a. 219, p.e.) se establece la autonomía del ministerio público, fortaleciendo así una tendencia dominante que en algunos otros países se encuentra en estudio, y es de desear que no quede frenado por inercias autoritarias o resistencias al cambio.

El tránsito de los sistemas autoritarios a los democráticos exige que la acción penal no sea, ni se sospeche que pueda llegar a ser, un instrumento de presión susceptible de utilización política en manos del gobierno. Para consolidar la autonomía de los órganos del ministerio público resulta útil la experiencia de los consejos que operan en el ámbito de los órganos jurisdiccionales del Estado. La autonomía del ministerio público exige, como en su momento sucedió con la judicatura, mecanismos rigurosos de selección, capacitación, evaluación, promoción, traslado y control.

La autonomía de los órganos vinculados con la impartición de justicia guarda directa relación con los principios de probidad y profesionalidad, y la experiencia indica que los mejores instrumentos para resguardarlos, en el caso de la judicatura, son los consejos. Conforme a estructuras en gran medida superadas, el control administrativo de los tribunales recayó durante mucho tiempo en instancias centralizadas, como los ministerios de justicia¹⁵. Esta situación ya es un anacronismo del que no subsisten registros significativos en el Estado constitucional. Sin embargo, el ministerio público sigue presentando, en numerosos sistemas, un rezago incompatible con la evolución general de las instituciones democráticas. Los resultados alcanzados por los órganos de gobierno de la judicatura llevan a considerar que, además de su relevancia institucional, tienen una función paradigmática que permite sugerir su extrapolación a otras tareas análogas. En este sentido el proceso de innovación sigue abierto, y el horizonte constructivo de los consejos de la judicatura es de una gran amplitud.

En casi la totalidad de los ministerios públicos, incluso de los dotados de autonomía, prevalece la centralización administrativa. Es un vestigio de la estructura jerárquica tradicional, que resultó de la prolongada integración de ese órgano del poder en el ámbito del gobierno. Desde luego es necesario que se preserve la unidad de acción en el ejercicio de las delicadas facultades que incumben al ministerio público¹⁶. El ministerio público, por definición, es unitario e indivisible, pero esto no debe llevar al extremo de que las funciones técnicas, junto con las administrativas, queden centralizadas por una sola persona. De ahí que el desempeño de los consejos de la judicatura pueda tenerse como un valioso ejemplo para generar un modelo equivalente en el ámbito del ministerio público.

Debe tenerse en cuenta que sin una gestión responsable, profesional y honesta del ministerio público, la acción de los jueces queda expuesta al fracaso. Es por eso que la

15. Cf. FIX-ZAMUDIO, H., y FIX-FIERRO, H., *El Consejo de la Judicatura*, UNAM, México 1996, p. 12.

16. Es oportuno apuntar un vicio lexical que se va extendiendo: confundir a los agentes del ministerio público con la función que realizan. Es frecuente, incluso entre profesionales del derecho, escuchar referencias a "los ministerios públicos", cuando en realidad se alude a los agentes que ejercen esa función. Es tanto como si se considerara que cada diputado es un "congreso", o cada juez un "tribunal".

carrera judicial debe tener su correlato en la carrera ministerial, por lo que habrá que pensar en órganos de gobierno que la administren. La confusión entre jerarquía profesional y subordinación política administrativa hace difícil asegurar la idoneidad de los funcionarios. El servicio civil especializado no soluciona todos los problemas de la función pública, pero asegura una mejor preparación y reduce la corrupción. Héctor Fix-Zamudio ofrece una sólida argumentación a favor de integrar en el ámbito del ministerio público organismos análogos a los consejos de la judicatura¹⁷. Los consejos del ministerio público se deben crear a semejanza de los consejos de la judicatura y pueden luego establecer formas de comunicación y cooperación que permitan intercambiar experiencias y sugerencias para, entrambos, contribuir a la mejor impartición de justicia.

VI. FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.)

En América Latina se presenta un panorama muy variado en cuanto a la conformación orgánica de la función judicial. Ese abanico de opciones va desde la integración de toda la actividad jurisdiccional del Estado en un solo órgano del poder (p. e. Argentina, aa. 108, 116; Bolivia, a. 116; Brasil, a. 92; Costa Rica, aa. 152 y 153; Honduras, a. 303; Nicaragua, a. 159; Panamá, a. 199; Paraguay, a. 247; República Dominicana, a. 63; Venezuela, a. 349), pasando por la concentración dominante en un órgano, pero admitiendo la presencia de otros, sobre todo en materia constitucional (Ecuador, a. 198 *función judicial*, a. 275 constitucional; El Salvador, a. 172 *órgano judicial*, a. 208 electoral; España, a. 159 constitucional; Guatemala, a. 203 *organismo judicial*, a. 268 constitucional; Perú, a. 201 constitucional; Portugal, a. 221 constitucional) hasta la existencia de una multiplicidad de instituciones (concernientes a la justicia administrativa, agraria, constitucional, electoral y laboral, p.e., como en México, aa. 27 XIX agraria, 115 II a administrativa; 116 V y 122 contencioso administrativo; 123 A XX y B XII laboral; Colombia, aa. 228, 236 administrativa, 239 constitucional, 246 indígena; Chile, aa. 81 constitucional, 84 electoral; Uruguay, aa. 307 administrativa, 322 electoral). Desde luego, la justicia militar corresponde a un ámbito diferenciado en todos los sistemas constitucionales¹⁸.

En lo que respecta a la justicia administrativa, el modelo belga, de justicia retenida, ha ido desplazando paulatinamente al modelo francés, de justicia delegada. En tanto que esto ocurre, algunos consejos de la judicatura incluyen, en su competencia, también a los tribunales administrativos. Aunque en casos como el de Colombia (a. 254), el Consejo Superior de la Judicatura es competente para toda la *rama judicial*, el problema de la falta de órganos de gobierno que garanticen la autonomía, profesionalidad y disciplina, subsiste en cuanto a otros sistemas que siguen el modelo francés. Mientras se consolida la tendencia en el sentido de integrar a todos los órganos jurisdiccionales en un solo

17. *Función constitucional del Ministerio Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, pp. 190 y ss.

18. Son excepcionales los casos en los que procede la revisión de las decisiones de los tribunales militares por parte de los tribunales civiles. V., SAGÜES, N. Pedro, "La jurisdicción militar en Argentina", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997, pp. 67 y ss., y, con relación a la unidad jurisdiccional, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La jurisdicción militar en la Constitución española", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997, pp. 145 y ss.

órgano del poder¹⁹, será necesario configurar los instrumentos que permitan desarrollar formas de gobierno judicial donde todavía no existen.

Por otra parte, algunos organismos jurisdiccionales en materia agraria, electoral, indígena o laboral continúan al margen de los consejos de la judicatura, amén de los casos en los que este tipo de estructura de gobierno judicial no se ha establecido aún para la generalidad de los tribunales. Una solución parcial consiste, en algunos lugares, en la adopción de sistemas de servicio civil, que resuelven las cuestiones de selección, promoción, adscripción, capacitación y disciplina.

En materia de preparación y capacitación ya existe un modelo mixto conforme al cual, por la vía de convenios, ha sido posible que diferentes instituciones colaboren con el propósito de formar personal judicial. Son los casos de Costa Rica y de Uruguay²⁰. Paulatinamente se van superando las deficiencias en cuanto a la formación del personal judicial que tan profundamente ha afectado a la función judicial en Iberoamérica²¹. En Uruguay el acuerdo ha sido celebrado entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio de Educación y Cultura y la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y en Costa Rica los acuerdos comprenden sistemas de colaboración de la Escuela Judicial con la policía y los ministerios de Gobernación y Hacienda.

Otro aspecto que por lo general pasa inadvertido es el que corresponde a los órganos municipales que tienen a su cargo la aplicación de sanciones administrativas. Las instancias de justicia municipal son las que tienen una mayor relación con la ciudadanía, y por lo general resultan también las más descuidadas. El intenso contacto de esas áreas con la población no corresponde a la poca atención que por lo general se le presta, y a la pobre preparación de sus integrantes. En este punto debe tenerse presente que la mayor parte de las personas carecen de un adecuado nivel de cultura jurídica, por lo que no suelen distinguir entre las funciones propiamente jurisdiccionales del Estado y las acciones concernientes a las faltas administrativas. En todo caso esa confusión afecta los niveles de confianza en el aparato de justicia, en términos que no han sido medidos pero que, a no dudarlo, deben ser significativos.

Los órganos encargados de la aplicación de sanciones o *penas contravencionales*²² por infracciones a disposiciones reglamentarias²³, incluyen el arresto, la multa y la clausura. Son decisiones de la administración que exigen, con relación a quien las aplica, conocimientos, objetividad y probidad. Se trata de una función de gran importancia no tanto por la magnitud de las sanciones impuestas, cuanto por el número de las personas sancionadas. Para seleccionar, preparar, actualizar y supervisar a quienes ejercen esas funciones convendría tomar el modelo de los consejos de la judicatura²⁴. En este caso el

19. V., GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá 1985, pp. 84 y ss.

20. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Las escuelas judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998, pp. 79, 83; ARGUEDAS SALAZAR, Olmán, "La impartición de justicia en Costa Rica", en OVALLE FAVELA, J., (coordinador), *Impartición de justicia en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993, p. 23.

21. V., el importante análisis de FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974, pp. 38 y ss.

22. Así las llama MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1980, pp. 597 y ss.

23. SAYAGÜÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, s.p.i., t. I, Montevideo 1974, p. 139.

24. En la Ciudad de México la Ley de Justicia Cívica, de junio de 1999, ya establece el Consejo de Justicia Cívica del Distrito Federal que tiene, entre otras facultades, las de decidir el número y la distribución de los juzgados cívicos; establecer los criterios de preparación y selección de jueces y secretarios; proponer el nombramiento, adscripción y remoción del personal; supervisar, controlar y evaluar el desempeño de los juzgados (a. 56).

establecimiento de consejos de la jurisdicción administrativa permitiría evitar actos de arbitrariedad y de corrupción que afectan la percepción social de las tareas jurisdiccionales en su conjunto y que, en algunos casos, se traducen en acciones ante los tribunales. Quienes aplican sanciones como consecuencia de faltas de policía, deben hacerlo conforme a los principios del debido proceso, y respetando en consecuencia los derechos fundamentales²⁵.

La naturaleza de esa función exige un mínimo de preparación y una supervisión adecuada de la conducta de quienes la llevan a cabo. Los principales problemas técnicos en cuanto a contar con órganos competentes para regular su funcionamiento resultan de la naturaleza municipal, estatal o regional e incluso nacional o federal de las disposiciones de policía; pero para este caso pueden preverse instrumentos de cooperación que permitan reducir costes, multiplicar beneficios y homologar procedimientos, en beneficio de los administrados.

La vía de cooperación mediante convenios ofrece posibilidades de enriquecer diversas actividades de naturaleza jurisdiccional realizadas por los gobiernos, en especial las relativas a mecanismos de selección y capacitación del personal. Aun cuando muchos problemas se resolverían con la integración orgánica de los tribunales, algunos podrían irse atendiendo sin esperar a que se tome esa decisión, que supone un cambio mayor en numerosos sistemas judiciales nacionales. Más aun: mediante la adopción de convenios de cooperación entre los organismos existentes, se podrían ir despejando algunas resistencias a reformas de gran calado. Es posible desarrollar procedimientos de colaboración (y en este orden, de integración funcional parcial) conforme a los cuales se reproduzcan, en diferentes ámbitos, las ventajas alcanzadas gracias a la experiencia creciente de los consejos de la judicatura.

VII. LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Uno de los más sensibles problemas a los que tienen que hacer frente los consejos de la judicatura, cuando se trata de seleccionar personal, es el de la baja calidad que, en términos generales, presentan los egresados de las escuelas de derecho. A esto contribuye, en algunos países, la proliferación de centros de enseñanza, más allá de las posibilidades de control académico adecuado.

En la actualidad hay más de mil doscientas escuelas de derecho en América Latina, entre públicas y privadas, lo que representa aproximadamente una media de una escuela por cada cuatrocientos mil habitantes²⁶. Sin embargo, algunos países están por arriba de esa media lo que, independientemente de la relación entre población en edad escolar y acceso a la educación superior, puede significar una mayor posibilidad de control académico, mientras que otros se sitúan por debajo. Entre los primeros están Argentina (36) y Nicaragua (5): con una escuela de derecho por cada millón de habitantes, Honduras (2): una por cada tres millones, y Venezuela (26): una por cada novecientos mil; ligeramente por encima de la media se sitúan Colombia (61): una por cada seiscientos

25. V., FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, INAP-UNAM, México 2002, p. 333.

26. La población del hemisferio, en 2000, ascendía a 480 millones de habitantes. Agradezco la información sobre las escuelas de derecho a los profesores DALLA VÍA, Alberto, (Argentina), DA SILVA, José Afonso, (Brasil), GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, (Centroamérica), OSUNA, Néstor, (Colombia), WITKER, Jorge, (Chile), GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, (Perú) y SORIANO DE GARCÍA PELAYO, Graciela, (Venezuela).

cincuenta mil; El Salvador (10): una por cada seiscientos mil, Guatemala (5): una por cada quinientos cincuenta mil y Perú (45): una por cada quinientos cincuenta mil, mientras que por debajo aparecen Brasil (más de 500): una por cada trescientos treinta mil; Chile (50): una por cada trescientos mil; Costa Rica (58): una por cada doscientos mil, y México (380): una por cada doscientos sesenta mil habitantes.

En el modelo original de los consejos no se tenía en cuenta el problema de la sobrecarga de egresados de las escuelas de derecho y su baja calidad profesional, porque este es un problema que, en términos generales, no afecta de manera sensible la vida jurídica europea. Las escuelas judiciales en América Latina han tenido que contender con ese desafío pero, al margen del nivel de los resultados que hayan obtenido, no ha estado a su alcance influir de manera decisiva en el entorno general de la abogacía. Esto significa que aun cuando todas las escuelas judiciales hubieran alcanzado sus objetivos en cuanto a garantizar la idoneidad de los integrantes de la judicatura, de cualquier forma no habrían resuelto la amenaza para la impartición de justicia que representan los litigantes y los funcionarios administrativos deficientemente preparados.

No hemos medido el impacto de la enseñanza defectuosa en la impartición de justicia, pero los efectos perceptibles indican que es de mucha consideración. Los estragos posibles no se limitan a tener que invertir grandes esfuerzos y recursos en la superación de esas deficiencias; también se proyectan a otras áreas del que hacer jurídico del Estado. Los asistentes legales de los congresos y de la administración incurren en errores importantes al diseñar las normas, igual las leyes que sus reglamentos; los funcionarios que tienen injerencia en decisiones de relevancia jurídica no siempre disponen de la formación y la información adecuadas, y numerosos abogados litigantes carecen de la preparación necesaria para el ejercicio de tan delicado ministerio. Todos esos factores, conjugados en diferentes proporciones en los distintos puntos de nuestro continente, generan una carga que los órganos de impartición de justicia no pueden soportar con sus propios recursos.

Algunas escuelas judiciales, como en Japón y en México, han abierto sus puertas a los abogados en el ejercicio libre de su profesión²⁷. Siendo, como es, un paso positivo, resulta insuficiente ante el tamaño del problema. Para identificar las soluciones e instrumentarlas será indispensable que los consejos y los centros de educación superior formulen conjuntamente programas de trabajo orientados a la elevación de la calidad de la enseñanza del derecho. La asociación de esfuerzos en esa dirección podría generar un cambio profundo en la enseñanza y, por consiguiente, en la práctica del derecho. Mientras sólo se adopten programas, incluso exitosos, de capacitación y actualización para los integrantes de la judicatura, no habrá una relación proporcional entre la magnitud del esfuerzo y el tamaño de los resultados. Lo más que sucederá es que, aun contando con una buena judicatura, la población en general seguirá echando de menos una impartición de justicia satisfactoria, porque habrá normas con problemas técnicos, muchas decisiones administrativas estarán mal fundadas y numerosos abogados pretenderán compensar sus limitaciones con presiones indebidas.

Lo anterior no desconoce, por supuesto, la presencia de muchos notables profesionales del derecho. El desarrollo político e institucional de América Latina se debe, en una gran medida, al trabajo de sus abogados. Desde la independencia hasta los procesos de consolidación de las democracias latinoamericanas, los abogados han jugado una función axial. Pero no por ese extraordinario desempeño histórico, o por el relevante papel

27. SAGÜES, *op. cit.*, p. 79)

de numerosos abogados en la vida cotidiana de nuestros países, puede desconocerse que han surgido muchos problemas como consecuencia de los niveles heterogéneos en materia de educación profesional. En la actualidad coexisten instituciones de alto nivel de rendimiento al lado de escuelas que sólo cumplen en lo formal con los requerimientos de la enseñanza superior.

Es claro que al trazar un panorama general se incurre en inexactitudes; en varios países del hemisferio se han mantenido estándares de exigencia que garantizan una satisfactoria preparación para los profesionales del derecho; pero la tendencia prevaleciente es en el sentido inverso.

La actividad de los abogados en ejercicio se lleva a cabo, fundamentalmente, en despachos individuales, en firmas legales y en departamentos jurídicos de entidades públicas y de organizaciones privadas. Las necesidades sociales, públicas y corporativas de servicios jurídicos son crecientes, por lo que la demanda de abogados ha generado una gran oferta educativa que resulta académicamente insatisfactoria. Por otra parte cuando los abogados faltan a su compromiso ético o cuando carecen de la preparación requerida para cumplir con su función, ocasionan daños considerables. La excesiva demora de los juicios no siempre es el resultado de un aparato normativo deficiente o de un funcionamiento judicial insatisfactorio; muchas veces se debe a las acciones deliberadamente dilatorias de los patrocinadores de los juicios; en unas ocasiones para afectar a la parte contraria, y en otras para conservar al cliente. En otras ocasiones son los abogados quienes deforman la verdad ante sus clientes, haciéndoles creer en vicios de corrupción inexistentes, sea para obtener beneficios laterales en perjuicio de sus representados, sea para justificar descalabros procesales debidos a la impericia.

Por eso, íntimamente vinculada con la cuestión de la enseñanza del derecho, está la regulación de su ejercicio. La solución dominante ha consistido en la colegiación obligatoria de los abogados. Esta es una tendencia a la que todavía no se incorporan algunos países, entre ellos México. Los resultados de la colegiación han sido positivos pero, incluso donde ya se practica, es deseable una relación más estrecha con los consejos de la judicatura. En el caso de Colombia, por ejemplo, es facultad constitucional del Consejo (a. 256 - 3) examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión. Cuando existen las garantías para la defensa eficaz de los derechos fundamentales, esta facultad del Consejo no resulta lesiva de los derechos de los abogados ni de sus clientes.

El elevado número de estudiantes de derecho también puede reflejar la debilidad del sistema educativo, del mercado de trabajo y de la inversión en investigación y desarrollo. La concentración de la matrícula universitaria en la carrera de derecho suele indicar que falta o ha faltado abrir otras áreas de estudio y trabajo más vinculadas con la ciencia y la tecnología. Por el contrario, una baja relación entre los estudios universitarios y la demanda de la carrera de derecho puede denotar una gran concentración profesional que dificulta y encarece el acceso a la justicia. El término medio debe ser el resultado de una armonización de los diferentes factores que influyen en la vida laboral y, en el caso que nos ocupa, de una razonable preparación que haga de los abogados agentes de la justicia.

VIII. LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las tendencias adversas al Estado han propiciado una serie de planteamientos que pueden tener consecuencias perjudiciales para la impartición de justicia. En el caso de la creciente adopción de los llamados mecanismos alternos para la solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje), sorprende que el argumento más utilizado a favor de esas modalidades de acceso a la justicia consista en poner en el banquillo a la justicia. Al aducirse que es necesario diseñar formas de composición de los conflictos ajenas a las estatales, porque los tribunales son lentos y corruptos, se acentúan las notas negativas a tal punto que acaba por desprestigiarse de manera global a los órganos de justicia. No comparto esos argumentos porque, como toda afirmación generalizada, es excesiva. Su efecto, no obstante, ha resultado contagioso; y tanto que ya lo asumen incluso numerosos juzgadores. El discurso contrario al Estado no exige grandes esfuerzos para ser aceptado.

Adoptar los medios complementarios pretextando deficiencias institucionales puede producir un efecto más nocivo que los males cuyo remedio se procura. Por un lado se arroja una fuerte carga de desprestigio sobre los aparatos institucionales de justicia, mientras que por otro los mecanismos alternos sólo resultan aplicables en materia civil y mercantil (Argentina, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, Venezuela) y en algunos casos de orden penal (p.e. en aquellos que admiten el perdón, como sucede en Colombia, Ecuador, Perú, España). Esto implica que a pesar de que se les reprueba profesional y éticamente, se reserva a los tribunales la decisión en los casos más delicados e incluso la homologación o la posible revisión (Colombia, Costa Rica, España) de las decisiones adoptadas por los órganos alternos.

Por otra parte, los procedimientos informales para resolver conflictos sólo pueden funcionar en tanto que la validez de su actuación sea reconocida por los propios órganos jurisdiccionales. En algunos sistemas, como el ecuatoriano, la Constitución (aa. 191 y 206) establece que esos mecanismos forman parte de la función judicial, y el Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano de gobierno de esa función.

En tanto que se mantenga la tesis de que los mecanismos informales son una respuesta frente al anquilosamiento y las desviaciones de los aparatos de justicia, será difícil superar algunas explicables actitudes de resistencia para su más acelerada adopción. Es verdad que numerosos sistemas legislativos contienen ya previsiones en esta materia y en varios casos, como el colombiano, el éxito es evidente; pero conviene darle un nuevo impulso a esos instrumentos, que tan promisorios resultados ofrecen. En cuanto a México, además de algunos satisfactorios ejemplos locales, como los de Nuevo León, Oaxaca y Quintana Roo, la ley de concursos mercantiles establece que el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, a semejanza de lo que ocurre en Argentina, donde el Consejo de la Magistratura tiene también a su cargo el registro de mediadores²⁸.

La adopción de mecanismos no jurisdiccionales para solucionar conflictos entre particulares debe corresponder al propósito de desarrollar la cultura jurídica en cada sociedad. No se debe contemplar desde una perspectiva negativa, que traduzca la incapacidad de contar con órganos jurisdiccionales adecuados, sino de contribuir a un proceso

28. V., OROZCO, W.L., y ROLDÁN XOPA, J., "Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal", en *Este País*, México, sept. 2002.

en el que la sociedad misma, de una manera responsable, asuma algunas actividades que impriman a la vida jurídica un papel más relevante. Entre más informada y consciente de sus derechos y deberes esté una sociedad, mejores serán también los sistemas de impartición de justicia. La calidad de los ciudadanos determina la calidad de sus instituciones.

El papel de los consejos de la judicatura puede ser central en ese proceso. Las escuelas también deben jugar una tarea importante. Todo cambio social, para ser razonable, duradero y profundo, implica a la enseñanza. La justicia es un valor individual y colectivo que corresponde a procesos de naturaleza cultural; por eso las modificaciones normativas que no se traducen en nuevas convicciones y conductas, sólo ofrecen resultados modestos. De nada servirá crear una nueva esperanza, si a ella sólo le seguirá una nueva frustración. Los medios complementarios suponen altos niveles de información, de interés y de involucramiento para resolver conflictos conforme a derecho. La informalidad de los procedimientos adoptados no los despoja de su naturaleza jurídica. La solución de un conflicto sólo se consigue por vías de hecho o de derecho, y en este caso lo que se plantea es conducir a las instancias jurídicas de solución tantos conflictos como resulte posible. Aunque es viable implantar estos mecanismos con relativa facilidad y rapidez, y muchos de sus efectos suelen producirse también con cierta celeridad, llegarán tanto más hondo cuanto más se les vincule con procesos educativos desde el periodo de enseñanza elemental. En América Latina el déficit en cuanto al acceso y a la impartición de justicia depende tanto de problemas organizativos, cuanto de carencias culturales que es menester subsanar. En este punto, los consejos pueden cooperar con las instituciones educativas. Para que las nuevas instituciones tengan éxito, hay que calar hasta lo más íntimo de la sociedad, y ahí está la escuela.

El otro aspecto que resulta relevante es que la operación de los mecanismos informales alcance los resultados ofrecidos y esperados, y que no genere nuevas formas de concentración o desviación del poder por parte de personas o de grupos. Si bien esos mecanismos exigen agilidad, no por ello deben quedar al margen de la responsabilidad del Estado. Los proyectos de descentralización, así sean muy acentuados, no equivalen a procesos de entropía. Se trata de acciones que involucran a numerosos miembros de la sociedad y que se caracterizan por la informalidad, pero siempre ejecutadas de manera ordenada. De no ser así, la solución de conflictos individuales generaría, a la postre, fuertes tensiones sociales; la contradicción entre los objetivos y los resultados resultaría más onerosa que los problemas originales. La conducta integradora a que aludía Karl Mannheim “tiene que apoyarse de modo fundamental en la cooperación de la juventud”²⁹ y depende “de las posibilidades individuales de participar en situaciones de complejidad creciente”³⁰. La cooperación social en el ejercicio de determinadas actividades de interés público no debe leerse como una abdicación del Estado, sino como una forma diferente de ejercer las funciones estatales. De ahí que convenga que los consejos de la magistratura se reserven las facultades adecuadas de supervisión que ofrezcan garantías en cuanto a la idoneidad de quienes intervengan en tareas de mediadoras.

La denominación de *alternativo* atribuida a los procedimientos como la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje puede llegar a desconcertar. Para evitar la confusión habría que procurar otras formas de identificación, como *procedimientos informales* o *complementarios*, porque en rigor no hay alternancia, en tanto que no se

29. *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México 1944, p. 51.

30. REMMLING, Gunter W., *La sociología de Karl Mannheim*, Fondo de Cultura Económica, México 1982, p. 225.

oponen a las instancias formales ni se suceden una a otra. El equívoco puede propiciar que se llegue a considerar, contra lo que realmente ocurre donde ya funcionan, que se trata de opciones incompatibles y excluyentes. Una solución terminológica adecuada es la que ofrece la Constitución de Portugal (a. 202.4) al aludir a los *instrumentos y formas no jurisdiccionales de solución de conflictos*, y Shapiro prefiere hablar de formas *subjudiciales*³¹.

IX. ACCESO A LA JUSTICIA

El problema social del acceso a la justicia acompañó una parte de la vida del Estado de bienestar. Durante la década de 1970 los sistemas de auxilio legal, considerados esenciales para ampliar el acceso a la justicia, alcanzaron su mayor desarrollo. En el curso de ese decenio la ayuda legal fue encomendada a poderosas instituciones públicas en Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos (donde se integró la *Office of Economic Opportunity*), Francia, Gran Bretaña, Italia y Suecia, por ejemplo³². El *Legal Assistance and Advice Act* británico ofrecía un apoyo de veinticinco libras anuales a los ciudadanos, para el pago de estipendios a los abogados que desearan consultar. En Italia se reformó la reglamentación de la norma constitucional (a. 24) que, desde 1947 establece que “se garantiza a los económicamente desfavorecidos, mediante instituciones adecuadas, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción”. En diversos países latinoamericanos también florecieron las instituciones de ayuda legal, algunas con raíces en los programas de auxilio a los pobres que procedían del siglo XIX. Fueron los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela³³.

A partir de los años ochenta, cuando sobrevino en casi todo el orbe el desmantelamiento del Estado de bienestar, los sistemas de ayuda legal han venido decayendo e incluso desapareciendo. Fue una paradoja que las libertades ganadas en una parte del planeta después de 1989, en seguida de la caída del muro de Berlín y del sistema soviético, tuvieran como correlato la disminución de derechos sociales para quienes habitaban el área denominada *mundo libre*. Una vez que desapareció la amenazadora presencia de estados, como el soviético, que propiciaban expresiones de inconformidad social en diferentes lugares del mundo, las políticas de gasto cambiaron y las obligaciones prestacionales del Estado han venido siendo ajustadas a la baja, en algunos casos con notable intensidad.

Eso no obstante, todavía subsisten algunas instituciones de ayuda legal. La Constitución de Brasil (a. 5, LXXIV), establece que “el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a quienes comprueben insuficiencia de recursos”. Este tipo de disposiciones suele ser confundido con las que garantizan el acceso de las personas a los tribunales (*p.e.* Ecuador, a. 24, *fr.* 17; Guatemala, a. 29; México, a. 17), o con las que ofrecen apoyo legal para la defensa de los procesados o sentenciados; pero se trata de cues-

31. SHAPIRO, Martín, “Acces to the legal system and the modern welfare State: American continuities”, en CAPPELLETTI, M., *Access to justice and the welfare State*, ed. Le Monier, Florencia 1981, p. 283.

32. V., CAPPELLETTI, Mauro, “The emergence of a modern theme”, en *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, Giuffrè, Milán 1975, pp. 33 y ss.

33. Cf., ZEMANS, Frederick H., *Perspectives on legal aid. A comparative survey*, Frances Pinter Ltd., Londres 1979.

tiones distintas. La ayuda legal consiste en una prestación, a cargo del Estado, conforme a la cual las personas que requieren de servicios jurídicos profesionales, pueden recibirlos sin costo. Esos servicios pueden referirse a una materia determinada (familiar, laboral, agraria, p.e.), o a cualquier tipo de asistencia relacionada con una consulta o una acción, y de manera general están destinados a quienes, por su condición económica, cultural o social, carecen de recursos para obtenerlos directamente.

La política de restricción de esos servicios ha sido acompañada por un sensible descuido en cuanto a su idoneidad. Si bien existen excepciones, la tendencia dominante indica que la atención es deficiente en un doble sentido: disminución del volumen de casos y baja calidad profesional de los encargados de prestar el servicio. Independientemente de que ese servicio resulte insatisfactorio, en perjuicio de las personas aquejadas por la pobreza, cuyo número en Iberoamérica va en aumento, ese descuido tiene un impacto negativo en la impartición de justicia en su conjunto. Los escasos servicios de ayuda legal que subsisten no resuelven problemas reales a los usuarios, y sí afectan el funcionamiento de la impartición de justicia; el desprestigio por los precarios resultados recae, fundamentalmente, en los tribunales.

Los consejos de la judicatura podrían extender su acción a los órganos encargados de proveer asistencia legal. Una vez más la vía de los convenios podría resultar adecuada para la capacitación del personal. Pero también es conveniente que en la administración pública se adopten mecanismos análogos a los consejos de la judicatura, que tengan a su cargo la selección, promoción, asignación, vigilancia y control de los servidores públicos encargados de prestar servicios de asistencia jurídica, y la selección, vigilancia y control de los profesionales que colaboren con las instituciones oficiales en esa misma tarea. Las acciones convergentes en esa dirección contribuirían a mejorar la calidad de los servicios actuales, a reserva de que en algún momento sean modificadas las políticas públicas restrictivas.

X. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Hay una clara tendencia en el sentido de que aumente la actividad jurisdiccional internacional. En el origen de esa orientación estuvo la búsqueda de instrumentos para la solución de diferencias, que aseguraran la paz en el mundo³⁴. Luego, el motor más importante ha sido la defensa de los derechos fundamentales³⁵. El instrumento más reciente en materia de jurisdicción internacional es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998. El artículo 36-6^a dispone que la elección de los magistrados será mediante votación secreta de la asamblea de los estados parte, el 40 garantiza la independencia de los magistrados y el 43-4 los faculta para designar al secretario del tribu-

34. Tales fueron los casos de la Corte Permanente de Arbitraje, creada en 1899 por la Convención de La Haya para el arreglo pacífico de las disputas internacionales, y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en 1921. Desde entonces, y más tarde mediante las revisiones de 1929, se adoptó un mecanismo de designación de los jueces que les protegiera al máximo posible de la influencia política de los estados. Cf., BRIERLY, J. L., *The Law of the Nations*, Oxford University Press, Oxford 1942, p. 213. También debe registrarse el interesante antecedente latinoamericano representado por la Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención de Washington de 1907; Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, pp. 273-4.

35. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid 1982, p. 31.

nal quien, a su vez (a. 44) designa a los demás funcionarios. Finalmente el artículo 46 señala que un magistrado puede ser separado del cargo cuando incurra “en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el presente Estatuto”, para lo cual se requiere que dos tercios de los demás magistrados recomienden la remoción ante la asamblea de los estados parte, y que ésta tome su decisión también por las dos terceras partes de sus miembros. Si la falta es de menor gravedad, al magistrado le podrán ser impuestas otras medidas disciplinarias (a. 47). En todos los casos la asamblea (a. 112-2 a) supervisa a la presidencia, a la fiscalía y a la secretaria del Tribunal “en las cuestiones relativas a la administración de la Corte”.

En cuanto al personal de apoyo, queda sujeto al reglamento que aprueben, por mayoría simple, los magistrados. En virtud de la trascendencia de las facultades que corresponden a este Tribunal, la discrecionalidad por cuanto hace a la selección, adscripción, desempeño y disciplina del personal técnico, es un tema que debe ser examinado con detenimiento, entre otras razones porque el tratado de Roma, que ya ha sido ratificado por Argentina, Costa Rica, Ecuador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela, admite la posibilidad (a. 20) de juzgar a una persona que hubiera sido absuelta previamente por un tribunal nacional. El principio de seguridad jurídica que resulta de la cosa juzgada entraña problemas de gran calado, por lo que se hace indispensable que la configuración del personal técnico que tendrá a su cargo la instrumentación de estas disposiciones sea seleccionado con el mayor cuidado y supervisado con la mayor atención.

Ante la tendencia a la ampliación de los órganos jurisdiccionales en el ámbito internacional, y para superar el riesgo de una creciente politización en cuanto a su integración, valdrá la pena considerar las experiencias nacionales que han permitido avanzar en la estructura de un servicio civil competente e imparcial. La integración de los organismos jurisdiccionales internacionales está sujeta a intensas negociaciones y a un sistema de cuotas (habitualmente por región o por bloques de países, pero se han introducido otros criterios, entre ellos el de género) que introduce algunas dudas en cuanto a su imparcialidad. En el caso de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, numerosos estados se apresuraron a ratificar el tratado constitutivo precisamente para estar en aptitud de anticiparse en la designación de los magistrados con relación a los que entrarán más tardíamente.

Los organismos políticos y técnicos internacionales han construido un sistema de servicio civil administrativo que todavía no encuentra su correlato en los organismos jurisdiccionales. En este contexto parecería razonable identificar instrumentos que permitan contar con órganos profesionales para seleccionar al personal de apoyo técnico, observar el comportamiento de los funcionarios, proponer soluciones, elaborar la estadística, organizar actividades académicas y propiciar foros de comunicación entre las instancias jurisdiccionales internacionales y nacionales.

El Estatuto de Roma prevé (a. 112-4) la posibilidad de establecer *órganos subsidiarios* que incluyan “un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía”. Como se puede apreciar, por primera vez un organismo jurisdiccional internacional admite la posibilidad de contar con un instrumento de control análogo a los consejos de la magistratura. La experiencia interna representada por esos consejos podría servir de base para diseñar un nuevo tipo de organismo internacional consultivo, que anticipe soluciones para los problemas que en un futuro cercano podrán comenzar a aflorar. Pese a las proclamas *globalizadoras* y a las grandes expectativas que trajo consigo el nuevo siglo, las disparidades que se advierten en el mundo en cuanto a garanti-

zar los derechos fundamentales se ponen de manifiesto al constatar que de los 186 miembros de la Organización de las Naciones Unidas, 42 no han se han adherido a los tratados que proscriben el genocidio, 29 no han ratificado los instrumentos para erradicar la esclavitud y 19 los que prohíben la discriminación. En el caso de la Organización de Estados Americanos, sólo 13 de sus 35 integrantes han ratificado la Convención para Prevenir y Castigar la Tortura.

Aunque hay avances importantes, como es el caso de Argentina (a. 75-22), Brasil (a. 5º, par. 2) y Venezuela (a. 23), por ejemplo, en cuanto a la recepción constitucional de los tratados en materia de derechos fundamentales, o el de México en lo que respecta a la jerarquía de los tratados internacionales, y a pesar de que el sistema internacional para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales registra cambios alentadores en los últimos decenios, es necesario ponderar la conveniencia de que los órganos jurisdiccionales nacionales generen sus propias iniciativas para consolidar la autonomía de la impartición de justicia también en el espacio supranacional. De no hacerlo, la independencia de la actividad jurisdiccional en el interior de los estados se verá contrastada por la politización de la justicia en el ámbito internacional, donde la determinación de las formas de impartición de justicia depende de los aparatos de gobierno. En tanto que muchas de las decisiones jurisdiccionales internacionales tienen una proyección creciente en el espacio interno, puede llegarse a producir una tensión innecesaria entre los tribunales nacionales e internacionales, que bien podría eludirse si, a tiempo, se diseñan los instrumentos para que, en todos los niveles, queden salvaguardados los principios de objetividad, imparcialidad profesionalidad y responsabilidad de los juzgadores. Una vez más, la extensión de algunos aspectos de la experiencia adquirida por los consejos de la judicatura puede resultar muy fecunda también en el ámbito internacional.

XI. DEMOCRACIA Y JUSTICIA

La función política de los órganos encargados de la impartición de justicia consiste en no hacer política. Entre mayor sea la distancia que guarden los órganos políticos (gobierno y congreso) y los judiciales, mayores también serán los efectos sobre la salud política del Estado. Por su naturaleza, la contención política genera fricciones, tensiones, incluso enfrentamientos y crispación anímica colectiva. En un panorama de incertidumbre causado por la polarización de las fuerzas políticas, lo mismo que en un ambiente de relaciones políticas en equilibrio, los órganos de impartición de justicia juegan un papel medular: se mantienen como un referente que ofrece una garantía de imparcialidad a los agentes políticos y a la sociedad. Por eso en los procesos de transición democrática³⁶ es prioritario fortalecer la judicatura en todos sentidos: profesional, técnico y autárquico.

Por otra parte, una vez que el equilibrio democrático se ha alcanzado y genera un nuevo tipo de relaciones sociales y políticas, la judicatura adquiere la función de preservar lo alcanzado. Los sistemas democráticos suelen ser efímeros cuando carecen de un soporte constitucional bien construido. El orden constitucional contiene los derechos

36. V., STOTZKY, Irwin P., ed., *Transition to democracy in Latin America. The role of the judiciary*, Westview Press, Oxford 1993.

fundamentales y sus garantías, pero a su vez requiere de garantías para sí mismo. Esto sólo se consigue con una judicatura seria, sobria, responsable y eficaz.

Es por eso que tanto en el tránsito hacia la consolidación democrática, cuanto en la plenitud democrática, la judicatura es la institución axial. No existe una sola democracia constitucional en la que falte una judicatura que establezca las relaciones sociales y de poder, que permita procesar las tensiones y absorber los conflictos normales en toda sociedad política. Las sospechas de parcialidad, sometimiento o conductas equívocas de la judicatura, afectan la vida institucional en su conjunto, mientras que aun en condiciones políticas o económicas adversas, la presencia de una judicatura respetable representa un factor de confianza.

En ese contexto puede decirse que una de las mayores contribuciones que se han hecho en nuestro tiempo al desarrollo de la justicia, consiste en la adopción de los consejos de la judicatura. Su presencia permite que la impartición de justicia reproduzca, en su ámbito interior, el saludable principio de la división del trabajo al que, con relación a diferentes aspectos, aludieron en su momento Montesquieu y Adam Smith³⁷. La división del trabajo adoptada a partir de los consejos de la judicatura traslada a los órganos de justicia las bases del equilibrio, de la responsabilidad especializada y del control interno que habían sido concebidos como clave para la racionalización del ejercicio del poder político. En este sentido debe tenerse presente que la eficacia de los órganos del poder tiene una relación directa con el ejercicio responsable, controlable, evaluable y predecible de sus funciones, y que, a su vez, entre más eficaz es un órgano del Estado, mayor importancia cobra en el espectro del poder.

En las instituciones que tienen asignada la tarea de impartir justicia se advierte una creciente acción e influencia legiferante, al tiempo que una intensa actividad de gobierno, que se traduce en medidas de naturaleza ejecutiva: enseñanza, servicio civil, planeación financiera, rigor administrativo, y supervisión y control de los funcionarios. Es particularmente llamativo que los tribunales constitucionales y los consejos de la judicatura estén generando una sinergia que, en sus inicios, pasó inadvertida, pero que ha venido haciéndose ostensible con el paso del tiempo. Y, en realidad, no es mucho el tiempo que ha transcurrido desde que ese fenómeno comenzó a producirse. Sus resultados son promisorios.

La judicatura se ha convertido en un sistema complejo que está llenando un nuevo espacio en el Estado contemporáneo. En especial, su función resulta capital para la preservación del Estado constitucional. Mientras que los otros órganos del poder, enzarzados en procesos agonales, producen ondas de tensión que presionan la estructura constitucional del Estado, la judicatura actúa para preservar la naturaleza normativa de la Constitución. Así, funge como una magna instancia arbitral y garantiza la vigencia de la regla suprema que organiza y distribuye el ejercicio del poder: la Constitución. Para que el estatuto jurídico del poder alcance la plenitud de sus efectos, es indispensable que la judicatura actúe con tanta energía cuanto prudencia.

Por otra parte, el acentuado matiz político de las asambleas, debido a la acción de los partidos, ha impreso una nueva dimensión a los congresos. La función nominalmente legislativa, al igual que la función nominalmente ejecutiva, son en la realidad actual dos

37. Sus obras capitales, publicadas con una diferencia de poco más de veinte años (el *Espíritu de las leyes* en 1748 y *La riqueza de las naciones* en 1776), estuvieron a su vez claramente inspiradas por la revolución científica representada por las aportaciones de Newton, en especial por sus hallazgos en materia de equilibrio gravitatorio (*Principia Mathematica* fue publicada en 1687).

expresiones, en ocasiones contrapuestas, de una intensa contención política en la que se dirimen estilos y programas de gobierno. El comportamiento de los agentes políticos tiende a reflejarse en formas grandilocuentes de proyección personal, fuertemente identificadas con acciones mediáticas. A la vera de ese proceso se desarrolla otro, que concierne a la sobriedad secular del ejercicio del poder. La judicatura es la única instancia del poder que continua en expansión y que sin embargo se desarrolla al margen de los imperativos mediáticos y se rige por patrones de exigencia profesional cada vez más elevados.

Lejos de verse afectada por las vicisitudes del poder político, la judicatura ha tomado un rumbo más creativo que las otras áreas del Estado. El registro de los cambios operados en este departamento durante las últimas décadas, y las oportunidades de innovación que se abren a partir de las metas ya alcanzadas, denotan que la judicatura es la verdadera reserva que nutre las expectativas del Estado constitucional del futuro.

XII. CONSIDERACIONES FINALES

Más de la mitad de los sistemas judiciales de América Latina han incorporado los consejos de la judicatura. La tendencia es muy clara si se tiene en cuenta la mayor parte de las nuevas constituciones del hemisferio han incluido los consejos: Colombia (1991), Paraguay (1992) y Perú (1993). En el caso de Venezuela (1999) funciona una Dirección Ejecutiva de la Magistratura designada por el Tribunal Supremo, y en el de la República Dominicana (1994) el Consejo Nacional de la Magistratura sólo designa a los magistrados de la Suprema Corte, quienes a su vez ejercen el gobierno de ese órgano del poder. En cuanto a las constituciones que experimentaron reformas profundas en el curso de la década anterior, con excepción de Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, las demás también incluyeron esos consejos: Argentina (reformada en 1994), Bolivia (reformada en 1994), Ecuador (reformada en 1997) y El Salvador (reformada en 1996). Hay un proceso claramente perceptible, que corresponde a la consolidación de los consejos de la judicatura. Sus resultados positivos, ahí donde van siendo implantados, genera un nuevo impulso que se transmite a los sistemas que todavía no cuentan con esos consejos.

Por lo demás, en cada sistema se le han ido incorporando diferentes modalidades en cuanto a su integración y a sus facultades. Se registran tres denominaciones diferentes: magistratura (Argentina, Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana); judicatura (Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador y México), y consejo general del poder judicial (España). En cuanto a su integración sólo en Ecuador y El Salvador queda sujeta a lo que disponga la ley; en Argentina, Bolivia, Colombia, España, México, Paraguay, Portugal y la República Dominicana se prevé constitucionalmente la participación de algunos miembros designados por el gobierno o el Congreso; en Argentina, Paraguay y Perú está prevista la participación del foro, y en Paraguay y Perú también se incluye a académicos. En Perú, adicionalmente, se ofrece la oportunidad de que integren el Consejo dos miembros propuestos por listas de los sectores laboral y empresarial.

En el orden de las funciones todos los consejos incluyen las de naturaleza técnico administrativa relacionadas con la selección, adscripción, promoción y supervisión del personal judicial; en la República Dominicana esa facultad se constriñe a la designación de los jueces de Suprema Corte. En algunos casos se comprende, asimismo, la facultad de administrar el presupuesto de todo el órgano judicial (Argentina, Bolivia, Colom-

bia)³⁸. La ampliación de facultades se registra en Bolivia (proponer la designación de notarios y registradores públicos); Colombia (supervisar a los abogados en el ejercicio de su profesión y proponer proyectos legislativos); México (formación de personal judicial) y Perú (Academia de la Magistratura y designación de fiscales).

Como se puede apreciar, por su integración y funciones los consejos iberoamericanos presentan un aspecto heterogéneo, si bien el común denominador es que actúen como órganos de gobierno de la rama judicial. Los casos de Bolivia y Colombia deben ser examinados con detenimiento, porque denotan que los consejos pueden convertirse en instancias adecuadas para supervisar las labores profesionales relacionadas con la impartición de justicia. Es conforme a esta consideración que se han planteado en este estudio algunas nuevas opciones para los consejos de la judicatura, a partir de la experiencia adquirida y de la importante participación que muchos de esos cuerpos colegiados van teniendo en la conformación de una nueva cultura jurídica en sus respectivos países. Además de las actividades de difusión de los consejos de la magistratura, gracias a su labor se está elevando el nivel profesional de los integrantes de la judicatura. También ofrece a la sociedad una nueva garantía en cuanto a la probidad del personal judicial.

Cambiar los patrones de conducta de una colectividad requiere de un gran esfuerzo, pero de una no menor imaginación y, sobre todo, de constancia. En este sentido, nada mejor que esperar que la adopción de los consejos siga proliferando, y que sus facultades se sigan extendiendo. Los posibles efectos de irradiación del trabajo institucional de los consejos hacia otras áreas de la impartición de la justicia o que guardan relación con ella, a los que se ha hecho referencia en este trabajo, constituyen una perspectiva promisoriosa para la impartición de justicia en Iberoamérica. Los sistemas democráticos, progresivamente más abiertos en cuanto a sus intérpretes, como sostiene Häberle, también tienden a ser más plurales en cuanto a los agentes que contribuyen a establecer la política del derecho. Es aquí donde seguramente se dejará sentir la presencia de una nueva institución como los consejos de la judicatura, cuya vida constitucional apenas se inicia. No es esta una *predicción* metafórica; es simplemente una previsión a la luz del comportamiento de los consejos, de los efectos que su actividad va produciendo en la conducta de los agentes de la justicia, y de la manera en que se han encauzado las expectativas sociales para mejorar las formas de impartición de justicia.

En los estados constitucionales la política del derecho tiende a ser definida menos por un núcleo de poder y más por los distintos agentes que contribuyen a identificar los problemas, a seleccionar las opciones y a convenir las decisiones. En tanto que la doctrina admite ampliamente que las decisiones legislativas y el desarrollo social están co-determinados³⁹, es comprensible que una sociedad abierta se atribuya una influencia creciente a la participación de los agentes cuya actividad produce resultados relevantes en temas tan sensibles como el de juzgar. Uno de los factores que determinan las relaciones sociales es el concierne a la justicia. El conjunto de instituciones al que se asigna la impartición de justicia tiene un claro efecto en la formación y consolidación de pa-

38. Algunos autores son muy críticos con relación a esta facultad porque, argumentan, el órgano judicial queda sujeto a las decisiones de una entidad de carácter administrativo. V., HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, p. 17.

39. V., LUHMANN, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, Londres 1985, pp. 228 y ss. A pesar de las grandes diferencias en los enfoques sociológicos de LUHMANN y de TREVES, en este punto coinciden. El profesor italiano distinguía entre "la sociedad en el derecho" y "el derecho en la sociedad", *Sociología del derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 226 y ss.

trones culturales. La adecuada administración de justicia facilita la absorción de las tensiones colectivas en tanto que ofrece instrumentos razonables para la solución de conflictos.

Desde luego, las instituciones tienen un efecto relativo en cada sociedad. Sólo se puede generalizar con un propósito expositivo, porque cada espacio cultural presenta sus propias características y requiere de sus propias determinaciones de política legislativa. Hay, sin embargo, tendencias identificables gracias, entre otros medios, al estudio comparado de las instituciones jurídicas; pero es necesario desarrollar también, sobre todo en áreas como la administración de justicia, estudios comparativos de naturaleza empírica. En este sentido, y a pesar de las reservas con que veía a la sociología del derecho, Kelsen propuso denominar *sociología de la idea de justicia*⁴⁰ a los estudios concernientes a la formación de las normas, a la función social de las ideas del derecho y a sus efectos en el comportamiento. Con independencia de que se lleven a cabo las mediciones a que se ha aludido en otras partes de este trabajo, es evidente que la presencia de los consejos de la judicatura ha contribuido a una mejor percepción de la actividad de los órganos jurisdiccionales, como resultado de un desempeño más satisfactorio en cuanto a su profesionalidad y su probidad.

Una constante de la relación entre derecho y cambio social consiste en que los resultados positivos del funcionamiento de una institución jurídica generan nuevas expectativas. La actividad institucional puede desencadenar un proceso *autopoyético*, de suerte que responda al ciclo conforme al cual a mejores resultados ofrecidos, mayores demandas recibidas. La interacción entre instituciones y sociedad puede conducir a que las instituciones reformulen su organización, sus funciones y sus procedimientos de una manera tal que, conforme satisfacen las expectativas emergentes, generan las condiciones propiciatorias de futuras solicitudes. Ese proceso no es lineal, y los quiebres se deben a múltiples factores; pero en el caso que aquí se ha abordado, de los consejos de la judicatura, se apuntan las opciones previsibles y posibles si se mantiene la tendencia en el sentido de modificar los patrones culturales relacionados con la impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUEDAS SALAZAR, Olmán, "La administración de justicia en Costa Rica", en J. OVALLE FAVELA (coordinador), *Administración de justicia en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993.

BRIERLY, J.L., *The Law of the Nations*, Oxford University Press, Oxford 1942.

CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad., de FIX-ZAMUDIO, H., EJEA, Buenos Aires 1960.

40. KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires 1945, p. XV. Considerándose obligado a justificar el contenido de esta obra, en su prefacio a la edición española el autor apunta: "Separar una teoría normativa del derecho, de la sociología de los fenómenos que son las causas y los efectos de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado y especialmente de la sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella como un ideal, no significa que ignore o niegue la existencia y la importancia de esos fenómenos y la legitimidad de la sociología concernida con ese objetivo. En tanto que nunca incurrí en ese error, no encuentro que sea inconsistente ni evasivo hacia un ámbito remoto de la ciencia que, después de haber trabajado en una teoría normativa del derecho, me vuelva hacia la sociología de la justicia".

CAPPELLETTI, Mauro, "The emergence of a modern theme", en *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, Giuffrè, Milán 1975.

CORREA SUTIL, Jorge, *et al.*, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego José Portales, Santiago de Chile 1993.

DUNN, John, *The history of political theory*, CUP, Cambridge 1996.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, INAP-UNAM, México 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La jurisdicción militar en la Constitución española", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997.

FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia*, UNAM, México 1995.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, UNAM, México 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974.

La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Civitas, Madrid 1982.

"Órganos de dirección e impartición de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos" en *Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México 1992.

Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura, Consejo de la Judicatura Federal, México 1997.

Protección jurídica de los derechos humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999.

Función constitucional del Ministerio Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá 1985.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad., de FIX-FIERRO, H., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2001.

HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

HARUTYUNYAN, Gagik, "Fundamental issues of administration of constitutional justice", en DE VERGOTINI, Giuseppe, ed., *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'europa centro-orientale*, G. Giappichelli, Turín 2000.

KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires 1945.

LUHMANN, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, Londres 1985.

Confianza, Anthropos-Universidad Iberoamericana, México 1996.

MALIK, Waleed Haider, "El desarrollo económico y la reforma judicial" en J.L. SOBERANES, D. VALADÉS y H. CONCHA, eds., *La reforma del Estado. Estudios comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996.

MANNHEIM, Karl, *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México 1944.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1980.

OROZCO, W.L., y ROLDÁN XOPA, J., “Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal” en *Este País*, México, sept. 2002.

PASTOR NIETO, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas, Madrid 1993.

POSNER, Richard A., *Cardozo. A study in reputation*, The University of Chicago Press, Chicago 1990.

REMMLING, Gunter W., *La sociología de Karl Mannheim*, Fondo de Cultura Económica, México 1982.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La jurisdicción militar en Argentina” en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997.

-*Las escuelas judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998.

SAYAGÜÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, s.p.i., Montevideo 1974.

SHAPIRO, Martin, “Access to the legal system and the modern welfare State: American continuities” en M. CAPPELLETTI ed., *Access to justice and the welfare State*, Le Monier, Florencia 1981.

STOTZKY, Irwin P., ed., *Transition to democracy in Latin America. The role of the judiciary*, Westview Press, Oxford 1993.

TREVES, Renato, *Sociología del derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

ZEMANS, Frederick H., *Perspectives on legal aid. A comparative survey*, Frances Pinter Ltd., Londres 1979.

3. *El Poder Ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO

Roxana Orihuela Gonzatti
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO

Abordar el tema del Poder Ciudadano, implica necesariamente indagar cuáles son los orígenes de este nuevo Poder del Estado, y en este sentido, cabe señalar que el mismo se remonta al General Bolívar, como Jefe Supremo de la República de Venezuela, en el Discurso ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, y en su Proyecto de Constitución.

Ahora bien, ¿significó la propuesta del Libertador de 1819 una crítica a la clasificación tripartita de las funciones estatales recogida en la Revolución Francesa, siguiendo los postulados de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*, de 1748 de “dividir el poder para que el poder controle al poder”?

Para la época de esa Revolución, el cuestionamiento adverso a la clasificación montesquieana había sido formulado por Rousseau, en 1762, en su *Contrato Social*, sobre la base de que la separación de los poderes y de las funciones del Estado supone una delegación y ésta una confiscación del poder soberano de la nación.

Por su parte, en 1819 el Libertador señaló: “...Moral y Luces son los polos de una República; Moral y luces son nuestras primeras necesidades. Tomemos de Atenas su Areópago y los guardianes de las costumbres y de las leyes; tomemos de Roma sus Censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una Santa Alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuente de virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres, y la moral republicana...”¹.

Es así como para mejorar la moral pública y la educación del pueblo, Bolívar crea un nuevo poder: El Poder Moral, que estructura por el conocimiento que posee de las antiguas leyes atenienses y romanas. De Atenas toma como fuente de inspiración los guardianes de las costumbres, y su Areópago, el cual es el Tribunal de la antigua Atenas, compuesto por treinta y un miembros, cuyo espíritu de equidad y la severidad con que dictaban sus fallos, les dieron reputación de sabiduría e imparcialidad; de Esparta toma sus austeros establecimientos, y de Roma sus Censores y tribunales domésticos.

Ahora bien, de acuerdo al criterio del Dr. Tomás Polanco Alcántara, las razones que llevaron al Libertador a proponer la mencionada cuarta potestad dentro del nuevo Estado, no fueron atinentes a la filosofía o a la teoría política, sino a la práctica de gobierno.

1. *Discurso ante el Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819*, Biblioteca Virtual de Simón Bolívar; p. 20.

En sus palabras, se “trataba de la angustia que sentía al ver cómo era la realidad de la República”², ya que como lo explicaba Bolívar a Don Guillermo White, en su carta de San Cristóbal, de 26 de mayo de 1820, en todo su Discurso de instalación del Congreso Constituyente de Angostura, se debía notar “la poca confianza que tenía en la moral de nuestros conciudadanos porque sin moral republicana no puede haber gobierno libre”³. Asimismo, José Luis Salcedo Bastardo, afirma que más que razones de excelencia política, del intelectualismo político y de derecho positivo, el Poder Moral revela el máximo ideal del Libertador, cuál es la perfección ética de América, el triunfo de la virtud, de la elegancia y bondad del espíritu, al lado de la independencia política, de la unión jurídica, de la liberación económica y de la conciencia del destino histórico⁴. El propósito del Poder Moral, como lo explicó Bolívar en su carta a José Rafael Arboleda, desde Guayaquil, de fecha 15 de junio de 1823, era el de cubrir el sistema existente “con un nuevo sistema de penas y castigos, de culpas y delitos, para mejorar nuestra moral, pues de lo contrario, marcharemos al galope hacia la disolución universal”⁵, vale decir, perseguía el mejoramiento de los mecanismos de control de los órganos del Poder Público.

El Poder Moral lo establece el Libertador en su Proyecto de Constitución de 1819, presentado en la instalación del Congreso de Angostura. Esta institución, al no presentar una base legal muy firme, no fue considerada en su justo valor por los Congresantes de ese entonces. En consecuencia, no fue incluida en el texto constitucional de 1819, sino agregada como Apéndice, supuestamente para que se verificara su establecimiento en circunstancias más favorables, algo que no ocurrió en la Constitución de Bolivia de 1826, cuando se le integró en el Poder Legislativo, formando la Cámara de los Censores.

Lo anterior obedeció a que al Congreso le pareció de difícil realización el Poder Moral, vale decir, consideró que sólo sería una apéndice de estudio para los sabios y no entendieron la diferencia entre las Cámaras Moral y de Educación, en las que se dividía el Poder Moral en el Proyecto del Libertador, aunado a que se sintieron atemorizados por el sistema de control moral de la sociedad. A juicio de Tomás Polanco “Quizá su error consistió en el mecanismo fiscalizador de la Cámara Moral, demasiado extenso, demasiado vigilante, demasiado severo”⁶. Por su parte, Salcedo Bastardo considera que el Libertador no fue afortunado en la planificación del Poder Moral y que su utopía consistió en querer colocar la acción moral bajo la inspiración nacional y fundir en un solo cuerpo de categoría pública suprema las distintas instituciones en las cuales existe y siempre ha estado disuelto este Poder⁷.

2. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Simón Bolívar Ensayo de una interpretación Biográfica a través de sus documentos*, Editorial Melvin, Caracas, Venezuela 1994; p. 535; en DUQUE CORREDOR, Román J., “El Poder Ciudadano”, en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Anaeco Ediciones, C.A., Caracas 2000, p. 216.

3. *Idem*; p. 216.

4. SALCEDO BASTARDO, José Luis, *Visión y Revisión de Bolívar*, Octava Edición, Imprenta López, Buenos Aires-Caracas 1966; pp. 190-192, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 216.

5. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *ob. cit.*, pp. 534-535, Nota 26, en: DUQUE CORREDOR, Román J., *Ob. cit.*; p. 216.

6. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *ob. cit.*, p. 534, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 216.

7. SALCEDO BASTARDO, José Luis, *ob. cit.*, pp. 190-191, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 216-217.

1. El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral

Los artículos 1 y 2 se refieren a la composición del Poder Moral de la República, el cual está compuesto de un Presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Areópago ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas. El Areópago se compone de la Cámara de Moral y la Cámara de Educación.

Los artículos 3, 4, 5 y 6 se refieren a la elección y duración de los miembros de ese Poder. El Congreso nombra por primera vez a los miembros que deben componer el Areópago, los cuales son escogidos entre los padres de familia que se hayan distinguido en la educación de sus hijos y destacado en el ejercicio de las virtudes públicas. La elección del Presidente del Areópago la realizará el Senado en dos listas, cada una de doce candidatos de los ciudadanos más virtuosos, una lista presentada por la Cámara de Representantes y otra por el Presidente de la República. Para esta elección se necesita una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes en el Senado. Las condiciones para ser miembro del Areópago, son además de las virtudes públicas, la edad de treinta y cinco años. El artículo 7 establece que los miembros del Areópago se titularán *padre de la patria*.

Los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 se refieren a las prerrogativas de los miembros integrantes del Poder Moral, tales como: sus personas son sagradas y todas las autoridades de la República, los Tribunales y corporaciones, les tributarán un respeto filial. La instalación del Areópago se hará con una formalidad extraordinaria. El Congreso reglará por un acta especial los honores que deben hacerse al Areópago. La dignidad del Presidente y de los miembros no se pierde, sino por muerte o destitución.

El artículo 16 está referido a las funciones que debe ejercer el Areópago, reunido en sus Cámaras, y entre ellas destacan:

- Designar los veinte miembros que deben componer cada Cámara.
- Pronunciar la destitución de alguno de sus miembros y nombrar los que deben suceder en las plazas vacantes.
- Nombrar el Secretario o los Secretarios.
- Pedir al Congreso los fondos necesarios para sus gastos.
- Distribuir premios cada año a los ciudadanos que se hayan distinguido.
- Declarar virtuoso héroe al que se haya hecho digno de tanta recompensa.

2. De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral

En el artículo 1 se establece que la Cámara Moral dirige que la opinión moral de toda la República, castiga los vicios y premia las virtudes públicas. La imprenta es el órgano de sus decisiones.

El artículo 2 dispone que los actos singulares no son de su inspección, a menos que influyan en bien o en mal sobre la moral pública.

El artículo 3 sostiene que su autoridad es independiente y absoluta, no hay apelación de sus juicios sino a la opinión y a la posteridad.

El artículo 4 se refiere a la jurisdicción de la Cámara, la cual se extiende no sólo a los individuos, sino a la familia, a los departamentos, a las provincias, a las corporaciones, a los tribunales, a todas las autoridades y también a la República en cuerpo.

Conforme al artículo 5, las obras morales y políticas, los papeles periódicos y cualquier otro escrito, están sujetos a la censura de la Cámara, que no será sino posterior a su publicación.

El artículo 7 prevé que en sus censuras y amonestaciones, la Cámara se dirige al público, y sólo se entiende con él.

El artículo 8 establece que la gratitud pública, la deuda nacional, los tratados, las capitulaciones y la fe del comercio, son objeto de vigilancia por parte de la Cámara.

Conforme al artículo 9, la ingratitud, el desacato a los padres, a los maridos, a los ancianos, a los institutores, a los magistrados, a los ciudadanos declarados virtuosos, la falta de palabra en cualquier materia, la insensibilidad en las desgracias públicas o de los amigos y parientes inmediatos, se recomiendan especialmente a la vigilancia de la Cámara, la cual podrá castigarlos.

El artículo 10 establece que la Cámara organizará la policía moral, nombrando al efecto cuantos censores juzgue convenientes.

El artículo 11 prevé que cada año la Cámara publicará las tablas estadísticas de las virtudes y de los vicios de los hombres para lo cual los tribunales le presentarán cuentas de todos los pleitos y causas criminales, y según el artículo 12, el pueblo, los colegios electorales, las municipalidades, los gobiernos de provincia, el Presidente de la República y el Congreso, consultarán las listas para hacer sus elecciones, nombramientos y para decretar los honores y recompensas.

El artículo 13 consagra que las mujeres, al igual que los hombres, están sujetos a la jurisdicción de la Cámara de Moral y reciben de ella premios o castigos, según su mérito.

3. De las atribuciones de la Cámara de Educación

Los artículos 1 y 2 establecen las atribuciones de la Cámara de Educación, las cuales están relacionadas con la educación física y moral de los niños, desde su nacimiento hasta la edad de doce años, siendo indispensable la cooperación de las madres en sus primeros años, siendo estos años los más preciosos para infundirles las primeras ideas. La Cámara cuidará de publicar y hacer común en toda la República algunas instrucciones breves y sencillas acomodadas a la inteligencia de todas las madres de familia.

De acuerdo a los artículos 3, 4, 5 y 6, la Cámara cuidará de publicar en nuestro idioma las obras extranjeras más propias para ilustrar a la Nación, haciendo juicio de ellas, así como las observaciones y correcciones que convengan; estimulará a los sabios a que escriban y publiquen obras originales conforme a nuestros usos, costumbres y gobierno; recogerá los datos y conocimientos necesarios para semejantes obras; compondrá y publicará alguna obra que sirva de estímulo para que se ocupen otros de este trabajo y de ilustración para todos. La Cámara no ahorrará gasto ni sacrificio que pueda proporcionarle estos conocimientos.

Conforme a los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12, pertenece exclusivamente a la Cámara, establecer, organizar y dirigir las escuelas primarias, tanto de niños como de niñas, cuidando que se les inspiren ideas y sentimientos de honor y de probidad, amor a la patria, a las leyes y al trabajo, respeto a los padres, ancianos, magistrados y adhesión al gobierno; determinará el número de colegios que deben construirse; cada colegio estará bajo la dirección de un institutor nombrado por la Cámara; formará el reglamento de organización y policía general de estos establecimientos, según sus clases, especificando la educación que conviene a los niños. Este plan se presentará al Congreso para que siendo examinado y aprobado, se convierta en ley de la República.

El artículo 13 señala que además de las atribuciones precedentemente mencionadas, la Cámara de Educación dirigirá a la opinión pública en las materias literarias, mientras se establece el instituto filosófico, y examinará o hará examinar y analizar las obras que se publicaren sobre cualquier asunto, formando juicio de ellas en el Monitor del Areópago⁸.

Los antecedentes históricos del Poder Moral evidencian su similitud al Poder Ciudadano consagrado en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentalmente en lo relativo a su competencia de promoción de valores cívicos, morales, democráticos, de amor a la patria, y en síntesis, de valores trascendentales de la República.

No obstante, el Poder Moral de entonces residía en el Areópago, compuesto de la Cámara Moral y de la Cámara de Educación, mientras que en la actualidad, el Poder Ciudadano lo ejerce el Consejo Moral Republicano compuesto por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República.

Resulta indudable que el transcurso del tiempo y su repercusión en las instituciones jurídicas, han influido en las diferencias que guarda el Poder Moral de 1819 con el Poder Ciudadano del presente, pero no por ello puede obviarse el fin común de ambos poderes, cual es el ejercicio del control que va más allá de la norma misma y se inserta en su verdadero fundamento: la justicia, la equidad, la moral pública y los valores éticos que la sustentan.

El origen del actual Poder Ciudadano, como se evidencia del Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el siguiente:

...CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (Desde la Tribuna de Oradores). Honorable Presidente, honorables colegas: Buenos días, con la venia de esta magna Asamblea Nacional Constituyente, me permito presentar para la consideración de ustedes el informe elaborado por la Comisión del Poder Moral o Contralor, que estudió lo relativo a la instauración de una figura novísima, inédita, que no existe en otras latitudes del mundo, el nuevo Poder Ciudadano, y es que todo esto es producto de una revolución que el pueblo venezolano ha ido adelantando durante largos años. Todos venimos soñando desde hace mucho tiempo con una Patria digna, próspera y soberana, y hoy, gracias al pueblo de Venezuela, tenemos al alcance de la mano ese sueño irrenunciable de esa Patria digna, próspera y soberana (...)

(...) Seguíamos con la investigación bibliográfica y con el análisis de propuestas. No sé si fue récord, pero a la Comisión del Poder Moral o Contralor de la Asamblea Nacional Constituyente llegaron 189 propuestas distintas que tenían que ver con la percepción particular de individualidades, de grupos, de sectores, de organizaciones, de lo que consideraban ellos pertinente incluir en esta nueva revolucionaria Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8. BREWER-CARÍAS, Allan, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España 1985, pp. 264-267.

El trabajo de campo nos llevó a muchas entrevistas, audiencias, reuniones, foros, talleres, seminarios, conferencias, en los que oíamos, analizábamos conjuntamente, lo que eran las propuestas de ellos y las que veníamos manejando en el seno de la Comisión. Elaboramos posteriormente un informe preliminar, se discutió en Plenaria de la Comisión, aprobado ese informe preliminar se remitió a la Comisión Constitucional y llegamos a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente donde nuestra propuesta, revisada por la Comisión Constitucional, será considerada para darle forma definitiva a lo que será -Dios mediante, pueblo mediante- el nuevo Poder Ciudadano de la República.

Poder Ciudadano.

Es que no lo llamamos ni moral ni contralor, planteamos que se llame Poder Ciudadano, ¡y es que se trata de eso! De rescatar la ciudadanía (...)

(...) ¿Y del gentilicio? Que los venezolanos nos volvamos a sentir orgullosos de ser venezolanos; que ese gentilicio nuestro vuelva a ser motivo de orgullo; que cuando hablemos de Venezuela nos palpite aceleradamente el corazón porque la queremos y nos sentimos parte de ella. Eso no existe hoy en Venezuela, hay que rescatarlo, e incluso, se trata de una manera tal vez filosófica, de poner la justicia sobre la legalidad. En nombre de la legalidad, en esta Patria nuestra, en esta Venezuela querida, se han cometido más desafueros que por cualquier otra razón, todo en nombre de la legalidad. Justicia sobre legalidad, es uno de los objetivos que tenemos que alcanzar.

Y si el Libertador Simón Bolívar hablaba de 'Moral y Luces: los polos de una República' (...)

(...) ¿Acaso no estamos conscientes todos de que en esta Patria nuestra son muchos los habitantes y muy pocos los ciudadanos? Eso es falta de formación ciudadana (...)

(...) Nuestro objetivo: No descansar hasta hacer de cada habitante de este, nuestro país, un ciudadano republicano de la nación venezolana, objetivo fundamental, indeclinable, que debemos perseguir con todas nuestras fuerzas...⁹.

La consagración del Poder Ciudadano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte de ser consecuente con el pensamiento bolivariano, responde también a las críticas formuladas a la clásica teoría de la separación de los poderes, que no permite tener en cuenta la importancia de otros órganos, cuyas actividades deben ser reforzadas, por cuanto la finalidad de este nuevo Poder del Estado es vigilar el ejercicio del Poder Público y defender a los ciudadanos de los perjuicios que generan la concentración del poder y los excesos.

En el marco del Derecho Comparado, el constitucionalista colombiano Jaime Vidal Perdomo ha expresado que en la administración del Estado se ha reforzado la función de control, y que si bien son los jefes de las administraciones públicas los responsables de que éstas marchen en forma adecuada, y son los jueces los responsables de sancionar la conducta desviada de los servidores del Estado, en los espacios intermedios a florecido la función de control, la cual se manifiesta preferentemente en relación con el manejo de los fondos públicos y a través de un poder disciplinario, respecto de los comportamientos ilegales de los funcionarios, de lo cual la Fiscalía General de la República y la Contraloría General de la República, son órganos cuyas competencias -cada día mayores-, dan testimonio en el Derecho colombiano de la existencia de esa función de control¹⁰.

9. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre-Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; p. 14-16.

10. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 6ª Edición, Santa Fé de Bogotá, Colombia 1996; pp. 129;13; en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 218-219.

En la Asamblea Constituyente colombiana se discutió acerca de la incorporación de otras ramas del Poder Público además de las tres tradicionales, pero sólo se llegó admitir, sin darle el tratamiento de una rama de dicho poder, que además de los órganos integrantes de las ramas principales, existen otros que también son autónomos e independientes en el cumplimiento de las demás funciones del Estado, como es el caso del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República, los cuales realizan funciones del control. En tal sentido, el constituyente Augusto Ramírez Ocampo propuso que se reconocieran cinco ramas del Poder Público, ya que conforme a su criterio, desde el punto de vista práctico el Estado a rebasado las doctrinas tradicionales, razón por la cual la distribución del Poder Público en tres ramas o su ejercicio a través de tres funciones, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a su estructura real; en tal sentido, el citado constituyente precisó que existen órganos que no encuadran en ninguna de las tres clásicas ramas del Poder Público, porque sus funciones no son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Es así como la función de control no puede encuadrarse en ninguna de las tres precisadas funciones. En virtud de lo anterior, Ramírez Ocampo criticó que la Constitución colombiana establezca sólo tres ramas del Poder Público y que a las demás se las consagre como simples órganos del Estado¹¹.

En la Constitución colombiana de 1991, como concluye Jaime Vidal Perdomo, en cuanto a la organización general del Estado, se reitera la división en tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), pero además se declara que fuera de los órganos que integran las referidas ramas, existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, razón por la cual se agregó a las funciones tradicionales, la de control, confiando el ejercicio de esta última a órganos y no a ramas; en tal sentido, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Contraloría General de la República, son órganos de control que no pertenecen a ninguna de las ramas. La distinción entre ramas para las funciones clásicas, y la de órganos para las tareas nuevas del Estado, le parece acertada a Vidal Perdomo, por cuanto estas últimas -a su juicio- evolucionan más o su actuación no siempre se puede diferenciar de las funciones ejecutiva, administrativa o judicial¹².

Ahora bien, como lo apunta Juan Garay, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos sorprende con una ampliación de la teoría de Montesquieu (correspondiente al siglo XVIII), para quien sólo había tres poderes posibles en el Estado: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La incorporación de nuevos *Poderes* a la estructura organizativa del Estado, quiere decir que los mismos no están sometidos en su ejercicio a las directrices de ningún otro poder y que sus ingresos deben ser aprobados por la Asamblea Nacional, es decir, que están en un plano de igualdad con los poderes Ejecutivo y Judicial¹³.

11. GALVIS GAITÁN, Fernando, *La Constitución explicada por los Constituyentes*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 1991, pp. 60; 61; en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 219-220.

12. VIDAL PERDOMO, Jaime, "La Noción de Rama Ejecutiva y los Organismos con Estatuto Propio en la Nueva Constitución Colombiana", en *Obra Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, Primera Edición, San José, Costa Rica 1994, pp. 175-176, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 220.

13. GARAY, Juan, *La Nueva Constitución*, Ediciones Juan Garay, año 2000, p. 15.

En este sentido, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó apunta que en el caso del Poder Ciudadano, este "...configura realmente la idea de un Poder Moral que opera en el ámbito de la tutela de los intereses públicos..."¹⁴, e igualmente, Juan Garay apunta que el Poder Ciudadano, ha sido creado en la actual Constitución como un poder moral¹⁵.

De igual forma, debe señalarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incorporó al Poder Ciudadano en la distribución horizontal del Poder Público, y ello no obedeció a un mero capricho del Constituyente, sino que respondió a una concesión política del Estado, incluida en la definición de los valores superiores que caracterizan hoy al ordenamiento jurídico del Estado venezolano, unos de los cuales son la ética pública y la preeminencia de los derechos humanos, conforme al artículo 2 de la Constitución de 1999.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL

Según la Escuela Pandectista alemana de mediados del siglo XIX, uno de los dogmas de todo ordenamiento jurídico es que el Poder Público se divide en tres (3) poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; no obstante, al revisar los textos constitucionales, los partidarios de esa Escuela se encuentran con que el Poder Legislativo a veces fungía de Juez, especialmente en los juicios políticos; el Poder Ejecutivo dictaba normas como los reglamentos, entonces, en lugar de dividir los poderes, separaron las funciones del Estado y no los órganos que realizan las mismas.

Ahora bien, el Constituyente venezolano de 1999, rompiendo con el dogma de la trílogía de los denominados *Poderes* del Estado, consagra en su artículo 136 del texto constitucional, cinco *Poderes*: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, y previendo de antemano que las actividades que realizan sus órganos no son absolutamente puras y separadas del resto, consagra en ese mismo precepto el principio de colaboración entre los órganos a los que corresponde el ejercicio de las funciones de cada uno de los *Poderes*.

La consagración de los pre-citados *Poderes* del Estado, se gesta con la evolución del Derecho y las transformaciones políticas y sociales producen la aparición de organismos que no pertenecen a esas tres funciones tradicionales del Estado, ni dependen de ellas, como es el caso del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República, etcétera, los cuales pasan a formar parte del llamado Poder Ciudadano.

El Poder Ciudadano, junto al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, forma parte integrante del Poder Público Nacional, se consagra constitucionalmente como "... Otra innovación de la Constitución de 1999..."¹⁶, como otro Poder del Estado, regulado en el Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y es independiente del resto de los Poderes.

14. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*, Editorial EXLIBRIS, Caracas 2000, p. 205.

15. GARAY, Juan, *ob. cit.*, p. 118.

16. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Constitución de 1999*, comentada por Allan R. BREWER-CARÍAS, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 137.

En tal sentido, el texto constitucional establece la siguiente motivación de este nuevo Poder del Estado:

...Adaptando a nuestro tiempo las ideas inmortales del Libertador Simón Bolívar, la Constitución rompe con la clásica división de los poderes públicos y crea los Poderes Ciudadano y Electoral. El primero de ellos se inspira, en parte, en el Poder Moral propuesto por el Libertador en su Proyecto de Constitución presentado al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 (...)

(...) El Libertador concibió el Poder Moral como la institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse 'lo que se haya corrompido en la República, que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos'. Con ello, Simón Bolívar quería fundar una República con base en un pueblo que amara a la patria, a las leyes, a los magistrados, porque esas 'son las nobles pasiones que deben absorber exclusivamente el alma de un republicano'

El Poder Moral del Libertador tenía entre sus misiones velar por la educación de los ciudadanos, en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución y a las instituciones republicanas, sobre la base de que 'si no hay un respeto sagrado por la patria, por las leyes y por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo'.

Inspirada en esas ideas y adaptándolas a nuestro tiempo, la Constitución crea el Poder Ciudadano...¹⁷.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Respecto a la naturaleza jurídica del Consejo Moral Republicano, ante todo resulta importante reseñar el debate constitucional que se planteó al efecto, con ocasión de la sanción del texto constitucional; de esta forma, allí se realizaron las siguientes acotaciones:

...CONSTITUYENTE GUTIERREZ (FREDDY).- Ciudadano Presidente. Un punto de información para la propia Comisión, ya que se integra dentro del Poder Ciudadano el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, que son órganos que tienen una ley de creación, unas funciones y su propia autonomía funcional.

Le pregunto a la Comisión si el Consejo Moral Republicano sería un órgano administrativo distinto a los tres órganos de los cuales dimana (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- El Consejo Moral Republicano, estimado colega, sería el órgano de expresión del Poder Ciudadano, para ilustrarlo con un ejemplo: Así como en el Poder Legislativo su órgano de expresión es el Congreso de la República, el Consejo Moral Republicano sería el órgano de expresión del Poder Ciudadano integrado por estos 3 magistrados a la cabeza de estas tres instituciones (...)

CONSTITUYENTE BREWER CARIÁS (ALLAN).- Ciudadano Presidente. Creo que la observación del constituyente Freddy Gutiérrez debe tomarse en cuenta, porque habría que decir con más precisión quiénes integran este Consejo.

Por otra parte, sólo llamo la atención desde el punto de vista de la terminología. Originalmente el proyecto era denominar esto Poder Moral, pero se abandonó esta designación y se sustituyó por Poder Ciudadano, posiblemente entonces haya una incongruencia con conservar el título del Consejo como Consejo Moral Republicano, a lo mejor tendríamos que hablar de Consejo Ciudadano de la República o Consejo Republicano del Poder Ciudadano (...)

17. Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000, p. 10-11.

CONSTITUYENTE JIMENEZ (ROBERTO).- Ciudadano Presidente, aprovecho en este artículo (...) para aclarar que no es solamente lo moral lo que va a contemplar el Poder Ciudadano.

El Poder Ciudadano tiene ese nombre porque va mucho más allá que simplemente un cuidado moral de la actividad pública. No creo tampoco que el hecho de que se llame Poder Ciudadano, entonces el Consejo tenga que llamarse obligatoriamente Consejo Ciudadano. Precisamente porque responde a la idea del Libertador del Poder Moral, pero es mucho más amplio porque incluye al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, en la Comisión pensamos por qué se debía llamar Poder Ciudadano y no Moral y por qué el Consejo si debía ser Consejo Moral Republicano, porque lo moral y lo ético -hay mucha confusión en eso- de acuerdo al origen de la palabra tanto el *ettos* griego como el *mos moris* latino se refiere a la costumbre, a la moral personal.

Aquí no se trata de esa moral personal sino de la moral colectiva, es decir, moral ciudadana, pero que unido a la Fiscalía, al Ministerio Público, y a la Contraloría estaría en el cuidado de acuerdo a las leyes, obviamente, pero en el aspecto moral. Pero es una calificación superior, es la moral colectiva, la moral ciudadana, y por eso consideramos que no habría ninguna incongruencia en que siendo el Poder Ciudadano, ese tuviese un organismo que se llamara Consejo Moral Republicano en el cual acogíamos la idea o el ideal del Libertador pero lo estábamos ampliando y ese es el aspecto en que se va.

Por ejemplo, el Defensor del Pueblo no va a ser solamente un moralista, un Savonarola, que va a estar por aquí y por allá diciendo cuando hay pecado y cuando no, sino sencillamente será la voz que va a tener el pueblo, precisamente para llevar a las instancias superiores las mayores protestas o las más simples reclamaciones. Eso es oficiar y podrá el Defensor del Pueblo aplicar tanto sanciones morales como sanciones de acuerdo a las leyes a través de la Fiscalía General de la República. Esta es la explicación de por qué llamamos Consejo Moral Republicano a un organismo que responde al Poder Moral...¹⁸.

Conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, el Consejo Moral Republicano es el órgano mediante el cual se ejerce el Poder Ciudadano, vale decir, cuando los órganos que integran el Poder Ciudadano actúan de manera conjunta, se expresan a través del Consejo Moral Republicano¹⁹.

En tal sentido, la Profesora Rondón de Sansó apunta que los órganos que hoy conforman el Poder Ciudadano y que existían con anterioridad a su creación, eran órganos constitucionales dotados de autonomía funcional e independientes del resto de los poderes del Estado, aunque mantuviesen con alguno de ellos determinadas relaciones. No obstante, en la actualidad tales entidades se someten conjuntamente con la figura que constituye en nuestro sistema una total innovación, como lo es la Defensoría del Pueblo, a una organización mayor que las engloba y que se denomina Consejo Moral Republicano²⁰.

18. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 6 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 6-8.

19. Artículo 273 (encabezamiento y primera parte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000 (Consultada en original), en concordancia con los artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

20. RONDON DE SANZO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 205.

IV. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

El Consejo Moral Republicano tiene su sede en la capital de la República, jurisdicción en todo el territorio nacional y podrá contar con las unidades de apoyo, de servicio técnico y administrativo que sean necesarias para el cumplimiento de sus deberes, cuyas normas de funcionamiento, competencias, integración y coordinación, serán señaladas en el ordenamiento jurídico interno que se dicte al efecto²¹.

Particular referencia merece el hecho de que la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el Consejo Moral Republicano contará para su funcionamiento con la Secretaría Permanente, la cual contará con el personal que el referido Consejo estime necesario para el desempeño de sus funciones, y estará dirigida por el Secretario Ejecutivo, quien será un funcionario de libre nombramiento y remoción del Consejo²².

Finalmente, debe destacarse que la representación oficial del Consejo Moral Republicano y del Poder Ciudadano, la ejerce el Presidente del referido Consejo, el cual es uno de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano electo por el mencionado Consejo por el período de un año, pudiendo ser reelegido²³.

V. ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO

El texto constitucional consagra que el Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano y sus órganos son: la Defensoría del Pueblo, la cual aparece por primera vez en una constitución venezolana -siguiendo la orientación general de los organismos similares creados en toda América Latina²⁴- el Ministerio Público, integrado constitucionalmente al sistema de justicia, y la Contraloría General de la República, uno de cuyos titulares presidirá el Consejo Moral Republicano²⁵.

21. Artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

22. Artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

23. Artículo 273, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y Artículo 16, numeral 3 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

24. BREWER-CARÍAS, Allan, *Ob.cit.*, p. 138.

25. Artículos 273 (encabezamiento y primer aparte) y 253 (último aparte), ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

VI. ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO

1. Requisitos para su elección

A. Generales

Para ser elegido titular de uno de los órganos del Poder Ciudadano, se requiere: 1) Ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad y 2) De reconocida honorabilidad.

B. Específicos

Para ser Defensor del Pueblo, se requiere: 1) Ser mayor de treinta (30) años y 2) Tener competencia demostrada en materia de derechos humanos.

Para ser Fiscal General de la República, se requiere: 1) Ser jurista de reconocida competencia y buena reputación; 2) Haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince (15) años; 3) Tener título de post-grado en materia jurídica o haber sido profesor universitario en ciencia jurídica durante un mínimo de quince (15) años y tener la categoría de profesor titular; 3) Cualesquiera otros requisitos establecidos por la Ley.

Para ser Contralor General de la República, se requiere: 1) Ser mayor de treinta (30) años y 2) Tener probada aptitud y experiencia para el ejercicio del cargo ²⁶.

Ahora bien, vale la pena destacar que el requisito de elegibilidad de la nacionalidad venezolana por nacimiento, fue objeto de un debate constitucional particularmente extenso, con ocasión del funcionario Contralor General de la República. En tal sentido, cabe señalar lo siguiente:

... CONSTITUYENTE VALERA (IRIS). Ciudadano Presidente. Simplemente para recordar que como van a formar parte del Consejo Moral Republicano, que se exija la nacionalidad venezolana por nacimiento, de esos Magistrados (...)

(...) CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- Ciudadano Presidente. Con respecto al problema, de si debe ser venezolano o venezolana por nacimiento, particularmente, creo que es suficiente con que sea venezolano. Pienso que hemos sido muy restrictivos con aquellos funcionarios o aquellas personas que se nacionalizaron, y está bien que para determinados cargos deben ser venezolanos por nacimiento.

Siento que de verdad, no podemos ser tan extremistas en ese planteamiento de que todos tienen que ser venezolanos por nacimiento. Ni tan calvo, ni con dos pelucas. Así pasó con el caso del Defensor de los Derechos del Ciudadano. Sé que para defender los derechos humanos hay que tener una actitud, un conocimiento. Igualmente, para la función de Contralor, deben tener una formación, una rectitud, reunir las condiciones, pero creo que hay venezolanos por nacimiento que han sido Contralores y no han cumplido muy bien su función, porque se han hecho los vista gorda, frente a muchísimos casos de corrupción; así como hemos tenido funcionarios venezolanos por nacimiento, que han metido la mano en el Tesoro Público (*Sic*).

26. Respecto a los requisitos de elegibilidad de los órganos del Poder Ciudadano, V., artículos 280 (último aparte), 284 (aparte único) en concordancia con el 263, y 288 (encabezamiento), todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Creo que esa no puede ser la condición, y por eso solicito que se revise ese requisito. Repito, me parece que no debería ser así (...)(...) Entonces, haría realmente la petición de que consideremos eso ante la Asamblea, porque para eso no le damos la nacionalidad a la gente, si vamos a tener venezolanos, de primera y de segunda, para todos los cargos. Estamos mal, aunque eso está bien para algunas excepciones (...).

CONSTITUYENTE BRICEÑO DE QUEIPO (MARÍA).- (...) / Apoyo la proposición del constituyente Vladimir Villegas en este sentido, en tanto que no podemos catalogar a aquellos que ya le damos la confianza de que se constituyan en venezolanos a considerarlos ciudadanos de segunda o de tercera categoría. En este sentido abogo porque se exijan mayores requisitos si es posible para la nacionalización, pero una vez que sean venezolanos consideremos este asunto con una delicadeza mayor (...).

CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).- Ciudadano Presidente, para apoyar la proposición del constituyente Vladimir Villegas, porque da la impresión de que no hemos entendido realmente qué significa nacionalizar a un extranjero.

Cuando uno nacionaliza a un extranjero después de los requisitos establecidos, es porque considera que se ha compenetrado con toda la vida nacional, no tiene sentido estar discriminando en cargos como la Contraloría (...)/ Me he dado cuenta que no hemos entendido bien el significado de la nacionalidad. En consecuencia apoyo la proposición del constituyente Vladimir Villegas porque me parece que es lo que está en el espíritu del concepto de nacionalidad. Es todo (...).

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) Solamente para llamar la atención en ese mismo sentido que plantea el constituyente Manuel Quijada y creo que el constituyente Vladimir Villegas, que no puede ser que si establecemos unos mecanismos de exigencia adicional para otorgar la naturalización, vayamos, en cada caso, a estar limitando a los venezolanos por naturalización en ejercer determinados cargos.

El venezolano por naturalización no es un extranjero, es un venezolano por naturalización, y por tanto se equipara en general a los venezolanos por nacimiento. Es todo (...).

CONSTITUYENTE ORTEGA DÍAZ (PEDRO).- (...) Para apoyar la proposición de Vladimir Villegas de que pueda ser venezolano por nacimiento o naturalización. Es todo (...).

CONSTITUYENTE VADELL (MANUEL).- Ciudadano Presidente, ciudadanos Constituyentes. De todos es conocido cómo se han vulnerado los procedimientos de nacionalización o para la nacionalización en este país.

Hace muy poco tiempo, recién instalado este Gobierno, cuando aún no se habían sustituido los miembros de la Dirección de Extranjería, llegó a una imprenta una boleta con un sello, aparentemente falso, donde le decía que le hicieran 1.000 planillas para naturalización. Era falsa esa situación, incluso iba sin membrete el oficio. Inmediatamente asesoré al de la imprenta y le dije que se negara a hacer esas planillas, y rápidamente remitimos el caso al Ministerio de Relaciones Exteriores para la averiguación correspondiente.

Yo, que tengo tanto fervor por una serie de patriotas nacionalizados venezolanos, debo expresar cautela sobre esta situación y, en consecuencia, si vamos a aceptar nacionalizados que sean con un término que pruebe su consecuencia con el país.

Propondría: 'Naturalizados con 10 años efectivos de esa naturalización en base a la Gaceta Oficial correspondiente, para salvaguardar cualquier acción violatoria de las bases para la nacionalización' (...).

EL PRESIDENTE.- (...) ¿Tiene apoyo la propuesta de la Comisión? (*Asentimiento*). Quienes estén de acuerdo se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobada.

CONSTITUYENTE BRICEÑO DE QUEIPO (MARÍA).- Para dejar constancia de mi voto salvado en esta votación, ciudadano Presidente.

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR). Para dejar constancia de mi voto salvado en la aprobación de esta proposición, ciudadano Presidente ...

27. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 26-27.

2. Período de elección

Respecto al período de elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, resulta importante reseñar algunas consideraciones planteadas en el debate constituyente; en este sentido:

... CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (...) ¿Por cuanto tiempo estarán estos Magistrados del Poder Ciudadano en sus funciones o en sus respectivas magistraturas? Proponemos que duren 4 años pudiendo ser reelectos en un único período inmediato, y además una figura novedosa, no vista en otras constituciones (...) y es que no somos partidarios del período constitucional que ha regido a Venezuela hasta hoy.

Cada vez que hay un Presidente nuevo, electo, sale un Congreso y entra otro, se designa nuevo Contralor y nuevo Fiscal, se designaría nuevo Defensor del Pueblo, se designa nuevo Procurador. Nosotros planteamos una diferencia que quiero sea considerada en profundidad, y es que se designe por 4 años a los tres magistrados del Poder Ciudadano, y si a mitad del período, en cualquier instancia o estadio del período de cada uno de estos magistrados, de cualquiera de ellos, ocurriese la ausencia absoluta, se abra un proceso para designarlo y quien asuma empieza en ese momento sus 4 años, que no haya esa salida de todos los jefes de las instituciones del Estado cuando sale el Presidente de la República sino que se le garantice la continuidad en el ejercicio de sus funciones a cada uno de ellos...”²⁸

... CONSTITUYENTE GARCÍA (ANTONIO).- (...) (...) El Poder Ciudadano, el Poder Electoral, el Poder Judicial, por llamarlos de alguna manera, frente al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, se comportan como una suerte de poderes de control, por lo que no es conveniente que estos tres poderes tengan el mismo lapso de duración que el del Poder Ejecutivo y el del Poder Legislativo. Por eso ustedes conseguirán en el Defensor del Pueblo 7 años, en el Ministerio Público 7 años, en la Contraloría 7 años, conseguirán en el Poder Electoral 7 años, y fue lo que justificó que aprobáramos un período para el Tribunal Supremo de Justicia de 12 años, porque lo recomendable es que el período de estos poderes que -repito- se comportan como poderes de control frente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, es que los períodos de ellos no coincidan, porque es una manera de garantizar su imparcialidad e independencia frente a la influencia que pueda ejercer el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Esa es la justificación que tiene el que no se hagan coincidentes los períodos de estos tres poderes con el período constitucional que se le asigna al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo...”²⁹

Ahora bien, constitucionalmente quedó consagrado en el primer aparte del artículo 280 que el Defensor del Pueblo será designado por un *único* período de siete (7) años, y el debate constituyente planteado al efecto, fue el siguiente:

... EL PRESIDENTE.- En consideración. La Comisión.

CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (...) Se agrega: “La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será designado por un único período de siete años (...)

(...) CONSTITUYENTE RODRIGUEZ (ISAIAS).- Entiendo que la Comisión fusionó este artículo y el siguiente, y es importante que la Comisión dé esa información para que la discusión y el debate se canalice de la mejor manera.

28. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22 de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

29. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

EL PRESIDENTE.- El punto de información es procedente, si se fusionó este artículo con el que sigue, que se lea el otro artículo (...)

(...) EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Artículo 316.- La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será electo por un período de cuatro años...

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) Lo que planteo, como duda, es el tiempo de siete años; no sé si estamos siendo coherentes, si expresamente se establece un lapso de siete años, superior al lapso de los siete años del Presidente, y superior al lapso de los cinco años de la Asamblea. Creo que esto es algo que esta designación no coincida con el período constitucional? Puede ser importante, pero vale la pena, retener esto...

(...) CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- (...) Voy a proponer que la duración el (*Sic*) período de este funcionario sea de seis años, respondiendo un poco a aquel principio de la coherencia, tiene que durar seis y cuando me toque votar por la duración del Congreso diré que son seis también (...)/ Creo que, como lo he apuntado en (*Sic*) varias veces, debe haber coherencia en la duración de los órganos del Poder Público. Algunas personas dirán, bueno es que debe haber sustitución en momentos distintos. No, usted si quiere tiene que decir expresamente que a la mitad del período presidencial usted renueva el Congreso, eso es otra cosa. Pero este mecanismo donde unos funcionarios duran cinco, unos seis y otros siete, no hace sino complicar el proceso de elección y, por lo demás, habrá ciclos de ese período los (*Sic*) cuales el Congreso que tiene la responsabilidad de designar a funcionarios de este Poder, por ejemplo, no los podrá nombrar porque no les corresponde, porque no es su tiempo y porque no se ha vencido el otro período.

Es decir, pido coherencia en la organización de esa responsabilidad. Es todo (...)

(...) CONSTITUYENTE COMBELLAS (RICARDO).- (...) tengo una proposición para la consideración de la Comisión y de la plenaria: si se trata de un funcionario que viene desempeñando muy bien sus funciones, ha cumplido de una manera adecuada, honesta, eficaz con su trabajo, la posibilidad, ¿por qué no?, de reelegirlo por lo menos por un período más.

Aquí hemos planteado la reelección de muchos funcionarios, incluso, del Presidente de la República, ¿por qué no un funcionario -repito- capaz, honesto, eficaz, del cual todos los venezolanos podemos estar satisfechos por su trabajo, pueda continuar por un período más? Dejo esa interrogante para su consideración (...)

(...) CONSTITUYENTE LÓPEZ PORTILLO (ELIAS).- (...) Y, por otra parte dadas estas cualidades especiales que debe tener (el Defensor del Pueblo), considero que debería ser un funcionario que debería ser ratificado en la medida en que cumpla a cabalidad con su sagrada misión y esa reelección por la Asamblea Nacional, debería ser indefinida y en la medida en que él dé un excelente cumplimiento a sus funciones./Por eso, tal como está planteado aquí en el proyecto de la Comisión, que dice que 'debe ser por un único período' no estaría de acuerdo (...)

(...) EL PRESIDENTE.- (...) / Vamos a votar las proposiciones (...)

(...) EL SECRETARIO.- La de Antonio Di Giampaolo. "Seis años"

EL PRESIDENTE.- ¿Tiene apoyo la proposición? No tiene apoyo, no se vota, vota él solo (...)

(...) La otra proposición, la de la Comisión.

EL SECRETARIO.- Ricardo Combellas. 'La posibilidad de ser reelecto por tiempo indefinido'.

EL PRESIDENTE.- ¿Cómo va a ser electo por tiempo indefinido? (...) Se va a quedar eternamente ahí. Bueno, es una proposición al fin y al cabo. Los que estén de acuerdo con que sea electo por tiempo indefinido que lo manifiesten con la señal de costumbre. (*Pausa*). Negada (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Un punto de información. La propuesta es simplemente eliminar la palabra 'único', es decir, 'por un período de 7 años' ya después se podrá volver a nombrar. Simplemente eliminar la palabra 'único'; eso resuelve el problema.

EL PRESIDENTE.- Bueno, la palabra 'único' establece el límite, de tal manera que no resuelve el problema en sí, lo que pasa es que deja abierta la cancha para la reelección. Pero es una proposición. El doctor Brewer Carías dice que sin establecer la reelección, que se quite la palabra 'único' que más o menos es lo mismo.

¿Tiene apoyo la proposición? No tiene apoyo (...) ³⁰

Por otra parte, la Constitución de la República establece que tanto el Fiscal General de la República como el Contralor General de la República serán designados por un período de siete (7) años³¹.

3. Forma de elección

La forma de elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano y fundamentalmente del Defensor del Pueblo, planteó el siguiente debate constituyente:

... EL SECRETARIO (*Lee*):

Artículo 316.- La Defensoría del Pueblo actuara bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será electo (...) a través de votación popular, universal, directa y secreta (...)

(...) El mandato podrá serle revocado mediante referéndum transcurrida la mitad del mandato, según las disposiciones contenidas en esta Constitución y la ley (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Hay dos diferencias fundamentales, señor Presidente. Una, la Comisión Constitucional incluía en su articulado la elección por la vía, directa, universal y secreta del Defensor del Pueblo. Hay un cambio ahí nosotros sugerimos que todos los magistrados del Poder Ciudadano tengan una idéntica vía para su designación; y lo segundo, es la que usted señaló la inhabilitación del Defensor del Pueblo para optar a cargos de elección popular en le (*sic*) período inmediatamente siguiente (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) tendrá que preverse una disposición transitoria para la designación de los primeros miembros del Poder Ciudadano, para que luego pueda haber el Comité de Postulaciones (...)

(...) CONSTITUYENTE VILORIA (GILMER).- (...) Es para señalar que si alguna característica debe tener este defensor del pueblo, es que debe ser elegido por el pueblo. Porque precisamente, va a defender los derechos de la ciudadanía, entre otras cosas, frente al gobierno y contra los atropellos que generalmente cometen los funcionarios públicos contra el ciudadano. Entonces, si es un funcionario designado, va a estar sujeto a la presión que pudieran hacerle las autoridades a las cuales tendrá que enfrentar en muchas situaciones difíciles, de violación de los derechos humanos entre otras cosas./Lo que quiero señalar es que este funcionario, para que tenga alguna efectividad y, sobre todo, autonomía e independencia en su actuación, debe ser elegido por medio del voto. Esto es lo que quisiera proponerle a la Comisión, para que se insistiera en este aspecto (...)

(...) CONSTITUYENTE COMBELLAS (RICARDO).- (...) He llegado a la conclusión de que no es conveniente que este funcionario sea elegido. Se prestaría de una manera muy peligrosa a crear un verdadero demagogo con posibilidades explosivas de dificultar la gobernabilidad del país./Alerto sobre meditar acerca de los peligros de elegir popularmente este funcionario (...)

30. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 14-18.

31. V., artículos 284 (aparte único) y 288 (aparte único), ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

(...) CONSTITUYENTE LÓPEZ PORTILLO (ELIAS).- En nuestro sistema político, indudablemente que es una gran innovación lo del defensor de los derechos del pueblo. Debe ser una persona con mucha sensibilidad social, con mucha demostrada capacidad ante la problemática de los derechos humanos y de los problemas de los demás, lo cual significa que debería estar exento del debate político. Porque si ese cargo se somete a la elección popular, indudablemente que los diferentes candidatos tendrían que enfrentarse (*Sic*) unos a otros, y por supuesto, los que no apoyan a uno sino al otro, lo tratarían de descalificar y pondría (*Sic*) influir en ese candidato electo en un momento dado que él esté en sus funciones, para de alguna manera no ser objetivo en el debido cumplimiento de las sagradas funciones que tiene que desempeñar, como es la de defender los derechos humanos.

Aquí en Latinoamérica existe esa institución en varios países. En la vecina Colombia, en México etcétera, y en ninguna de esas partes tiene elección popular, porque, entre otras cosas, se consideró este factor importante de no politizar de esa manera ese -diría- tan sagrado cargo./Por eso creo que aquí en Venezuela deberíamos también descartarlo de esa manera y solamente deben tomarse en cuenta las muy calificadas cualidades que tenga ese personaje para llevar adelante esa función./En consecuencia, creo que no debe ser sometido a la elección popular (...)

(...) EL PRESIDENTE.- (...) /Entonces, las proposiciones que modifican el texto de lo que ha propuesto la Comisión son estas dos, tengo entendido. Primero la de que sea electo por el pueblo. ¿Tiene apoyo esa proposición? Tiene apoyo. Los que estén de acuerdo que lo manifiesten con la señal de costumbre (*Pausa*). Negada (...)

(...) CONSTITUYENTE VILORIA (GILMER).- Aquí se aprueba que sea designado, pero en el articulado no dice quien lo designa, en ninguna parte.

EL PRESIDENTE.- Sí dice. Tiene la palabra Miguel Madriz.

CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Uno de los artículos que fue diferido es el que habla del procedimiento para la designación del defensor del pueblo, bien por la vía del Comité de Evaluación de Postulaciones que sí establece que lo haría la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. Sólo que es un artículo que fue diferido para la revisión y mejor redacción y presentarlo acá.

EL PRESIDENTE.- Aclarado el punto. Se vota el de la Comisión tal como fue presentado. Los que estén de acuerdo que lo manifiesten con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobado...³²

Finalmente, debe decirse que la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, se efectúa de la siguiente forma:

El Consejo Moral Republicano convoca a un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará una terna por cada órgano del Poder Ciudadano y la misma será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escoge en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos, al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral somete la terna a consulta popular³³.

Los requisitos de elegibilidad de los integrantes del Comité de Evaluación de Postulaciones, son los siguientes:

32. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 14-18.

33. Artículo 279 (encabezamiento y primer aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

1. Nacionalidad venezolana por nacimiento;
2. Ser mayor de edad;
3. Estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
4. Tener reconocida honorabilidad y prestigio en el desempeño de las funciones que ejerzan o les haya correspondido ejercer, y
5. Los demás establecidos en el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano.

El referido Comité debe estar integrado por un número no mayor de veinticinco (25) ciudadanos, que representen el mayor número de sectores de la sociedad.

El procedimiento de selección de los miembros del precitado Comité, es -además del previsto constitucionalmente-, el siguiente:

El Consejo Moral Republicano convocará al Comité de Evaluación de Postulaciones cuyos titulares ya fueron designados, sesenta (60) días antes del vencimiento de su período, a los fines de proceder a una nueva selección mediante proceso público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones en el lapso indicado, la Asamblea Nacional procederá a la designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano en un tiempo no mayor de treinta (30) días continuos.

La convocatoria del Comité de Evaluación de Postulaciones se realizará por lo menos con ciento veinte (120) días de anticipación al vencimiento del período de siete (7) años establecidos para el ejercicio del cargo correspondiente³⁴.

Tal y como consta en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "...A los fines de las designaciones por la Asamblea Nacional del Defensor del Pueblo, del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República, de conformidad con la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente designará a los integrantes del primer Comité de Evaluación y Postulaciones del Poder Ciudadano..."³⁵.

4. Remoción

Los titulares de los órganos del Poder Ciudadano serán removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley³⁶.

En tal sentido, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, establece que los integrantes del Consejo Moral Republicano serán removidos de sus cargos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia en Sala

34. Artículo 23, 24, 25, 26 y 27, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

35. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, noviembre 1999-Enero 2000, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas-Venezuela, p. 6.

36. Artículo 279 (último aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Plena, que declare que hay mérito para su enjuiciamiento, en virtud de las causales siguientes:

1. Por manifiesta incapacidad física o mental permanente, certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia, con la aprobación de la Asamblea Nacional.

2. Por abandono del cargo, declarado por el Tribunal Supremo de Justicia.

3. Por no cumplir con las obligaciones que les imponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como integrantes del Consejo Moral Republicano, y las demás obligaciones que les impone la ley, por su condición de tal.

4. Por incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes.

5. Cuando sus actos públicos atenten contra la respetabilidad del Consejo Moral Republicano y de los órganos que representan, y cometan hechos graves que, sin constituir delitos, pongan en peligro su credibilidad e imparcialidad, comprometiendo la dignidad del cargo.

6. Cuando ejerzan influencia directa en la designación de quienes cumplan funciones públicas.

7. Cuando incurran en abuso o exceso de autoridad.

8. Cuando en sus decisiones administrativas incurran en grave e inexcusable error, reconocido en sentencia.

9. Cuando en sus decisiones administrativas hagan constar hechos que no sucedieron o dejen de relacionar los que ocurrieron.

10. Cuando infrinjan alguna de las prohibiciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.

Respecto al enjuiciamiento de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé algunas peculiaridades con relación al Defensor del Pueblo. En este sentido, establece que el mismo goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual no puede ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos relacionados con el ejercicio de las mismas³⁷.

Al respecto, la Profesora Rondón de Sansó señala que en el Derecho Comparado se observa que el Defensor generalmente está dotado de la inmunidad de los parlamentarios, la cual tiene por finalidad protegerlo contra denuncias maliciosas destinadas a impedir que continúe en el desempeño de su cargo cuando existen razones ilegítimas que mueven a los denunciantes³⁸.

Por su parte, el debate constitucional planteado al efecto, fue el siguiente:

... EL SECRETARIO (*Lee*):-

Artículo 318.- El Defensor del Pueblo gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y por lo tanto no podrá ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones. En todo caso siempre será necesario antejuicio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia (...)

37. Artículo 282 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

38. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Ob.cit.*, p. 212.

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- (...) si hay una figura que va a velar y ser el Defensor de los Derechos del Pueblo, esa figura tiene que estar cubierta, fortalecida, blindada con una inmunidad parlamentaria que incluso vaya más allá de los límites de lo que decida la propia Corte Suprema de Justicia, porque ¿cómo es posible si aquí uno de los poderes que ha estado más corrompido es el Poder Judicial, entonces le vamos a dar al Poder Judicial todo el poder para que decida sobre la inmunidad de la representación popular y de los defensores del pueblo? Me parece que ese es un contrasentido o ¿es qué (*Sic*) estamos pensando que por arte de magia vamos a tener un Poder Judicial impoluto? Aquí hay que discutir en torno a lo que debe ser un verdadero sistema de contrapeso. Un sistema donde la Corte tome su decisión, por ejemplo, de allanarle la inmunidad al Defensor, pero que la Asamblea también pueda conocer de ese caso, por la Asamblea también es la expresión de la representación popular. Debería ser que la Corte Suprema de Justicia revise el caso, tome una decisión y sea sometido también a la consideración de la Asamblea. (...) no comencemos por la vía de golpear de antemano la representación popular. Lo sensato sería, en mi opinión, que le levantáramos la sanción a ese artículo, a lo mejor me van a declarar fuera de orden, pero es que de verdad les quiero decir que el Defensor de los Derechos del Pueblo tiene que tener inmunidad y plena, sin cortapisas, que le permita de verdad el ejercicio de sus funciones en un gobierno que pueda tener características de violación de los derechos humanos y de restricción de garantías. No siempre vamos a estar en luna de miel con el Gobierno (...) Esta es una figura que espero sea permanente y que se fortalezca cada día y para ello tiene que tener una inmunidad y una protección y esa inmunidad tiene que ser cuidada, al igual que la inmunidad de los parlamentarios (...)

(...) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (...) Estamos en perfectas condiciones de aprobar en términos equitativos ese artículo tal como ha sido traído por la comisión. Por supuesto, entiendo que la inmunidad es una prerrogativa, es un fuero, es un privilegio que contribuye a la realización de la tarea de modo libre.

Igualmente, ciudadano Presidente, usted que es especialista en Derecho del Trabajo, sabe que el fuero, la prerrogativa, el privilegio para la realización libre de esas tareas, es necesario. Insisto, que el artículo debemos aprobarlo tal como ha sido traído por la comisión para ser equitativo (...)

(...) EL PRESIDENTE.- Sírvase leer las propuestas en mesa, ciudadano Secretario.

EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Propuesta de la Comisión:

'De los delitos que cometa el defensor del pueblo (*Sic*), conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia'. Es todo, ciudadano Presidente.

EL PRESIDENTE.- ¿Tiene apoyo? (*Asentimiento*).

Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar la propuesta formulada por la comisión, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Negada.

Siguiente propuesta, ciudadano Secretario.

EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Propuesta del anteproyecto :

El defensor del pueblo (*Sic*) gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y por lo tanto no podrá ser perseguido, detenido ni enjuiciado por actos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones. En todo caso siempre será necesario antejuicio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia' (...).

¿Tiene apoyo? (*Asentimiento*). Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar la propuesta original, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobado...³⁹

39. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 20-22.

Igualmente, cabe señalar que para el enjuiciamiento del Defensor del Pueblo, al igual que para el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República, está previsto el antejuicio de mérito por parte del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena⁴⁰, pero específicamente en el caso del Defensor del Pueblo, el Texto Fundamental dispone de manera expresa que "...En todo caso conocerá de manera privativa el Tribunal Supremo de Justicia..."⁴¹.

VII. AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO

El Poder Ciudadano, como rama del Poder Público, en general, al igual que sus órganos: Defensoría del Pueblo, Ministerio Público y Contraloría General de la República, en particular, gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, razón por la cual al referido Poder le será asignada una partida presupuestaria dentro del presupuesto general del Estado⁴². La autonomía implica la facultad de cada uno de los órganos, de producir sus propias normas jurídicas para el ordenamiento jurídico general del Estado, en sus respectivos ámbitos competenciales.

Por tanto, los tres órganos mencionados no dejan de actuar separada y autónomamente y no pierden las atribuciones que le son propias conforme a los artículos 281, 285 y 289 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, los titulares de cada uno de esos órganos, como integrantes del Poder Ciudadano también actúan conjuntamente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 274 *eiusdem*.

Igualmente, respecto al régimen jurídico se diferencia la Ley Orgánica que regula la organización y funcionamiento del Consejo Moral Republicano como órgano del Poder Ciudadano (Ley Orgánica del Poder Ciudadano), por un lado, y por otro, las leyes de organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República⁴³.

VIII. COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Antes de precisar las competencias de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano en general y de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público y de la Contraloría Gene-

40. Artículo 266, numeral 3 y último aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

41. Artículo 282 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

42. Artículo 273 (segundo aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

43. Artículos 283, 286, 290 y Disposición transitoria cuarta, numeral 5, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

ral de la República, en particular, cabe señalar de manera general, lo que se dispone en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto, se apunta que:

... CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (...) Nosotros decíamos que el Poder Ciudadano debe atender a una de las funciones que todo Estado debe adelantar. ¿Cuáles son las acciones que todo Estado debe adelantar? La de administrar, legislar, juzgar y la de controlar. Hoy en Venezuela y en todos los regímenes democráticos del mundo, la función de controlar y legislar recae sobre una institución: El Congreso, o como quiera que se llame en las legislaciones respectivas./ Decimos que el Poder Ciudadano es el órgano contralor de la nación: previene, investiga y sanciona los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Es así como sus funciones generales son: Velar por la buena gestión y legalidad en la administración del patrimonio público. Eso lo hace el Contralor General de la República. Garantizar la constitucionalidad y la legalidad, eso lo hace el Ministerio Público por vía del Fiscal General de la República. Por último y no menos importante, el Poder Ciudadano defiende los derechos humanos y los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. Esta es la nueva figura, la del Defensor del Pueblo...⁴⁴.

1. Competencias concurrentes

Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo:

1. Velar por el cumplimiento del principio de legalidad en la actividad administrativa del Estado.
2. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.
3. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como también, la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo⁴⁵.

2. Competencias específicas

A. De la Defensoría del Pueblo

Antes de precisar las competencias de esta Institución, resulta pertinente señalar que la creación del Defensor del Pueblo contó con posiciones encontradas en el debate constitucional. En tal sentido, cabe señalar lo siguiente:

...CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).- Señor Presidente (...) / el *ombudsman*. Esta es una institución nórdica, en uno de los países más civilizados del mundo donde cualquier violación de los derechos del ciudadano, es tomado por el Defensor, por el *ombudsman*, el Defensor del Pueblo, y es capaz de hacer tumbar el Gobierno si no respetan los derechos del ciudadano (...)/En Colombia se nombró, en la Constitución de 1961, y pareciera que en un primer momento se presentó una situación más o menos favorable en defensa de los derechos ciudadanos, sobre

44. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

45. Artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

todo con respecto a las que tenían relaciones con la guerrilla, etcétera. Después se ha venido desprestigiando, como es lógico. Ahí lo que se va crear es el más demagogo de todos los venezolanos que vamos a tener nosotros, tratando de ver cómo contenta a todo el mundo, y terminará por desprestigiar al Gobierno, porque se sabrá que todos los problemas que tiene el ciudadano, el Defensor del Pueblo no lo podrá defender ni podrá lograr una solución (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) A pesar de las dudas de mi querido amigo Manuel Quijada, sí creo que esta es una de las innovaciones más importantes de este proyecto de Constitución.

Este no es el *ombudsman*, el *ombudsman*, es como él señalaba, una institución de origen nórdica. Ya el Defensor del Pueblo, el defensor de los derechos, puede decirse que es una institución latinoamericana, porque en casi todos los países de América Latina ha sido establecido en los últimos años.

Insisto, es una de las innovaciones más importantes y creo que debe conservarse como parte del Poder Ciudadano tal como está (*Sic*) establecido en el proyecto; no creo que debemos anticiparnos ni ser futurólogos para ver cómo es que va a actuar esto en el futuro, y si va a funcionar o no. Creo que si tenemos un compromiso con los derechos (*Sic*) humanos y su progresividad, esta institución debe quedar...

Ahora bien, como se sabe, finalmente la consagración constitucional del Defensor del Pueblo contó con el asentimiento de la mayoría de nuestros constituyentes y la Carta Magna consagra en su artículo 281 dentro de las competencias de la Defensoría del Pueblo, las siguientes:

1. Velar por el respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

En tal sentido, la Profesora Hildegard Rondón de Sansó apunta que enfocada como atribución, la anterior se trata de una labor activa, con iniciativa propia del Defensor, no de la presencia de una parte de buena fe en un proceso⁴⁷.

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, e interponer las acciones para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo de los servicios públicos.

En este sentido, como lo apuntan María Verónica Espina y Ornella Barnabei Zaccaro "... la Constitución de 1999 otorga amplias facultades a la Defensoría del pueblo (*sic*), incluso otorga la legitimación para que frente a un mal funcionamiento de los servicios públicos ésta pueda intentar las acciones necesarias para obtener el debido resarcimiento por el perjuicio causado a un particular por dicho mal funcionamiento. En general la Defensoría del Pueblo tiene las más amplias facultades y legitimación activa para intentar cualquier acción judicial necesaria para el resarcimiento de los perjuicios que se le

46. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 15.

47. RONDON DE SANZO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 218.

causan al particular cuanto haya un irrespeto a sus derechos constitucionales e incluso por ilegalidades cometidas por la Administración...⁴⁸.

Por su parte, la Profesora Rondón de Sansó señala que enfocada como atribución, la misma puede llevar al Defensor del Pueblo a interponer por sí mismo, a nombre de un sujeto presuntamente lesionado una acción de amparo⁴⁹.

Finalmente, cabe señalar el esclarecedor debate constitucional planteado con ocasión de la competencia precedente:

... CONSTITUYENTE GÓMEZ GRILLO (ELIO).- (...) los intereses difusos, de acuerdo con los diccionarios jurídicos, corresponden a algo así como intereses determinados, indefinidos, indirectos, desconcentrados.

CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- Presidente: (...) tanto en la Comisión de Administración de Justicia como en la del Poder Moral, el primero que objetó el concepto "difusos" fui yo diciendo que me sonaba algo oscuro, porque difuso es algo poco nítido (...) /Y precisamente, aquí, en plena Asamblea, en una de las plenarias, objeté otra vez el término 'difusos' y creo que fue el doctor Combellas el que aclaró y dijo que ese era un término sancionado y admitido por el léxico jurídico.

Siempre he propuesto por qué no se utiliza un término como los que utilizamos en la ciencia de que cuando algo está en la realidad, pero no lo hemos hecho patente, no lo hemos conocido y en un momento se puede hacer presente, eso se llama en la ciencia 'los imponderables'. /Entonces, derechos imponderables son unos derechos que están en la sociedad, que no los hemos visto, pero que en un momento dado se ponen de relieve, pero que el término 'difusos' no me gustaba (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) En cuanto a la expresión de intereses colectivos y difusos, es un avance en la protección de los derechos de las personas que no corresponden a una persona en particular, sino en cuanto a los intereses colectivos que corresponden a una colectividad de personas, puede ser una asociación de vecinos; los vecinos de una urbanización, o un sindicato o un gremio tienen un interés colectivo, todos forman parte de la colectividad y, por tanto, tienen interés en ese elemento colectivo.

En cuanto a los intereses difusos son aquellos intereses, como lo dice la palabra, más difusos, porque no es una colectividad en particular pero, por ejemplo, es el derecho del consumidor, el derecho del usuario del transporte público colectivo; no hay ninguna asociación de usuarios del Metro, que estén inscritos y que lo usen exclusivamente, pero hay una colectividad que usa ese medio de transporte, y ese interés, por ejemplo, del usuario del transporte colectivo o del consumidor de determinados bienes o los intereses frente a la protección del ambiente, son los que se califican 'intereses difusos'. Está aceptado en el ordenamiento jurídico desde hace cincuenta años, en la obra de Mauro Capeletti, quien ha desarrollado mucho este tema, y es la forma de expresarlo. Ya tiene carta de naturaleza, incluso, en la jurisprudencia de la Corte, donde se ha hablado de intereses difusos y colectivos.

De manera que aquí no hay ninguna duda y mucho menos lingüística, y que no se les ocurra a nuestros revisores de la Constitución cambiar este tipo de terminología, porque se desnaturalizaría totalmente...⁵⁰.

48. ESPINA, María Verónica y BERNABEI ZACCARO, Ornella, "Nueva Estructura del Estado Venezolano", en Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez, *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Venezuela 2000, p. 109.

49. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Ob.cit.*, p. 218.

50. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 19-20.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y demás acciones o recursos necesarios para velar por el respeto y garantía de los derechos humanos.

Al respecto, la Profesora Rondón de Sansó, señala que -enfocada como atribución-, la anterior se trata de una función activa de iniciativa propia del Defensor, y no del llamamiento a la defensa de la legitimidad, como es su actuación en el juicio de amparo ya trabado⁵¹.

El debate constitucional relativo a la competencia anterior, se desarrolló como se plasma de seguidas:

... CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (...) /creo que habrá que cotejar estas atribuciones con las atribuciones que se le dan al Ministerio Público. Observo que, por una parte, se le da la atribución de velar, de solicitar, de instar, pero por otro lado se le da la atribución de interponer acciones ante los tribunales.

No sé si en algún momento pudiese haber colisión de funciones entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. Hasta ahora, el Ministerio Público, como garante de la legalidad, adelanta acciones ante los tribunales, justamente, para garantizar que la ley quebrantada se restablezca. No sé si debemos uniformar o compatibilizar las atribuciones de la Defensoría con las atribuciones del Ministerio Público (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (...) /De ninguna manera puedo yo apreciar alguna colisión. En todo caso, tanto el Fiscal como el Defensor del Pueblo actúan coordinadamente en el Consejo Moral Republicano. El Consejo Moral Republicano delineará, establecerá metas, objetivos y lineamientos específicos para que la actuación de sus magistrados no lleve a la colisión que tanto teme el colega constituyente Freddy Gutiérrez (...)

(...) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- (...) En cuanto al *habeas corpus* y *habeas data*, creo que lo que dijo el doctor Gómez Grillo es correcto, pero siempre he venido diciendo que, tanto en el léxico jurídico como en el léxico de una Constitución y las leyes, dejemos atrás los latinazos (...) soy enemigo de su uso, porque decimos que es un idioma muerto (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Presidente: (...) Lamentablemente, desde el siglo XIII no hay otra forma de expresar la acción de *habeas corpus* sino como acción de *habeas corpus*. Es el amparo a la libertad personal, pero se denomina así. Tenemos 700 años, en todas las constituciones y las leyes, denominándola como tal: acción de *habeas corpus*. Es la acción que exige la presentación del cuerpo de la persona ante el juez. Es la protección a la libertad personal inmediata. Que se muestre la persona por quien lo tenga detenido.

La acción de *habeas data* es nueva en el constitucionalismo, pero implica que se presenten ante el juez los datos sobre una persona que estén en un registro público, a los efectos de que la persona pueda constatar, qué se dice de él y además pedir que se borren elementos que puedan perjudicar a su persona.

De manera que no hay, lamentablemente, otra forma salvo escribir un largo artículo para explicar de qué se trata. Ambas acciones están ya reguladas y fueron aprobadas en el capítulo de derechos humanos.

De manera que aquí nos (*Sic*) se trata de un latinazo por latinazo, sino que así se llaman las cosas en derecho constitucional ...",⁵²

4. Instar al Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

51. RONDON DE SANZO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 218.

52. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 18-20.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y sanciones por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.

7. Presentar ante los órganos legislativos, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección de los derechos humanos.

8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y protección.

9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de proteger los derechos humanos.

10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones para la mejor protección de los derechos humanos, para lo cual se desarrollarán mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.

11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y protección de los derechos humanos.

La Profesora Rondón de Sansó señala que en el Derecho Comparado puede observarse que los medios de que dispone la Defensoría del Pueblo para tutelar los derechos humanos y controlar a la administración estatal, son la recomendación y la sugerencia, razón por la cual se estima que la Defensoría es una magistratura de la persuasión, lo que permite que sus acciones merezcan respeto por la autoridad moral de la cual está investida; lo que significa lo anterior, es que la Defensoría del Pueblo no está dotada de fuerza coercitiva para el cumplimiento de sus recomendaciones; pero la experiencia en los países del mundo que la han adoptado, demuestra que el método señalado permite que se corrijan los abusos de autoridad⁵³.

Igualmente, la mencionada Profesora refiere lo fundamental que resulta la consideración de que la labor del Defensor del Pueblo no puede ser un obstáculo o entorpecimiento a la del resto de los poderes públicos y es por esto que la estructuración del sistema debe hacerse de forma tal que se impida al Defensor del Pueblo entorpecer o crear conflictos en las funciones que realizan los diferentes órganos del Estado, o que se incurra en duplicidad de esfuerzos⁵⁴.

B. Del Ministerio Público

A los fines de abordar la regulación de este aspecto en la Constitución de 1999, es pertinente establecer una comparación entre la regulación de competencias del Ministerio Público en el artículo 220 del texto constitucional de 1961, y en el artículo 285 de la Constitución de 1999, la cual evidenciará que esta Institución de redimensiona en la vigente Carta Magna.

53. RONDON DE SANZO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 211.

54. *Idem*; p. 211.

COMPETENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Constitución de la República de Venezuela de 1961 (Artículo 220)	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Artículo 285)
1. Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.	1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia y porque en los Tribunales de la República se apliquen recíprocamente las leyes en los procesos penales y en los que estén interesados el orden público y las buenas costumbres.	2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, sin perjuicio de que el tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley.	3. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.
4. Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión.	4. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.
5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.	5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios del sector público con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que le atribuyan las leyes. Las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con la Constitución y las leyes.	6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley. Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con la Constitución y la ley.

De lo anterior, se desprende que:

1. Tanto en la Constitución de 1961, como en la de 1999 se consagra la competencia del Ministerio Público de velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, no obstante:

1.1. El texto constitucional de 1961 contempla tal competencia de forma genérica, mientras que el texto constitucional de 1999 la circunscribe a los procesos judiciales, lo cual no obsta para considerar que dicho proceso puede ser iniciado incluso de oficio por el Ministerio Público, en los casos en los que por ejemplo, el Fiscal General de la República demanda la nulidad por razones de inconstitucionalidad de una Ley.

Lo anterior se ajusta a la previsión constitucional de una nueva institución en nuestro texto constitucional de 1999, como lo es la Defensoría del Pueblo, la cual tiene a su cargo la competencia de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales en la etapa previa al inicio de un proceso judicial -de ser el caso-, investigando de oficio o a instancia de parte de las denuncias que lleguen a su conocimiento.

En tal sentido, resulta ilustrativo reseñar lo planteado en el debate constitucional a este respecto:

... EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Artículo 320.- Son atribuciones del Ministerio Público:

1.- Garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) Pienso que el numeral primero de este artículo tiene que reajustarse porque coincide exactamente casi con el primero de las Atribuciones del Defensor del Pueblo.

En el artículo 317, ya aprobado, De las Atribuciones del Defensor del Pueblo, dice: '1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos' (*Sic*). Esto es más o menos lo mismo que está en el numeral primero de este artículo sobre el Ministerio Público.

Pienso que no es necesario eliminarlo, pero sí hay que precisar el ámbito de esta competencia. Creo que lo que tendría que agregarse es la siguiente frase: 'garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos', que es el ámbito propio de la posición del Ministerio Público o del Fiscal General de la República. Entonces, garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos, de manera que esta sea la competencia específica del Ministerio Público para que no se solape o coincida con la general del Defensor del Pueblo. Es todo.

EL PRESIDENTE.- La Dirección de Debates (...) quiere aclarar lo siguiente, el artículo correspondiente y el numeral correspondiente a que hace referencia el constituyente Brewer Carías, califica el tipo de derecho, 'Derechos Humanos' y tratados sobre 'Derechos Humanos' (...), distinto al caso del Fiscal que no se refiere a los Derechos Humanos. En todo caso, el resto de su propuesta es procedente...⁵⁵

1.2. El constituyente de 1999, consciente de que tomar en consideración la integración del Estado a la comunidad internacional resulta hoy más que nunca un hecho indiscutible, ante la imposibilidad de los Estados de satisfacer por sí mismos todas sus necesidades, contempló además de forma expresa -a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1961-, que deben tomarse en consideración los derechos y garantías constitucionales previstos en los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República, los cuales como lo dispone el propio constituyente de 1999 en su artículo 23, tienen jerarquía constitucional, y su incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado Venezolano .

1.3. Finalmente, cabe señalar que el respeto de los derechos humanos constituye el índice internacionalmente aceptado para la calificación de un Estado como desarrollado o no.

2. Las competencias del Ministerio Público en materia penal previstas en la Constitución de 1999, son más amplias y contundentes, y ello resulta ajustado a la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual el Ministerio Público es el protago-

55. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 23-24.

nista de la acción penal, vale decir, el titular de la misma, siendo sus auxiliares directos todos los órganos con atribuciones de investigaciones penales.

3. En la Constitución de 1961 la competencia del Ministerio Público para intentar las acciones a los efectos de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, se circunscribía a la responsabilidad de tipo penal, civil, administrativa o disciplinaria, mientras que en el texto constitucional actual se amplía, para comprender además de las anteriores la responsabilidad laboral y militar.

Respecto a esto, el debate constitucional evidenció, lo siguiente:

... CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (...) Creo que se ha producido un avance importante en la consagración de lo que hemos llamado por muchos años la unidad del Ministerio Público. Hasta el día de hoy, el Ministerio Público ha sido un Ministerio dividido. De hecho, ha existido el Ministerio Público de Menores, el Ministerio Público Laboral, el Ministerio Público Militar y creo que la tendencia de este artículo, apunta hacia la unidad del Ministerio Público.

Me permitiría sugerir dos cosas, en el numeral 5 del artículo 320 (...) En el caso del Ministerio Público Militar, señor Presidente, amigos constituyentes, ocurre que está hasta ahora subordinado, en una relación jerarquizada, y la garantía del debido proceso no opera.

En ese sentido creo, que tenemos que unificar el Ministerio Público. Cuando un abogado apela el Fiscal Militar para que, se garantice la administración de la justicia militar; ese militar está en una relación jerarquizada, y le es difícil adelantar las observaciones respecto al proceso que se está estudiando. Este caso, muchos de los que están acá lo han padecido.

Por otra parte, con respecto a la responsabilidad de la cuestión laboral, todavía existe un Ministerio Público Laboral, y los fiscales laborales no están adscritos al Ministerio Público Laboral General, rompiendo la unidad del ministerio.

En este sentido, sugiero la siguiente redacción en el numeral 5 del artículo 320: 'Intentar las acciones a que hubiese lugar, para ser (*Sic*) efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativo (*Sic*) disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios de justicia; éste funcionario será designado por tal período' (...)

EL PRESIDENTE.- /(...) La sugerencia, en todo caso, es que el fiscal tenga competencia para la materia laboral y para la materia militar (...) / Los ciudadanos constituyentes que estén de acuerdo, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. Aprobado...⁵⁶.

C. De la Contraloría General de la República

1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos, en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.

El debate constitucional que se suscitó en torno a esta competencia, fue el que se expone de seguidas:

... EL SECRETARIO.- (*Lee*) (...) De la Contraloría General de la República

Artículo 323. La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos (...)

56. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999 Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 24.

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (...) La Comisión no introdujo modificaciones (...)

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).-

(...) propongo sustituir (...) la expresión 'bienes nacionales' por 'bienes públicos', porque justamente abarca todo el ámbito nacional, estatal y municipal (...)

(...) CONSTITUYENTE GUTIERREZ (FREDDY).- (...) Sólo una duda, hasta este momento no ha sido posible que la Contraloría General de la República logre auditar, por ejemplo, a Petróleos de Venezuela, porque se ha logrado (*Sic*) todas las formas posibles limitar la actuación de la Contraloría. No sé si este artículo es suficiente para entender que la Contraloría tiene competencias auditoras sobre todos los bienes de la República, aún cuando estos bienes estén administrados (*Sic*) por organizaciones inscritas en el Registro de Comercio.

Tampoco sé si el asunto fue considerado por la Comisión y si se entiende que el ámbito de competencia de la Contraloría abarca todos éstos órganos, desde los órganos con autonomía funcionaria (*Sic*) administrativa, los entes centralizados e incluso los órganos descentralizados que tienen forma de sociedades anónimas.

EL PRESIDENTE.- Voy a hacer una reflexión, como Director de Debates, antes de que la Comisión emita una opinión sobre el planteamiento formulado por el constituyente Freddy Gutiérrez. Presencé el debate en el seno de la Comisión cuando se discutió esta materia, y se trató de establecer un ámbito superior de fiscalización y control, por parte de la Contraloría, y creo, que esa fue la razón por la cual se utilizó la expresión 'bienes nacionales'. Creo, que la intención realmente de esa expresión, fue esa.

En todo caso, con la propuesta que acaba de hacer el constituyente Allan Brewer Carías lo que pudiera hacer es limitarlo -simplemente lo planteo como una información-, si la expresión 'bienes públicos', limita la expresión 'bienes nacionales', porque con la expresión 'bienes nacionales', indudablemente, estaría comprendido también PDVSA. En cambio, con la expresión 'bienes públicos', como es una sociedad mercantil, pudiera no estar incluida PDVSA (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (...) Para buscar una propuesta de consenso, se sugiere la siguiente redacción: 'La Contraloría General de la República, es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, y nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.' (...)

EL PRESIDENTE.- (...) Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar el artículo 323 propuesto por la Comisión con la propuesta formulada por el constituyente Allan Brewer Carías, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. Aprobado ...⁵⁷.

2. Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.

3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal o a la Fiscal de la República a que ejerza las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.

57. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 25-26.

5. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetas a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

Con relación a la pre-citada competencia, los constituyentes acotaron que:

...CONSTITUYENTE VALLENILLA (LUIS).- Ciudadano Presidente. En el numeral 5 hay un calificativo que creo pasó inadvertido y puede crear problemas que es el calificativo de 'políticas públicas' a las políticas (...) Pueden haber políticas internas que afectan los ingresos, gastos y bienes de los organismos sometidos al control de la Contraloría, y si eso es así, no deberíamos dejar el calificativo de 'públicas' sino 'políticas en general', para que puedan también caer bajo su control políticas internas que eventualmente pueden ser sumamente perjudiciales y deben ser controladas por la Contraloría. Es todo (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- La proposición del constituyente Luis Ballell, dice así: En el numeral 5 pide eliminar el calificativo de 'pública' a 'las políticas.' Sin embargo, la Comisión considera que en ese numeral nos referimos explícitamente a la evaluación de políticas públicas, por lo tanto no creemos conveniente eliminar el calificativo que le dimos en el espíritu de la norma. Es todo...⁵⁸.

D. De la Contraloría General de la Fuerza Armada

En la sección Cuarta del Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, correspondiente al Poder Ciudadano, aparece en artículo aparte la regulación de la Contraloría General de la Fuerza Armada, la cual estaría bajo la dirección y responsabilidad del Contralor General de la Fuerza Armada, quien será designado mediante concurso de oposición, cuya organización y funcionamiento lo determinará la ley respectiva y la cual tendrá como competencias: la vigilancia, el control y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos afectos a la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos⁵⁹.

Ahora bien, Juan Garay, apunta que la regulación de la referida Contraloría debía hacerse en el Capítulo III del Título VII de la Constitución de la República, correspondiente a la Fuerza Armada Nacional⁶⁰.

Igualmente, el referido autor reseña que se ha dicho que el artículo 291 -correspondiente a la Contraloría General de la Fuerza Armada-, da a la referida Fuerza el derecho a una contraloría aparte, en el sentido de que es autónoma en sus cuentas, "...pero hay que precisar que igual que ocurre con las contralorías de los estados y los municipios y con cualquier otra contraloría que pueda existir en algún organismo público, y (*Sic*) siempre la Contraloría General puede ejercer sus funciones libremente en dichos organismos (...). En el caso de la Fuerza Armada ya dice el artículo 291 que sus funciones son sin menoscabo del alcance y competencia de la Contraloría General de la República..."⁶¹.

58. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 29.

59. Artículo 291 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

60. GARAY, Juan, *ob. cit.*, p. 123.

61. *Idem*; p. 123.

3. Competencias residuales

Todos los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen, además de las competencias expresamente establecidas en la Constitución, aquellas que les atribuyen las leyes⁶².

4. Competencias del Consejo Moral Republicano

El Consejo Moral Republicano tiene las siguientes competencias⁶³:

1. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.

En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano define, mediante interpretación auténtica, que "...se entenderá por el sometimiento de la actividad que desarrollan los servidores públicos, a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud; y por moral administrativa, la obligación que tienen los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos dirigidos a la satisfacción de necesidades colectivas"⁶⁴.

Igualmente, en desarrollo del artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se le asigna la competencia al Consejo Moral Republicano para prevenir los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que para el cumplimiento de la referida labor de prevención, el Consejo Moral Republicano desarrollará y promoverá actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución, al amor a la patria, a las virtudes trascendentales del Estado venezolano, como Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, de acuerdo al principio de colaboración de poderes⁶⁵.

A los fines de materializar la mencionada competencia, -de prevención-, el aludido Consejo, por sí mismo, o en coordinación con el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, las academias nacionales, las universidades y demás instituciones públicas o privadas, vinculadas con la educación y la cultura, diseñará programas pedagógicos e informativos destinados al conocimiento de los valores, virtudes y derechos ciudadanos, consagrados en la Constitución de la República⁶⁶.

Para asegurar la legalidad, eficiencia y respeto a la ética pública y a la moral administrativa en el desempeño de la gestión de los entes públicos y privados -en general-, el Consejo Moral Republicano, podrá formular a los mismos, las recomendaciones y sugerencias que estime pertinentes. Las recomendaciones deben ser formuladas a la máxima

62. Artículos 281, numeral 12, 285 numeral 6 y 289 numeral 6, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

63. Artículo 10 de la Ley Orgánica Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

64. Artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

65. Artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

66. Artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

autoridad jerárquica del ente correspondiente que tenga atribuida la competencia para adoptar las medidas y girar las instrucciones, a los fines de que se atiendan tales recomendaciones y sugerencias.

Por su parte, los destinatarios de las recomendaciones deben contestar las comunicaciones del Consejo Moral Republicano dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, e informar acerca de las medidas ejecutadas o de las razones por las cuales no se adoptarán las recomendaciones formuladas⁶⁷.

2. Velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.

3. Velar por el cumplimiento de los principios constitucionales del debido proceso y de la legalidad, en toda la actividad administrativa del Estado.

4. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como las actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución de la República, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República, y a la observancia y respeto de los derechos humanos.

5. Promover la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

6. Presentar ante la Asamblea Nacional los proyectos de leyes relativos a los órganos que lo integran.

7. Participar y hacer uso del derecho de palabra ante la Asamblea Nacional en la discusión de las leyes que le sean afines o que sean de su competencia.

8. Efectuar la segunda preselección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional.

En este sentido, cabe señalar que la propuesta original contemplada en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecía lo siguiente: "...Los candidatos a magistrados de este Supremo Tribunal serán postulados ante un Comité de Postulaciones Judiciales designado por el Poder Ciudadano en el que están representadas las instituciones centrales del país. Poder que hará una primera selección, la cual será evaluada por el Poder Ciudadano, el que formalizará sus candidaturas ante la Asamblea Nacional, la que debe realizar la escogencia final e igualmente decidir sobre su remoción..."⁶⁸.

9. Postular ante la Asamblea Nacional a un miembro principal del Consejo Nacional Electoral y a sus dos suplentes.

10. Calificar las faltas graves que hubieren cometido los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

11. Intentar por órgano del Ministerio Público las acciones a que haya lugar, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos que hayan sido objeto, en ejecución del control parlamentario, de declaración de responsabilidad política por la Asamblea Nacional.

12. Solicitar de los funcionarios públicos la colaboración que requiera para el desempeño de sus funciones, los cuales estarán obligados a prestarla con carácter preferente y

67. Artículo 35 (aparte único) y 36, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

68. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas-Venezuela, p. 13.

urgente, y a suministrar los documentos e informaciones que le sean requeridos, incluidos aquellos que hayan sido clasificados como confidenciales o secretos de acuerdo con la ley.

13. Formular a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones.

14. Imponer a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública las sanciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

15. Remitir a los órganos competentes del Estado, las denuncias, solicitudes y actuaciones cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio de la actuación que pudiera tener el Consejo Moral Republicano.

16. Convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

17. Elegir a su Presidente dentro de los diez (10) días siguientes a la instalación del Consejo. Para los siguientes períodos, dicha elección se realizará al finalizar cada año de gestión.

18. Designar al Secretario Ejecutivo, a los demás funcionarios y a los empleados de la Secretaría del Consejo Moral Republicano, así como a los asesores *ad honorem* que requiera para el mejor desempeño de sus funciones.

19. Dictar las decisiones con ocasión de los procedimientos sancionatorios previstos en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

20. Dictar el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

21. Aprobar los planes y programas de prevención y promoción educativa elaborados por la Secretaría Permanente del Consejo Moral Republicano.

22. Las demás que le sean atribuidas por las leyes.

La Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que en el ejercicio de dichas competencias, el Consejo Moral Republicano podrá delegar su conocimiento, trámite, ejecución y seguimiento en alguno de los órganos del Poder Ciudadano⁶⁹.

Igualmente, en este punto resulta importante señalar que conforme a la referida Ley, los destinatarios de los actos, disposiciones y resoluciones que dicte el Consejo Moral Republicano son tanto los funcionarios públicos como los particulares, con excepción de aquellos actos que tengan contenido sancionatorio; que las decisiones del mencionado Consejo se adoptarán mediante el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, y que las actuaciones del Poder Ciudadano se extenderán en papel común y sin estampillas fiscales, estando exentas del pago de tasas, impuestos o contribuciones⁷⁰.

69. Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

70. Artículos 5, 15 y 8, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

IX. POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

1. Antecedentes

El punto de la potestad sancionatoria, fue sin lugar a dudas uno de los más debatidos por los constituyentistas; al respecto, cabe señalar lo siguiente:

... CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (...) Otra consideración que quisiera que ustedes tuvieran presente (...) es la facultad punitiva, la gradación, la escala de sanciones que nosotros consideramos deben tener los magistrados del Poder Ciudadano. Cada uno de ellos debe estar facultado en nuestra apreciación, para imponer sanción moral. La sanción moral no implica ni corporal ni ninguna otra forma de sanción o de castigo (*Sic*) es un llamado de atención público que se hace a aquel funcionario o a aquel ciudadano que se ha desviado en el cumplimiento de sus funciones o en la prestación del servicio para el cual ha sido designado, y que si hay contumacia por parte de aquel objeto de la sanción moral, que el Poder Ciudadano pueda apelar (...)

(...) La gradación de las sanciones: Que el magistrado pueda imponer sanción moral, que el Consejo Moral Republicano como expresión del Poder Ciudadano pueda solicitar destitución de aquellos que incurran en contumacia, y que el mismo Consejo Moral Republicano solicite ante el órgano de expresión del Poder Legislativo, la inhabilitación política de aquellos que contumaces en la contumacia -disculpen la redundancia- deban ser objeto de inhabilitación política...⁷¹.

Ahora bien, el antecedente del actual artículo 275 del texto constitucional vigente, lo constituye el artículo 311, conforme al cual:

... EL SECRETARIO.- (*Lee*).

Artículo 311.- Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, incluyendo al Consejo de Estado, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus atribuciones. De no tomarse dichas medidas, el Consejo Moral Republicano podrá proponer a los órganos competentes las sanciones correspondientes para las autoridades que incurran en contumacia y solicitar a la Asamblea Nacional la inhabilitación para el desempeño de funciones públicas' (*Sic*). Es todo, ciudadano Presidente.

EL PRESIDENTE.- Tiene la palabra el constituyente Miguel Madriz Bustamante para que dé lectura al artículo que viene de la Comisión.

CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- Ciudadano Presidente. 'Artículo 311.- Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, incluyendo al Consejo de Estado, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus deberes legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano podrá imponer sanciones morales de acuerdo a la ley cuando lo juzgue necesario. En caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al Poder o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o empleado público para que este Poder tome los correctivos o sanciones de acuerdo al caso. Podrá, asimismo, solicitar la inhabilitación política ante la Asamblea Nacional'.

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (...) El espíritu en la redacción de este artículo está en la gradación de las sanciones. La Ley actual de Contraloría establece la atribución al Contralor para imponer sanciones de carácter administrativo. Por comparación, el Defensor del Pueblo que va a tener la pesada responsabilidad de defender los derechos y garantías de todos los ciudadanos, debe ser dotado de una facultad punitiva que aunque no impli-

71. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, del 18 de octubre de 1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; p. 16.

que pena corporal le dé el grado de autoridad necesaria ante el ciudadano para ganarse el respeto, y por ese respeto, el rescate de la credibilidad en las instituciones por parte de los venezolanos.

De ahí que la sanción moral pudiera ser comparada con una llamada de atención pública al funcionario que desvíe su actuación de lo que está consagrado en la Constitución y las leyes.

(...) EL PRESIDENTE.- ¿Quiere decir que les daría un consejo o algo así?

CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- Ciudadano Presidente. Un consejo o reprimenda de acuerdo al caso.

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- Esta es, quizás la más preocupante de las atribuciones de este Consejo Moral Republicano, y es un caso delicado que lo quisiera razonar en función de dos supuestos. En primer lugar, habría que señalar lo siguiente: Hay unos órganos del Poder Público que integran este Poder Ciudadano que podrían dictar medidas, efectivamente, para sanciones de carácter administrativo, pero después podría haber sanciones de naturaleza política. Ahora, se le da la facultad de poner bajo el ojo escrutador de funcionarios electos popularmente, que forman parte del Consejo de Estado como, por ejemplo, gobernadores y alcaldes y del propio Consejo Federal de Gobierno, por extensión, si no funcionarios de carrera administrativa sino electos popularmente, la posibilidad de que sean sancionados y proponer su inhabilitación política, lo cual es delicado, porque en el fondo este tema de la moral tiene una serie de acepciones.

De forma tal que quisiera proponer que en el caso de sanciones administrativas, muy bien se podría solicitar una inhabilitación política, lo cual ya está acordado, porque si una persona comete un delito, el Fiscal que forma parte del Poder inicia el juicio, no estamos hablando de ese caso, y si resulta culpable ya dijimos que queda inhabilitado políticamente para el ejercicio de funciones, pero no está demás que se diga.

Veamos el supuesto de funcionarios electos popularmente y el Consejo Moral Republicano resuelve pedirle a la Asamblea Nacional su inhabilitación. No tiene competencia la Asamblea para esa inhabilitación. Distinto es que tuviera la posibilidad de activar el referendo revocatorio sin necesidad de recoger firmas. Eso sí entiendo que puede ser una competencia del Poder Moral contra funcionarios electos popularmente, es decir, que le confirmamos al Poder Moral la facultad de solicitar el referendo revocatorio, porque si es por faltas administrativas o por apropiación indebida de bienes, entonces la justicia se ejerce contra el funcionario, pero si ha perdido confianza política o se ponen de acuerdo los miembros del Consejo Moral Republicano, entonces que tengan la posibilidad no de solicitar la inhabilitación sino concretamente de activar el referendo revocatorio.

Por otro lado, supongamos que el funcionario que está en el ojo de ese proceso inquisidor sea nada menos que el Vicepresidente de la República, entonces va a solicitarle a la Asamblea Nacional la posibilidad de la inhabilitación, y resulta que aquí dijimos que si por tercera vez es inhabilitado un funcionario de esa jerarquía, como es el Vicepresidente, el Presidente tiene la facultad de disolver el Congreso.

Entonces supongamos que estamos en esa situación ¿Cuándo el Congreso va a destituir a ese funcionario si resulta que cuando lo destituya, si es la tercera vez, de hecho está disuelto el Congreso? O sea, paseémonos por esa posibilidad, lo cual implicaría en todo caso revisar bien la norma ante distintos supuestos. Una cosa es la responsabilidad administrativa ante las (*Sic*) cuales (*Sic*) hay tribunales de justicia, y otra cosa es la inhabilitación política de funcionarios electos popularmente, para lo cual deberían tener las responsabilidades de activar el referendo revocatorio, además hay que eliminar el término ‘sanciones morales’ como efectivamente usted lo plantea, son sanciones de naturaleza administrativa.

Lo otro como usted dice, ciudadano Presidente, es apenas un consejito: ‘Mire, pórtese bien’, en fin cosas de esas (...)

(...) CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO). - (...) Propongo la facultad no de la inhabilitación de los funcionarios, sino la facultad de activar directamente el referendo revocatorio para funcionarios electos popularmente. No que unos señores reunidos -tres de ellos- se pongan de acuerdo para decir: ‘Vamos a destituir a fulanito’ y resulta que ese fue electo popularmente. Es todo.

CONSTITUYENTE GARCIA PONCE (GUILERMO).- (...) Evidentemente que esta afirmación de las medidas morales es demasiado ambigua y se presta a diversas interpretaciones. ¿Qué es una sanción moral? Una autocrítica, pedir perdón, un voto de castidad, es decir, se presta a una serie de interpretaciones. Creo que se debería ser preciso. La única sanción moral que conozco es un voto de censura, una censura pública, entonces habría que señalarla concretamente. Es decir, el Consejo Moral emite o hace una declaración de censura a un funcionario. Eso es una sanción moral porque está exponiendo ante el país la falta de un ciudadano.

De tal manera que sugeriría a la Comisión que elimine esto de las sanciones morales y establezca concretamente esa, por ejemplo, la censura pública. La otra sugerencia que hago a la Comisión es eliminar esta parte donde dice 'incluyendo el Consejo del Estado', porque no es necesario, porque estamos hablando de todas las autoridades y funcionarios, incluso, esto incluye al Presidente de la República. De tal manera que solicito se elimine, incluyendo al Consejo del Estado, y lo hacemos extensivo a todos los funcionarios y autoridades públicas (...)

(...) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (...) Retomando su observación sobre el tema de las sanciones morales, al igual que los constituyentes Di Giampaolo y García Ponce, propongo formalmente que se sustituya la última frase del primer párrafo, esa que dice: 'podrá imponer sanciones morales de acuerdo a la ley cuando lo juzgue conveniente', por una frase que diga: 'podrá imponer las sanciones establecidas en la ley', y que sea la ley la que regule las sanciones, porque en definitiva las responsabilidades de los funcionarios son civiles, administrativas, penales y disciplinarias, y la ley debe establecer este tipo de sanciones, como lo decía el constituyente García Ponce. Es todo.

(...) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- (...) Me siento un poco fuera de contexto en esta sociedad, porque parece que estamos en una sociedad en la cual la moral o la ética, que es ya la moral tratada desde el punto de vista de la filosofía como una disciplina científica, es una disciplina inclusive práctica, y es tan práctica precisamente que cuando Kant trató esto lo incluyó en su obra la *Crítica de la razón práctica*. Una sociedad que no tenga valores morales, que es lo que ocurre actualmente, nos conduce hacia una descomposición en todos los ámbitos de las relaciones humanas; y un individuo que tiene dignidad, y yo digo que es la piel de la personalidad, tiene que tomar en cuenta los juicios morales.

En otros países esto es así, no hace muchos años, creo que dos o tres, a un ministro en Polonia lo acusaron, y no lo acusó oficialmente como lo acusaría el Defensor del Pueblo, sino la prensa y la opinión pública, de corrupto, y este señor se suicidó (...) Entonces, ha habido en muchos países civilizados la sanción moral y el ejemplo más patente es la creación en Inglaterra del Tribunal Russel para condenar los crímenes de guerra en Vietnam. La intención del Tribunal no era imponer una sanción disciplinaria sino exponer a la opinión pública, nacional y mundial, las objeciones que tenía contra un individuo que hubiese hecho cosas indebidas en la guerra de Vietnam.

En Maracaibo propuse, a raíz del asesinato de una estudiante universitaria, la creación de un tribunal que llevara su nombre y que funcionara como el Tribunal Russel para sancionar, por lo menos, públicamente, a los individuos que resultaran responsables.

(...) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- Continúo, Presidente. De manera que las sanciones morales sí son valederas y son públicas, y sería importante que el Defensor del Pueblo, a través del Consejo Moral Republicano, dijera por la prensa y estableciera: el señor fulano de tal ha incurrido en esto...ya eso es un handicap para futuras intervenciones públicas de ese señor. Creo que sí tiene valor, como dijo el constituyente Madrid Bustamante, la sanción moral, la censura pública por un funcionario oficial del Estado (...)

(...) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (...) Observo que la Comisión podría considerar el Capítulo en general y particularmente este artículo, porque cuando se refiere en la primera parte a que 'los representantes del Consejo Moral Republicano formularán...', no sabemos exactamente si se trata del Ministerio Público, la Contraloría General de la República o la Defensoría del Pueblo. Es una alternativa de interpretación.

La otra alternativa de interpretación es que, teniendo autonomía funcional y administrativa y siendo un órgano autónomo y distinto de las tres instituciones que nombramos, tuviese su propio

representante. Sería bueno aclarar si se trata de las funciones propias del Ministerio Público, que es garante de la legalidad; o de la Contraloría General de la República, que es custodio y vigilante del patrimonio de la Administración Pública. Eso sería bueno aclararlo en el Capítulo, y, en segundo término, comparto igualmente que habrá que establecer las sanciones, y se podría incluso simplificar el artículo aclarando cuáles son los representantes, compartiendo el planteamiento de Allan Brewer de que: 'los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, las sanciones que establezca la ley...' y entonces definir allí si son sanciones civiles, que pueden ser reparación de daños; sanciones administrativas, que tienen que ver con actos destitutorios de la Administración; o sanciones restrictivas o privativas de la libertad, pero no dejarlo en sanciones morales porque daría lugar a una interpretación de cualquier tipo, desde quitarle el saludo hasta producir una quema en la plaza pública. Es todo.

(...) CONSTITUYENTE MEDINA (PABLO) (...) creo, como que (*Sic*) dice el constituyente Di Giampaolo, que lo que se llama el Consejo Moral, que sería un poco el cogollo o la cúpula de este Poder, no puede tomar medidas, tiene que remitirlas a la ley, porque si son funcionarios públicos ellos no pueden destituir a menos que sea mediante un referendo, como lo dijimos en la Ley.

Quiero que esa parte quede muy clara porque pueden establecerse ahí mecanismos arbitrarios en nombre de tres personas que pueden comenzar a destituir funcionarios que son electos por el pueblo (...)

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- (...) en la parte final del artículo se habla de proponer a la Asamblea Nacional, lo que estoy diciendo es que esa parte no debe estar, debe ser: 'en el caso de funcionarios electos' tiene que haber una revocatoria, en los otros casos sencillamente se va a los órganos correspondientes y ya. Si la Comisión acepta eliminar esa parte final, es otra cosa, pero son contradictorias. Lo otro es desarrollar un poder inquisitivo en el país (...)

EL PRESIDENTE.- La proposición del constituyente Di Giampaolo, si la interpreto bien, es que cuando se trata de sancionar a diputados electos, la sanción debe ser la revocatoria del mandato a través de referendo.

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- Ciudadano, lo que propongo es activar el referendo.

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- El artículo quedaría, en términos generales, de esta manera, por cuanto todavía hay correcciones de estilo: 'Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus deberes legales. De no acatarse esta (*Sic*) advertencia (*Sic*) el Consejo Moral Republicano podrá imponer sanciones de acuerdo a lo establecido en la ley (*Sic*), en caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al poder o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o empleado público, para que esa instancia tome los correctivos o sanciones de acuerdo al caso, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, en conformidad con la ley. Asimismo podrá solicitar ante la Asamblea Nacional, la inhabilitación política, y no sólo del funcionario, es de cualquier empleado, de cualquier ciudadano venezolano que por contumacia y desviación reiterada de todos los que son sus deberes y principios legales, se deba considerar la posibilidad de que no pueda optar a cargos de elección popular, o cargos en la administración pública nacional. Es una solicitud que hace el Consejo Moral Republicano, como expresión del Poder Ciudadano ante el Poder Legislativo, en la figura de la Asamblea Nacional. Es una solicitud.

(...) CONSTITUYENTE ISTÚRIZ (ARISTÓBULO) Para ordenar esto, el doctor Brewer hizo una proposición que recoge todo, que las sanciones se apliquen, de acuerdo a lo que establece la ley, porque la ley establece una sanción de acuerdo con una falta, hay un tipo de sanción. Lo que tiene que hacer el Consejo Moral Republicano ya que está facultado para aplicar la sanción, que corresponda en cada caso de acuerdo con la ley.

EL PRESIDENTE.- Se va a someter a votación, la proposición de la comisión, con la corrección que ha hecho Brewer Carías (*Sic*), que es la más coherente.

Los que estén de acuerdo con esa proposición que lo manifiesten con la señal de costumbre. (Pausa). Aprobado (...)

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Esto implica que la última parte debe ser eliminada, porque la Asamblea no puede imponer, la inhabilitación política que es una sanción penal, que es normalmente accesoria a la pena principal. Pero esto es un tema penal. No es que se puede solicitar a la Asamblea, la aplicación de esta pena. Habría que quitar la última parte del artículo, la última frase.

EL PRESIDENTE.- Así es como se interpretó la aprobación que se hizo...⁷².

2. Generalidades

Los principios que rigen los procedimientos que se cumplan en el ejercicio de las competencias del Consejo Moral Republicano, son los de: gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad, impulso de oficio, oralidad, discrecionalidad, eficacia, flexibilidad y publicidad. Acorde con ello, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano prevé que respecto a los mismos no se requerirá la asistencia de abogado y que en todos los casos se respetará la garantía del debido proceso⁷³.

Respecto al inicio de los procedimientos, el artículo 29 de la referida Ley especial, dispone que cualquier personal puede presentar solicitudes o denuncias, verbales o escritas "...ante los órganos del Poder Ciudadano...", cuando en puridad de criterios debió establecer que fuese "ante el Consejo Moral Republicano", por cuanto es a las leyes especiales correspondientes a cada uno de los órganos del Poder Ciudadano a las que corresponde regular el inicio de los procedimientos ante los mismos; igualmente, el mencionado precepto prevé que la solicitud o denuncia puede se hecha en defensa de los derechos o intereses del propio solicitante, de un tercero, o de intereses colectivos o difusos.

La interposición de solicitudes o denuncias, o el inicio de procedimientos por parte el Consejo Moral Republicano, no suspende ni interrumpe plazos en procedimientos administrativos o judiciales relacionados con los mismos hechos, actos u omisiones, ni anula o modifica lo actuado o resuelto en estos⁷⁴.

3. Desarrollo

Respecto a la potestad sancionatoria del Consejo Moral Republicano, ante todo debe decirse que -tal y como fue consagrada constitucional y legalmente-, su materialización va precedida de la formulación de advertencias respecto a los funcionarios públicos sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales; las referidas adverten-

72. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 9-12.

73. Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículos 28 y 41, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

74. Artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

cias deben ser comunicadas por el Presidente del Consejo Moral Republicano, a los funcionarios públicos y de no acatarse las mismas, el mencionado Consejo tiene la potestad discrecional de imponer las sanciones legales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁷⁵.

Ahora bien, la potestad sancionatoria del Consejo Moral Republicano puede ser la consecuencia de su ejercicio de oficio, o de una solicitud o denuncia presentada ante el mismo, y en ese caso el Consejo procederá a evaluarla dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación y resolverá sobre su admisión; en caso de que de la referida evaluación se desprenda que el conocimiento del caso corresponde a otro organismo, el Consejo la remitirá a éste para su tramitación⁷⁶.

El procedimiento de investigación tendrá un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la admisión de la solicitud o denuncia, o del acuerdo de investigación de oficio, siendo prorrogable dicho lapso hasta por otro igual y mediante resolución expresa, cuando la complejidad del asunto lo determine. En el desarrollo del mencionado procedimiento, el Consejo Moral Republicano tiene la potestad de requerir de oficio de cualquier ente público o privado, las informaciones y documentos que sean necesarios y de invitar a comparecer a cualquier persona o funcionario, cuyo testimonio considere de interés para esclarecer los hechos que investigue el referido Consejo, las cuales deben colaborar de manera diligente y oportuna con el mismo, proporcionando las informaciones, documentos o testimonios que se les soliciten, o excusarse formalmente y por escrito, con la debida motivación; en tal sentido, el Consejo Moral Republicano valorará las razones alegadas, pudiendo insistir en la solicitud si la considera procedente. Igualmente, el mencionado Consejo tiene el deber legal de escuchar en audiencia oral y pública los alegatos y defensas tanto de las partes, como de cualquier interesado⁷⁷.

Una vez concluido el lapso para la investigación o su prorroga si fuere el caso, el Consejo Moral Republicano dispondrá de diez (10) días hábiles para emitir su decisión, la cual puede consistir en recomendaciones, la imposición efectiva de sanciones, o el archivo del expediente.

4. Sanciones

Las sanciones susceptibles de aplicación por el Consejo Moral Republicano, son dos (2):

1. *La amonestación*: la cual de acuerdo a la interpretación autentica del artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano "...consiste en la comunicación escrita dirigida al sancionado, mediante la cual se describe el acto, hecho u omisión en el que hubiere incurrido y que atente contra la ética pública o la moral administrativa, instándole a corregir su conducta y previniéndole sobre la aplicación de sanciones más severas en caso de contumacia".

75. Artículo 275 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

76. Artículos 39 y 40, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

77. Artículos 38 y 41, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

2. La *censura*: que conforme a la interpretación auténtica del artículo 49 *ejusdem* "...constituye la manifestación pública dirigida al sancionado, en la que se le reprocha un acto, hecho u omisión de tal connotación que infringe de manera intolerable, perjudicial o notoria, los deberes que sustentan los valores trascendentales de la República...". La censura pública también se aplicará a los sancionados que mantengan su actitud contumás, no obstante haber sido amonestados por el Consejo Moral Republicano.

Cuando se aplique la sanción de censura pública, el Consejo Moral Republicano tiene la facultad discrecional de recomendar o solicitar a la autoridad competente, la imposición de la suspensión, remoción o destitución del censurado, conforme a las disposiciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en las leyes respectivas.

Una vez aplicada la sanción a que haya lugar, en caso de contumacia por parte del sancionado, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario público, para que esa instancia tome los correctivos necesarios, de acuerdo con el caso, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la Ley, y en ese informe podrá recomendarse o solicitarse que se imponga la suspensión, remoción o destitución del sancionado⁷⁸.

Contra la sanción impuesta, podrá interponerse recurso de reconsideración, el cual debe ser ejercido dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la misma, y decidido dentro de un término de diez (10) días continuos contados a partir de la recepción de dicho recurso.

La no interposición del recurso de reconsideración dentro del lapso establecido, se entenderá como la conformidad con la sanción impuesta, quedando ésta definitivamente firme y debiendo remitirse al ente correspondiente para su incorporación en el expediente respectivo.

Los pronunciamientos del Consejo Moral Republicano que decidan el recurso de reconsideración, agotan el procedimiento⁷⁹.

Una vez que estén firmes las sanciones impuestas por el Consejo Moral Republicano, las mismas serán publicadas en el informe correspondiente, y cuando la sanción se trate de censura pública, esta será difundida por los medios de comunicación social⁸⁰.

78. Artículo 275 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

79. Artículos 43 y 44, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

80. Artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

X. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO

Haciendo un necesario desarrollo del artículo 266 de la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano estableció el procedimiento destinado a la calificación de la falta en la que presuntamente se encuentre incurso un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente, la referida Ley especial estableció las conductas que se consideran faltas graves de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y en tal sentido, contempló en su artículo 11 las siguientes:

1. Cuando atenten, amenacen o lesionen la ética pública y la moral administrativa, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.
2. Cuando incurran en alguna de las causales de destitución del cargo previstas en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana.
3. Cuando actúen con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución de la República, de la Ley y del derecho.
4. Cuando adopten decisiones que atenten o lesionen los intereses de la Nación.
5. Cuando violen, amenacen o menoscaben los principios fundamentales establecidos en la Constitución de la República.
6. Cuando lleven a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, o realicen actividades privadas lucrativas incompatibles con su función por sí, o por interpuesta persona, o ejerzan cualquier otra función pública, a excepción de actividades educativas.

Ahora bien, conforme al artículo 32 de la pre-citada Ley, cualquier ciudadano podrá solicitar al Consejo Moral Republicano la calificación de la falta en la que presuntamente se encuentre incurso un Magistrado del máximo tribunal de la República.

Una vez recibida la solicitud, el Presidente del Consejo Moral Republicano notificará al Magistrado de que se trate, a los fines de que éste presente el escrito de descargo correspondiente, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Seguidamente, el Presidente del Consejo Moral Republicano convocará a una sesión extraordinaria, con la finalidad de que el Secretario Ejecutivo de dicho Consejo dé lectura a la solicitud y al escrito de descargo, y los miembros del Consejo analicen la documentación y los soportes que se acompañen a la solicitud⁸¹.

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano establece que en este procedimiento "... deberán garantizarle (al Magistrado) el debido proceso..." (Paréntesis nuestro) y que luego de deliberar, se adoptará la resolución correspondiente por mayoría simple, salvo que alguno de los miembros del Consejo Moral Republicano considere necesario recabar información complementaria, caso en el cual ordenarán al Secretario Ejecutivo del Consejo que realice las gestiones tendentes al cumplimiento de dicha finalidad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La calificación de la falta grave se llevará a cabo en la sesión extraordinaria que deberá ser fijada en ese mismo acto y la cual en todo caso no podrá exceder de los diez (10) días hábiles siguientes.

81. Artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001 publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

De producirse una resolución contentiva de la calificación de una falta como grave, el Consejo Moral Republicano informará pormenorizadamente y por escrito a la Asamblea Nacional en un lapso de tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de la decisión, los hechos constitutivos de la conducta del Magistrado que motivaron la calificación de falta grave realizada por el Consejo. Al referido informe se le anexarán los documentos probatorios respectivos⁸².

Lo anterior, por cuanto conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia podrán 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 previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que establece la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁸³.

XI. DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL

El deber precedentemente referido se hará efectivo mediante la presentación de un informe anual y todos los informes que les sean solicitados en cualquier momento por la Asamblea Nacional⁸⁴.

El debate constitucional planteado en torno a la consagración del mencionado deber, fue el siguiente:

...EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Artículo 312.- El Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria. Así mismo presentará los informes que en cualquier momento le sean solicitados por la Asamblea.

Tanto los informes ordinarios como los extraordinarios deberán publicarse (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRID (MIGUEL).- El Presidente del Consejo Moral Republicano y cada magistrado del Poder Ciudadano, presentarán un informe anual ante la Asamblea Nacional, y todo el resto del artículo queda igual. Se incorpora la responsabilidad por parte de cada uno de los magistrados del Poder Ciudadano, a presentar informe anual ante la Asamblea Nacional (...)

(...) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- Presidente. Para sugerir a la Comisión que aclare para el segundo informe, si se trata de un informe o si se trata de una rendición de cuenta, pareciera que los magistrados del Poder Ciudadano, deberían rendir cuenta al Presidente del Poder Ciudadano y el Presidente del Poder Ciudadano, sí presenta un informe ante la Asamblea anual y no que cada magistrado presente un informe. No entiendo con claridad el asunto.

82. Artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

83. Artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

84. Artículo 276 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

EL PRESIDENTE.- Me parece que tiene coherencia la proposición de Freddy, en el sentido de que un solo elemento, representante del conjunto, sea el que haga el informe. Lo acoge la Comisión (...)

(...) CONSTITUYENTE RODRÍGUEZ (ISAÍAS).- Señor Presidente, señores constituyentes. La observación que ha hecho Freddy Gutiérrez tiene algún sentido y la Comisión debería, en todo caso, acoger esa reflexión por lo siguiente, cuando se establecen las atribuciones del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República, cada uno de ellos tiene la obligación de presentar un informe anual a la Asamblea Nacional. Entonces estaríamos hablando del Contralor como Contralor y del Contralor como formando parte del Consejo Moral Republicano. ¿Cómo logramos que ese funcionario asuma en sí mismo, dos actitudes, dos situaciones distintas, frente a la Asamblea Nacional? No estoy haciendo ninguna propuesta, ni siquiera estoy haciendo una crítica, sino tratando de promover una reflexión, que en el planteamiento que hace Freddy Gutiérrez, tiene algún sentido, por lo menos para pensar, de qué manera se van a concatenar estos informes que presentaría de manera distinta, tanto el Contralor como el Fiscal (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Presidente: se acoge la recomendación y en reunión posterior con el colega constituyente Freddy Gutiérrez, se aclara y se modifica la redacción para que sea más clara todavía.

EL PRESIDENTE.- Acogida la moción, se va a votar. Los que estén de acuerdo, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (Pausa). Aprobado...⁸⁵.

Por tanto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela distingue en su artículo 276 entre el Presidente del Consejo Moral Republicano, que es el titular del órgano de expresión del Poder Ciudadano, y los titulares de los diferentes órganos de dicho Poder, respecto de las obligaciones de presentar un informe anual a la Asamblea Nacional y los que se les pidan en cualquier momento por dicha Asamblea.

Concretamente, en relación con el Consejo Moral Republicano, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el referido Consejo presentará ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros noventa (90) días de cada año, una memoria y cuenta razonada y suficiente sobre la gestión del Consejo en el año inmediatamente anterior y de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁸⁶.

XII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO

Respecto a la información que maneje el Poder Ciudadano, la Constitución de la República sólo dispone que éste Poder deberá regirse a los procedimientos que establezca la ley para suministrar, si lo considera oportuno y conveniente -ya que es potestativo-, la información contenida en documentos confidenciales o secretos⁸⁷.

En tal sentido, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano estableció el principio de la reserva para el servicio oficial del archivo del Poder Ciudadano y consagró la excepción

85. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre - Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 12-13.

86. Artículos 65 y 16, numeral 2., ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

87. Artículo 277 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

respecto a quienes demuestren un interés calificado, concretamente, legítimo, personal y directo⁸⁸.

En desarrollo del principio general, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra la prohibición de ordenar la exhibición o inspección del archivo del Consejo Moral Republicano, y dispone que podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro que corresponda al archivo, a excepción de aquellos que tengan carácter reservado o confidencial, correspondiendo tales calificaciones a la consideración del Presidente del Consejo Moral Republicano. En todo caso, las copias certificadas solicitadas por las autoridades o por los particulares al Consejo Moral Republicano, serán expedidas por el Secretario Ejecutivo del mismo, en los casos en que su Presidente lo considere procedente⁸⁹.

Asimismo, y en respeto de la autonomía de los órganos del Poder Ciudadano, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que serán las leyes orgánicas correspondientes a cada uno de esos órganos, y la del Sistema Nacional de Control Fiscal, las que determinarán las condiciones de acceso a sus respectivos archivos y el uso de sus documentos⁹⁰.

Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano establece la obligación de los funcionarios y empleados del Consejo Moral Republicano de guardar secreto respecto de los asuntos de que conozcan en razón de sus funciones, y les prohíbe conservar para sí, tomar o publicar copias de papeles, documentos o expedientes del archivo físico o electrónico, de los respectivos despachos, so pena de ser sujetos de las sanciones correspondientes⁹¹.

XIII. DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Ampliando lo concerniente al deber de colaboración de los funcionarios de la Administración Pública con el Consejo Moral Republicano en lo que concierne de manera específica a su potestad de investigación, el cual se regula en el artículo 277 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra de manera mucho más genérica el aludido deber, estableciendo que este lo tienen las autoridades de la República respecto al Poder Ciudadano y que el mismo implica prestarle a este Poder del Estado la colaboración que requiera para el mejor cumplimiento de todas sus funciones -en general, y no de manera específica respecto a su potestad de investigación como se dispone en el artículo 277 de la Carta Magna-, consagrando igualmente la mencionada Ley especial, la posibilidad de sancionar de con-

88. Artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

89. Artículos: 60, 61,16: numeral 15 y 19: numeral 3, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

90. Artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

91. Artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

formidad con las leyes a quienes al ser requeridos le negaren su auxilio al Poder Ciudadano⁹².

Igualmente, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el Consejo Moral Republicano, cuando lo estime conveniente, dispondrá de la colaboración de profesionales y técnicos adscritos a los diferentes órganos del Poder Público⁹³.

Asimismo, tanto la Constitución de la República como la mencionada Ley, establecen que el Consejo Moral Republicano podrá solicitar a los funcionarios de la Administración Pública las declaraciones y la exhibición o remisión de los documentos, expedientes, libros o registros que reposen en sus archivos y que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, aún los calificados con el carácter de confidenciales o secretos⁹⁴.

XIV. EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO

1. El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano

El Poder Ciudadano tiene la iniciativa de las leyes relativas a los órganos que lo integran, y el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano, tendrá derecho de palabra en la discusión de las leyes, en los términos que establezca en reglamento de la Asamblea Nacional⁹⁵.

Igualmente, corresponde al Poder Ciudadano hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios públicos, una vez que la misma haya sido declarada por la Asamblea Nacional, en ejercicio del control parlamentario⁹⁶.

2. El Poder Judicial y el Poder Ciudadano

El Poder Ciudadano efectuará la segunda preselección para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional⁹⁷.

92. Artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 7 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

93. Artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

94. Artículos 31 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

95. Artículos 204 ordinal 5. y 211, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

96. Artículo 222 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

97. Artículo 264 (encabezamiento) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Igualmente, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que establezca la ley, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos por la Asamblea Nacional, mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la misma, previa audiencia concedida al interesado⁹⁸.

3. El Poder Electoral y el Poder Ciudadano

El Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral, estará integrado por cinco (5) personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos, (1) de ellas por el Poder Ciudadano, la cual tendrá dos (2) suplentes⁹⁹.

XV. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución de la República consagra -como ya señaló en el punto VII del presente trabajo-, la autonomía funcional, financiera y administrativa de los órganos del Poder Ciudadano, y establece el deber de asignar a este Poder del Estado una partida anual variable dentro del presupuesto general del Estado, la cual de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, será solicitada por el Presidente del Consejo Moral Republicano con la anuencia del resto de sus integrantes, y en la que se incluirán los recursos para el funcionamiento del mencionado Consejo¹⁰⁰.

Así mismo, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra como atribución y deber del Presidente del Consejo Moral Republicano, la ejecución del presupuesto de funcionamiento del mencionado Consejo¹⁰¹.

Finalmente, la referida Ley especial dispone que este Poder estará sujeto a las leyes y reglamentos sobre la elaboración, ejecución y control del presupuesto, en cuanto le sean aplicables¹⁰².

98. Artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

99. Artículo 296 (encabezamiento y primer aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

100. Artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, en concordancia con el artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

101. Artículo 15, numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

102. Artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

XVI. LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el marco jurídico regulador del Poder Ciudadano, cuyo desarrollo legislativo corresponde a la Asamblea Nacional, la cual debe aprobar la legislación referida al Poder Ciudadano. Concretamente, una ley con rango de orgánica debe regular la organización y funcionamiento de este Poder del Estado y desarrollar lo concerniente al ejercicio de las competencias de sus órganos integrantes¹⁰³.

Es por vía legal que se llenará el vacío proveniente de la enumeración de competencias de las atribuciones de los titulares de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano.

Respecto a la Defensoría del Pueblo, ésta es competencia del Poder Público Nacional y la ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento en el ámbito municipal, estatal, nacional y especial, teniendo como directriz constitucional, que su actividad se regirá por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio¹⁰⁴.

En este sentido, el debate constitucional fue el siguiente:

... CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- (...) Hay un elemento muy importante, sobre todo en un país que tiene que avanzar hacia la descentralización, y ésta tiene que ser una figura descentralizada y la legislación tendrá que prever este problema, porque tampoco podemos crear una figura centralista de Defensoría de los Derechos del Ciudadano que luego se presente con ese problema, que se atore con tantas denuncias que le llegan y no las va a poder atenderlas (*Sic*). Es decir, que el desarrollo de la ley, no me atrevo a plantearlo en este momento, para que se incorpore con rango constitucional, pero en el desarrollo de la ley tendrá que plantearse entonces esa característica, que pueda crear oficinas regionales en los distintos estados o zonas y funcionar. Me dice el Presidente de la Comisión que está allí contenido, no lo había precisado (...)

(...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (...)

Obedece la inclusión de este artículo, ciudadano Presidente, a que nuestra función como constituyentes incluye la de orientar al legislador y establecer con rango constitucional, los principios que han de prevalecer en la acción, funcionamiento y organización de la Defensoría del pueblo (*Sic*). Asimismo, atender la inquietud que antes planteara el constituyente Vladimir Villegas, en lo que tiene que ver con las instancias donde debe llegar la Defensoría del pueblo (*Sic*) (...)¹⁰⁵.

En cuanto al Ministerio Público, el mismo es de la competencia del Poder Público Nacional y la ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento en el ámbito municipal, estatal y nacional, concretamente, determinará los funcionarios que auxiliarán al Fiscal General de la República en el ejercicio de sus atribuciones, proveerá lo conducente para asegurar la idoneidad, probidad y estabilidad de los Fiscales del Mi-

103. Disposición transitoria cuarta, numeral 5 y artículo 203, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

104. Artículo 283 y disposición transitoria novena, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

105. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre - Noviembre 1999, Sesión Ordinaria N° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; pp. 16; 23.

nisterio Público y establecerá las normas para garantizar un sistema de carrera para el ejercicio de su función¹⁰⁶.

Igualmente la ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal¹⁰⁷.

Mientras se dictan las leyes relativas al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, mantienen su vigencia las leyes orgánicas del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República. Por su parte, el Defensor del Pueblo adelantará lo correspondiente a su estructura organizativa, integración, establecimiento de presupuesto e infraestructura física, tomando como base las atribuciones que le establece la Constitución¹⁰⁸.

De lo anterior se deduce la imperiosa necesidad de que la Asamblea Nacional apruebe la legislación precedentemente señalada, a los fines de desarrollar los postulados constitucionales, permitiendo su real materialización y evitando con ello las invasiones de competencias entre los órganos del Poder Ciudadano, producto de la aplicación de leyes que se encuentran desadaptadas al nuevo texto constitucional, y que produzcan como consecuencia actuaciones viciadas por usurpación de funciones, lo cual acarree la nulidad de las mismas y la duplicidad de esfuerzos.

106. Artículo 286 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

107. Artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

108. Disposición transitoria novena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

María Alejandra Correa de Baumeister
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

La consagración en el texto constitucional de dos nuevas ramas del Poder Público, denominadas Poder Ciudadano y Poder Electoral, integrados el primero por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, y el segundo por el Consejo Nacional Electoral, ha hecho resurgir las interrogantes planteadas en torno a la naturaleza jurídica de dichos órganos.

Bajo el régimen de la Constitución de 1961, esos órganos, salvo la Defensoría del Pueblo, creada *ex novo* en la Constitución de 1999, se ubicaban dentro de la Administración Pública, aún cuando en la estructura organizativa del Estado no se identificaban como integrantes del Poder Ejecutivo, razón por la cual se les denominaba órganos de la Administración Pública con autonomía funcional.

Así, hasta la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia afirmaban la pertenencia de dichos órganos a la Administración Pública, a pesar de su independencia del Poder Ejecutivo, independencia a la cual alude el calificativo relativo a su autonomía funcional y las consideraciones en torno a que su existencia constitucional rompía la trilogía clásica de separación del Poder Público.

El autor Brewer-Carías, al referirse a la organización administrativa hacía mención de estos órganos, afirmando lo siguiente:

Pero realmente, allí no se agota la Organización Administrativa del Estado, ni por ejemplo, a nivel nacional, el verdadero ámbito de la "Administración Pública Nacional", pues existen órganos administrativos que no encuadran en la clásica "separación orgánica de poderes". En efecto, la misma separación orgánica que recoge la Constitución y que a nivel nacional establece una distinción clara entre el Congreso (Cámara de Diputados y Senado); la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales; y de los diversos órganos que configuran el Ejecutivo Nacional, no es una separación absoluta y exclusiva, pues constitucionalmente han venido apareciendo otra serie de órganos que, realmente, no pueden ubicarse, en sentido clásico, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, ni dentro de los órganos que ejercen el poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Judicial, y que sin embargo, forman parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y en general, de lo que se conoce como Administración Pública Nacional. Es el caso, por ejemplo, de la Fiscalía General de la República ... Lo mismo sucede con la contraloría General de la República ... además de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República, hay otros organismos, uno de rango constitucional, el Consejo de la Judicatura, otro de rango legal, el Consejo Supremo Electoral, que no encuadran dentro de la trilogía clásica de los órganos que en el nivel nacional ejercen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial¹.

1. BREWER-CARIAS, Allan, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 12-13. De la misma manera se expresa en la obra *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, "El Régimen del Poder Público y su Distribución Vertical: El Poder Nacio-

La calificación de órganos pertenecientes a la Administración Pública Nacional no estuvo basada en su integración al Poder Ejecutivo Nacional; el texto constitucional de 1961 no se refería a esos órganos dentro de la regulación del Poder Ejecutivo, por el contrario, la referencia a la Fiscalía General de la República o Ministerio Público la encontrábamos en el Título correspondiente al Poder Judicial, al igual que el extinto Consejo de la Judicatura que esa Constitución ordenaba crear mediante Ley Orgánica; y la regulación de la Contraloría General de la República se encontraba en el Título de la Hacienda Pública, concebida en el artículo 236 de ese Texto Constitucional como un órgano auxiliar del Congreso de la República en su función de control sobre la Hacienda Pública².

La calificación como órganos de la Administración Pública Nacional respondía más a un criterio funcional que a un criterio orgánico, quizás inspirado por las antiguas doctrinas germánicas que llamaron administración a toda actividad que no fuera ni de justicia, ni de legislación³. Por su parte, el adjetivo de autonomía funcional responde indudablemente a la necesidad de subrayar su independencia de los demás órganos del Poder Público y en particular del Poder Ejecutivo⁴.

En efecto, es bajo la consideración de la naturaleza de la función que realizan dichos órganos que se ha admitido su ubicación dentro de la Administración Pública; Peña Solís, refiriéndose a los órganos con autonomía funcional, a los cuales denomina “administraciones independientes”, sostiene que dichos órganos “realizan funciones administrativas en sentido sustantivo”⁵; por su parte Brewer-Carías afirma igualmente que los órganos en referencia “ejercen funciones administrativas: de administración electoral, de administración de justicia, de administración contralora; son por tanto, parte de la organización administrativa del Estado”⁶.

No obstante la identificación de esos órganos con la Administración Pública, las tesis sostenidas por la doctrina y los análisis de la jurisprudencia revelaban la imposibilidad de ubicarlos como integrantes de la rama Ejecutiva del Poder Público, dada la necesidad de reconocer su independencia y separación de los demás órganos del Poder Público. Su consideración como órganos autónomos no integrados a las ramas del Poder Público definidas en la Constitución colidía con la división clásica tripartita del Poder del Estado⁷, escollo que habría sido superado en el texto de la Constitución de 1999, en un in-

nal y El Régimen Federal y Municipal”, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 3ª edición, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 24 y ss. En igual sentido PEÑA SOLIS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, vol. II, 5, Caracas 2001, p. 706-707.

2. En criterio de la Contraloría General de la República, su autonomía, reconocida en la citada disposición de la Constitución de 1961 es aún más amplia en el texto vigente, en el cual se eliminó la mención de ser un órgano auxiliar del Congreso. Ese argumento fue sostenido en un proceso judicial seguido ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. V., sentencia n° 02416 publicada el 30 de octubre de 2001 Expediente n° 16.717, capítulo relativo a los argumentos de la Contraloría General de la República, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

3. V., al respecto LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, Décima Segunda Edición, Actualizada a la Constitución de 1999, Capítulo I: La Administración Pública, Caracas 2001, p. 21.

4. LARES MARTÍNEZ enseña que “la autonomía funcional equivale a independencia ... (*omisos*) significa que dicho organismo (la Contraloría General de la República) no está sujeto a recibir instrucciones de ninguna de las ramas del Poder Público” (*op. cit.* pp. 554-555).

5. PEÑA SOLIS, José, *ob. cit.*, p. 708 y 710.

6. BREWER-CARIAS, Allan R., “Principios Generales de la Organización de la Administración Central, con particular referencia a la Administración Ministerial”, en *Revista de Derecho Público* n° 2, Abril-Junio 1980, p. 9

7. Algunos autores han hecho referencia a esos órganos bajo la calificación de un cuarto poder. En este sentido, NIKKEN, Claudia expresa: *La Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961 institue ce que nous appelons le «pouvoir de contrôle». Ce quatrième pouvoir est dévolu à quatre organes qui exercent des fonctions spécifiques: le*

tento de sincerar la estructura constitucional y ubicarlos dentro de dos nuevos Poderes Públicos; sin embargo, la organización y funciones de la Contraloría General de la República, de la Fiscalía General de la República e incluso del Consejo Nacional Electoral, ahora regulado directamente en el texto constitucional, se mantienen en líneas generales idénticas, lo que hace preguntarse si el sólo hecho de la consagración constitucional como Poderes Públicos resuelve los planteamientos sobre su naturaleza jurídica.

Despejar la interrogante amerita ciertas consideraciones, en particular porque, como se señaló precedentemente, la ubicación de los órganos en cuestión dentro de la estructura de la Administración Pública Nacional respondía más a criterios funcionales que orgánicos.

Es oportuno señalar que en otros ordenamientos jurídicos se plantea un problema similar. En Francia por ejemplo, existen órganos distintos a los que conforman el Poder Ejecutivo Nacional propiamente dicho, y que ejercen funciones consultivas y de control, a los cuales algunos autores denominan Administraciones Independientes Centrales⁸, otros prefieren referirse a ellos como órganos que acompañan a la Administración activa. Esta última es la terminología utilizada por René Chapus, quien en su obra *Traité de Droit Administratif*, enseña que existen órganos que estando en el seno de la Administración del Estado no ejercen funciones de administración activa, siendo sus atribuciones de carácter consultivo, de control o bien la de actuar como instancias conciliadoras⁹. Chapus menciona entre esos órganos al Consejo de Estado, en su función de consejero del gobierno, el Consejo Económico y Social, el Mediador de la República y la Corte de Cuentas, las funciones de los dos últimos mencionados se identifican *mutatis mutandi* con las que ejercen en nuestro país la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

En España se plantea igualmente la discusión sobre el carácter administrativo de determinados órganos previstos en la Constitución, tales como el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Defensor del Pueblo. Las posiciones doctrinarias se encuentran más divididas que en la doctrina francesa, donde a pesar de las interrogantes, la mayoría de los manuales y tratados de Derecho Administrativo incluyen el análisis de los citados órganos dentro del estudio de la organización administrativa.

El tratamiento es distinto, la doctrina francesa parece considerar únicamente el criterio funcional para afirmar que la función de aconsejar y controlar la gestión de los órganos de la Administración activa es también función administrativa y, en consecuencia, las instituciones que tienen atribuidas dichas funciones forman parte de la organización administrativa.

En la doctrina Española Eduardo García de Enterría, por ejemplo, analiza el tema desde otra perspectiva. Este autor niega que tales órganos puedan ser considerados co-

Conseil de la judicature, le Ministère public, la Contraloría générale de la République et le Conseil national électoral. Ils sont qualifiés comme «organes constitutionnels dotés d'autonomie fonctionnelle». Il s'agit, en effet, d'autorités administratives indépendantes à statut constitutionnel, étant donné qu'elles n'appartiennent pas à la hiérarchie de l'administration centrale et, qu'elles disposent d'un pouvoir propre ... (subrayado agregado). NIKKEN Claudia, La Cour Suprême de Justice et la Constitution Vénézuélienne du 23 janvier 1961, Tesis presentada y defendida públicamente para obtener el grado de Doctor en la Universidad Panthéon-Assas (París II), enero 2001, p. 20.

8. DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, LGDJ, Tomo I, París 1998, p. 83.

9. CHAPUS, René, *Droit Administratif*, Editorial Montchrestien, Tomo 1, París 1998, p. 407. *De l'administration active, qui decide, se distinguent, notamment au sein ou au niveau de l'administration d'État, des institutions dont la fonction est de la contrôler, ou de la conseiller, au aussi de s'entremettre entre elle et les administrés.*

mo integrantes de la organización administrativa del Estado, y afirma que su equiparación con la Administración Pública responde únicamente a razones de competencia jurisdiccional, para el control de los actos emanados de esos órganos, sin que el hecho de estar atribuido el control de la legalidad de esos actos a la jurisdicción contencioso administrativa pueda conducir a afirmar que forman parte de la Administración Pública Nacional. Sostiene García de Enterría que se trata de órganos constitucionales que ejercen actividades materialmente administrativas, pero que al no estar integrados en la organización personificada que es la Administración Pública, no pueden ser considerados como órganos de la Administración Pública¹⁰.

Las consideraciones del autor español al respecto parten de la concepción de la Administración como persona jurídica, abandonando totalmente la conceptualización de la Administración Pública a partir de una definición material de función administrativa¹¹.

El enfoque del profesor García de Enterría pareciera ser el adecuado cuando lo que se pretende es definir la estructura organizativa de la Administración Pública y no la función administrativa. Sin embargo, conjugar ambos criterios resulta más conveniente, toda vez que la función administrativa no es ejercida exclusivamente por los órganos de Administración Pública, sino que la misma puede ser ejercida también de manera circunstancial por otros órganos del Poder Público, tanto el legislativo como el judicial, como complemento de sus atribuciones naturales y específicas. Esa realidad impide dar una definición meramente orgánica de la Administración Pública.

Al aplicar el criterio funcional, debe tenerse presente esa realidad y determinar cual es la naturaleza de la preponderante o propia del órgano o institución a analizar; ello porque no todo órgano que cumpla función administrativa, forma parte por ese solo hecho de la Administración Pública. Así tenemos que si bien los tribunales pueden dictar actos administrativos (por ejemplo el acto dictado por el Juez de remoción del Secretario del Tribunal o cualquier acto disciplinario respecto del personal a su cargo) no por ello forman parte de la Administración Pública, toda vez que esas atribuciones administrativas no son sino circunstanciales y su función primordial es la judicial y no la administrativa. Igual ocurre con las competencias administrativas atribuidas a la Asamblea Nacional.

Teniendo presente esa circunstancia, el criterio funcional puede ser considerado a los fines de definir la naturaleza y ubicación de un determinado órgano dentro de la estructura organizativa del Estado, pero siempre tomando como referencia la función para la cual ha sido creado el órgano de que se trate, esto es, la naturaleza de las atribuciones que le han sido asignadas como propias y que constituyen su función primordial.

Así si un órgano ha sido creado para cumplir funciones materialmente administrativas debe ser calificado como un órgano de la Administración Pública, la conclusión no podría ser la misma respecto de un órgano creado para cumplir la función de legislar y además se le atribuya competencia para cumplir determinados actos de naturaleza administrativa necesarios para su funcionamiento, no son estas últimas competencias las que pueden definir su naturaleza, sino la actividad legislativa para la cual fue creado y desempeña como función propia.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció, durante la vigencia de la Constitución de 1961, en relación a la naturaleza de los citados órganos, entre otras, en sentencias dicta-

10. V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid 1999, pp. 34-36.

11. *Idem*, p. 27.

das con motivo de la impugnación de las disposiciones de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, dictada en el año 1986¹², en ejecución del artículo 2 de la Enmienda N° 2 a la Constitución de 1961. La norma objeto de impugnación incluía dentro del ámbito de aplicación de esa Ley, a los funcionarios del antes denominado Consejo Supremo Electoral, del extinto Consejo de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República. La impugnación se fundamentó en los límites consagrados en la norma contenida en la Enmienda N° 2 de la Constitución, conforme a la cual la Ley sobre el beneficio de jubilación o de pensión regiría para todos los funcionarios o empleados de la Administración Central o Descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios.

La labor de interpretación de ese artículo de la Enmienda N° 2 de la Constitución, conforme lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 8 de agosto de 1989, con motivo del recurso interpuesto por el Fiscal General de la República contra el numeral 6, del artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, consistió en “precisar el universo de lo que ha de entenderse por Administración Pública Nacional y establecer si la expresión «Administración Central o Descentralizada» agota el contenido de aquella”¹³.

La sentencia hizo en cierta forma aplicación del referido criterio funcional al definir a la *Administración Pública Nacional* como un conjunto de órganos que actúan como instrumento de la acción político administrativa del Estado. Aún cuando no define en que consiste esa acción político administrativa, es claro que se refiere a la función administrativa, por oposición a lo que podría llamarse en la terminología de la sentencia acción política legislativa del Estado y acción jurisdiccional.

En la referida sentencia se lee lo siguiente:

Para esta Corte, una interpretación concatenada de los artículos 122, 126, 139, 160 y 190, ordinal 19°, 2002 ordinal 3° y de la Disposición Transitoria Décima de la Constitución revela que la noción de “Administración Pública Nacional”, comprende el conjunto de órganos que constituyen el instrumento de la acción político-administrativa del Estado que, en el sistema de separación orgánica de poderes que la Constitución prevé, no forman parte ni del Congreso Nacional ni del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, en los términos del artículo 204 de la Constitución).

Este conjunto orgánico que conforma la Administración Pública Nacional, en el régimen constitucional venezolano, está a su vez integrado por tres conjuntos orgánicos: en primer lugar la Administración Central, regida tanto por la Ley Orgánica de la Administración Central, destinada al conjunto de órganos que dependen directamente del Ejecutivo Nacional (entre los cuales se destacan, los Ministerios y las Oficinas Centrales de la Presidencia de la República), como por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que califica a ésta como órgano de representación jurídica y asesoría de la Administración Pública Nacional (Presidencia y Ministerios); en segundo lugar, la Administración Descentralizada, conformada por los institutos autónomos regulados en el artículo 230 de la constitución, las personas jurídicas de derecho público con forma societaria, las empresas del Estado, las Fundaciones del Estado y las Asociaciones Civiles

12. Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 3.850 del 18 de julio de 1986

13. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de fecha 8 de agosto de 1989, publicada en la *Gaceta Forense* n° 145, vol. I, Tercera Etapa, Año 1989, pp. 9-25, la cita corresponde a la p. 12)

del Estado; y en tercer lugar, por las Administraciones con autonomía funcional, establecidas en la Constitución que tienen su fundamento en ella, como es el consejo Supremo Electoral.

Pude colegirse, por consiguiente, que en el sistema constitucional venezolano, la Administración Central o Descentralizada de la República, no agota el universo de la Administración Pública Nacional, en cuyo concepto aparecen integrados los órganos o administraciones con autonomía funcional que prevé la Constitución ...¹⁴.

Admitió así la Corte Suprema de Justicia la existencia de órganos que integran la Administración Pública Nacional, distintos a los órganos de la Administración Pública Nacional Central y de la Administración Pública Nacional Descentralizada, y que integran una tercera categoría conformada por las administraciones con autonomía funcional.

La sentencia comentada contó con varios votos salvados, entre los cuales es pertinente mencionar el de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, quien al fundamentar su disidencia sostuvo que el Ministerio Público “constituye un organismo descentralizado de la República con autonomía funcional” y que “no es una rama del Poder Público”, para concluir que la intención del artículo 2 de la Enmienda N° 2 de la Constitución., recogida en la norma objeto de impugnación en el recurso que motivó la sentencia, era unificar el tratamiento del beneficio de jubilación y pensiones para “todos los órganos de la Administración, inclusive los de autonomía funcional”.

Así se lee en el voto salvado de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, lo siguiente:

Es pues el Ministerio Público un órgano de rango constitucional, con autonomía funcional, cuya personalidad jurídica corresponde a la República y en consecuencia, está comprendido en el artículo 2° de la Enmienda Constitucional N° 2, precisamente por ser un órgano descentralizado de la República, aún cuando goce de la autonomía constitucional y legal que tiene establecida. El Ministerio Público no es una rama del Poder Público y nadie niega la independencia en el ejercicio de sus atribuciones, requisito indispensable para que las ejerza con idoneidad y autonomía (omisis) La Constitución a través del artículo 2° de la Enmienda Constitucional N° 2, quiso establecer la unificación e igualdad de tratamiento al beneficio de las jubilaciones y pensiones para todos los órganos de la Administración, inclusive los de autonomía funcional¹⁵.

El análisis de la jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es sin embargo más que una referencia para conocer los elementos considerados para determinar la naturaleza jurídica de los órganos en cuestión, la cual no estuvo ni está clara.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el legislador ha desarrollado las disposiciones constitucionales relativas al funcionamiento y organización de la Administración Pública y del Poder Ciudadano en la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁶ y en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano¹⁷, respectivamente, en la primera de dichas leyes se obvia toda mención de a la Administración Pública con Autonomía Funcional, circunscribiendo la regulación de la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional a los órganos de la Administración Central y entes de la Administración Pública Nacional descentralizada territorialmente.

14. *Idem*, la cita corresponde a las pp. 12 y 13.

15. *Idem*, la cita corresponde a la p. 23.

16. Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

17. Ley Orgánica del Poder Ciudadano publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.310 de fecha 25 de octubre de 2001.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Ciudadano se limita a establecer, respecto de la naturaleza de los órganos que lo integran, que éstos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, insistiendo en su independencia de los demás Poderes Públicos (artículo 3 *eiusdem*).

Los órganos del Poder Ciudadano no han sido regulados por la Asamblea Legislativa como órganos de la Administración Pública Nacional, sin embargo las atribuciones asignadas tanto en la Constitución, como en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, son en general materialmente administrativas, y más específicamente de control administrativo de la actuación de los servidores públicos en cuanto a la observancia de los principios de ética pública y moral administrativa -conceptos definidos en esa misma ley-; gestión y uso del patrimonio público; teniendo además competencia para ejercer un control previo a la elección de magistrados al Tribunal Supremo de Justicia, mediante la preselección de los candidatos; calificar las faltas en que incurran esos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y establecer la responsabilidad administrativa de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública e imponerles las sanciones previstas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, las cuales son siempre sanciones administrativas de amonestación y censura.

La falta de regulación de los órganos en cuestión en la Ley Orgánica de la Administración Pública puede interpretarse como un indicativo de su no pertenencia a la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional, aunque también podría interpretarse como una reserva justificada por la intención de sancionar una ley especial para esos órganos de naturaleza indudablemente *sui generis*. A favor de ésta última tesis encontramos la efectiva publicación en Gaceta Oficial de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano tan sólo unos días después de la Ley Orgánica de la Administración Pública; sin embargo, ante esa interpretación de la intención del legislador siempre cabrá preguntarse porque la Ley Orgánica de la Administración Pública no incluyó una mención a los órganos del Poder Ciudadano reconociendo su pertenencia a la Administración Pública Nacional, advirtiendo sin embargo que dadas las peculiaridades de esos órganos, serían regulados en una ley especial.

La jurisprudencia del máximo tribunal de justicia, pronunciada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es unánime, por una parte, se encuentran sentencias de la Sala Constitucional, en las cuales al definir los órganos que integran la Administración Pública Nacional se obvia la mención de los órganos que hemos denominado integran Administración Pública con Autonomía Funcional¹⁸; y por otra parte, encontramos sentencias de la Sala Político-Administrativa, en las cuales se ha reconocido la existencia de una Administración Pública con Autonomía Funcional,

18. En sentencia se la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de diciembre de 2001, se lee lo siguiente: "se observa que la Administración Pública Nacional está integrada por: a) La Administración Central, conformada por órganos que dependen directamente del Ejecutivo Nacional, como lo son la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, las Oficinas Centrales de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo de la Defensa de la Nación; y, b) La Administración Descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos tipos, la Administración Descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político - territoriales (Estados y Municipios); y la Administración Descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado". (Sentencia n° 2724, recaída en el Expediente n° 001423, relativo al recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2, ordinal 9° de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, intentado por trabajadores de la empresa del Estado Hidrológica HIDROFALCON C.A., filial de HIDROVEN, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia)

integrada por los órganos mencionados, en concreto, en sentencia de fecha 16 de julio de 2002, en la que se hace referencia a la Contraloría General de la República, y se afirma la competencia de esa Sala Político-Administrativa para conocer de los recursos que se ejerzan contra los actos administrativos dictados por los órganos con autonomía funcional.

En la última de las sentencias citadas, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, afirma su competencia para conocer de un recurso de nulidad contra un acto dictado por el Contralor General de la República, recurso del cual conoció en virtud de la declinatoria de competencia pronunciada por la Sala Constitucional. Los respectivos pronunciamientos de dichas Salas del Tribunal Supremo de Justicia están basados en el consideraciones relativas a la naturaleza del acto impugnado y del órgano que lo dictó, esto es, la Contraloría General de la República, en relación a lo cual se afirma se trata de un acto administrativo dictado por un órgano con autonomía funcional, sin que en forma alguna se haga mención a un cambio de naturaleza jurídica de dicho órgano del Estado o de sus actos, por el hecho de integrar ahora el Poder Ciudadano. En la sentencia comentada se lee lo siguiente:

Debe esta Sala pronunciarse sobre su competencia en el presente caso, en virtud de la decisión dictada por la Sala Constitucional el 9 de mayo de 2002, precedentemente referida¹⁹, mediante la cual declinó la competencia para conocer del recurso interpuesto.

En tal sentido, se observa que, el ordinal 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:

Artículo 42. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

...(omisos)...

12. Declarar la nulidad, cuando se procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional.

...(omisos)... (resaltado de la Sala)

19. El texto a que hace referencia la sentencia corresponde a la cita del auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual se declaró la incompetencia de esa Sala para conocer del caso, la cual es del tenor siguiente: " El presente recurso es en contra de una Resolución emitida por el Contralor General de la República, y la cual se fundamentó en los artículos 9, numerales 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, artículo 14, numeral 1, artículos 4 y 33, numeral 1, artículos 27, 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, artículo 172 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

La referida Resolución es un acto administrativo de efectos generales que no proviene del ejercicio directo e inmediato de una potestad establecida en la Constitución, y aunque invoque la violación a disposiciones contenidas en la Carta Fundamental no necesariamente por ello esta Sala es competente, toda vez que el factor que determina la competencia, no es el motivo de la impugnación, sino la Jerarquía del acto.

El artículo 259 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, establece que la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley; siendo competentes para anular los actos administrativos generales y particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder. Por lo que el control legal y constitucional de los actos de rango sub legal en principio son del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del contencioso administrativo.

De conformidad a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisdicción constitucional, conoce solo de aquellos actos dictados en ejecución directa de la Constitución, es decir, que tengan forma o rango de ley. En sentencia de esta Sala Constitucional de fecha 22 de junio de 2001 (Caso *PROVEA*) se señala: "...el control jurisdiccional, bien por razones de ilegalidad o de inconstitucional de los actos de rango sub legal (de carácter normativo o no, dictados en ejecución directa de una ley y en función administrativa), son de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, por la atribución que de forma expresa realiza la Constitución a la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal..."

Así pues, conforme a la disposición antes transcrita, la jurisprudencia pacífica de este Supremo Tribunal, se ha inclinado por atribuir a esta Sala, el conocimiento de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad y/o ilegalidad, que sean interpuestos contra los actos dictados por los órganos que gozan de autonomía funcional, tales como el extinto "...Consejo Supremo Electoral" (rectius: Consejo Nacional Electoral, cuya competencia ahora corresponde a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo), el extinto Consejo de la Judicatura (rectius: Dirección Ejecutiva de la Magistratura), el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y precisamente, la Contraloría General de la República, siempre que el conocimiento de los recursos contra sus actos no se encuentre atribuido a otra autoridad conforme a la materia sustantiva de que se traten (Vgr. la materia funcionarial, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa conforme a la Ley de la Carrera Administrativa y de acuerdo a criterios jurisprudenciales de esta misma Sala, entre otros, el que fuera sentado mediante ponencia conjunta del 20 de diciembre de 2000). En tal virtud, y visto por demás que la naturaleza del acto recurrido es eminentemente sub-legal, no cabe duda que la competencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto contra la resolución impugnada, corresponde a esta Sala. Así se decide" (resaltados agregados) (Sentencia número 962 de fecha 16 de julio de 2002, Expediente N° 2002-0423, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

No obstante, la materia funcionarial ha generado pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en los cuales se ha definido la naturaleza de los funcionarios al servicio, por ejemplo de la Contraloría General de la República, generando confusión respecto de su pertenencia a la Administración Pública.

Así en sentencia de fecha 30 de octubre de 2001, la Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, expresamente afirmó lo siguiente:

Debe señalarse que incurre en error el recurrente cuando sostiene que los empleados de la Contraloría General de la República, son funcionarios de la Administración Pública Nacional; en este sentido, los funcionarios del ente Contralor, por ser parte de un organismo con autonomía funcional, a la luz de la Constitución de 1961, quedaron excluidos de la Administración Pública Nacional y, en consecuencia, se les aplica un régimen especial, cual es, el establecido en el Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República (Sentencia N° 02416, Expediente N° 16.717, caso *Octavio R. Caranama*, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

La interpretación literal de la sentencia conduciría a negar que la Contraloría General de la República forme parte de la Administración Pública Nacional, toda vez que sus empleados no están, según lo afirmado en la sentencia parcialmente transcrita, al servicio de ésta y no forman parte de la Administración Pública

Sin embargo, es necesario hacer dos precisiones, en primer lugar que la sentencia analiza el articulado de la Constitución de 1961, por lo que no se refiere a una posición establecida con base en el nuevo tratamiento dado por el texto constitucional de 1999 a la Contraloría General de la República. La segunda precisión se refiere a que las consideraciones expuestas en la sentencia, respecto de la no aplicación a los empleados de la Contraloría General de la República de las disposiciones de la Constitución de 1961, relativa a los empleados de la Administración Pública Nacional, responde al hecho de haberse consagrado un régimen funcionarial especial para los funcionarios de la Contraloría General de la República, precisamente por su autonomía funcional.

Este último aspecto es importante a los efectos del presente análisis, siendo además que la interpretación que sugiere la afirmación contenida en la sentencia parcialmente transcrita, en el sentido que los funcionarios de la Contraloría General de la República quedaron excluidos de la Administración Pública, queda descartada de la lectura de las

otras sentencias de la Sala Político-Administrativa en las cuales se ha precisado que la materia funcionarial, relativa a las relaciones de empleo público entre la Administración y los particulares que prestan servicio en sus dependencias, constituye un contencioso administrativo especial, cuyo conocimiento correspondía al extinto Tribunal de Carrera Administrativa, cuyas competencias fueron asumidas por los tribunales superiores con competencia en lo contencioso administrativo, por disposición de la nueva Ley sobre el Estatuto de la Función Pública²⁰.

Incluso en esas sentencias, que a continuación se citan, la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, hace referencia expresa a la Contraloría General de la República, y demás órganos con autonomía funcional, al afirmar que corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes en materia funcionarial, conocer de las querellas interpuestas por los funcionarios de dichos órganos, aún cuando se rijan por un estatuto especial, porque se trata siempre de relaciones de empleo público.

Así lo expresó la Sala Político-Administrativa en sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2000, ratificada en sentencias posteriores, entre otras, de fecha 29 de noviembre de 2001 y fecha 5 de febrero de 2002.

En la primera de las sentencias mencionadas se lee:

En tal sentido, corresponde a esta Sala Político Administrativa conocer del presente recurso, por fuerza a lo previsto en el numeral 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica que rige la funciones de este Tribunal Supremo de Justicia, cuyo tenor es el siguiente: 12. Declarar la nulidad, cuando se procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral *o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional*. (Resaltado de la Sala).

En efecto, conforme a la disposición antes transcrita, la jurisprudencia pacífica de este Supremo Tribunal, se ha inclinado por atribuir a esta Sala, el conocimiento de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad y/o ilegalidad, que sean interpuestos contra los órganos que gozan de autonomía funcional, tales como el extinto ...Consejo Supremo Electoral (rectius: Consejo Nacional Electoral, cuya competencia ahora corresponde a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo), el extinto Consejo de la Judicatura (rectius: Dirección Ejecutiva de la Magistratura), el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y precisamente, la Contraloría General de la República, y siempre que el conocimiento de los recursos contra sus actos no se encuentre atribuido a otra autoridad conforme a la materia sustantiva de que se traten (Vgr. la materia funcionarial, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa conforme a la Ley de la Carrera Administrativa y de acuerdo a criterios jurisprudenciales de esta misma Sala, entre otros, mediante Ponencia Conjunta del 20 de diciembre de 2000-. Situación reiterada por la novísima Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, que entrará en vigencia el día 13 de marzo de 2002, la cual atribuye el conocimiento de la materia funcionarial a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales, como Tribunales de Primera Instancia, y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en alzada; todo, hasta tanto se dicte la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo)²¹.

Por su parte, en la segunda de las sentencias mencionadas, pronunciada el 5 de febrero de 2002, se declaró la desaplicación de los artículos 64 y 71 de la Ley de Carrera Administrativa, con el objeto de afirmar la competencia del Tribunal de Carrera Administrativa para conocer de las querellas, acciones y recursos intentados contra los actos

20. Disposiciones transitorias de la Ley del Estatuto de la Función Pública publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.482 del 11 de julio de 2002.

21. Sentencia n° 02871 de la Sala Político-Administrativa dictada en fecha 29 de noviembre de 2001, recaída en el caso *Jimmy Imbrondone Fermín*, expediente n° 200-0844, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

administrativos dictados en materia funcionarial por el Consejo Nacional Electoral, en ejecución de una normativa distinta a la Ley de Carrera Administrativa, la cual no es aplicable a los funcionarios de dicho organismo, quienes se rigen por un estatuto especial.

Se lee en la sentencia citada lo siguiente:

... la figura de la querrela ha sido concebida como la acción típica del contencioso funcionarial, el cual se encuentra a cargo de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, en los ámbitos estatal y municipal, y del Tribunal de la Carrera Administrativa como tribunal contencioso administrativo especial, en lo que respecta a los asuntos que se deriven de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, que regula, a tenor de lo dispuesto en su artículo 1º, los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional. Pero es el caso que el artículo 5 de la precitada ley prevé un límite a su ámbito de aplicación, exceptuando de ella -entre otros- a los funcionarios del Consejo Supremo Electoral, quienes, por tanto, quedarían sustraídos de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa y por ende al control jurisdiccional del Tribunal de la Carrera Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64 y 71 *ejusdem*. Así, con ocasión de un caso similar, esta Sala, en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2000 (caso *Yajaira Coromoto Sequera Gómez vs Consejo Nacional Electoral*), después de realizar un análisis de los conceptos y principios relativos al derecho al Juez Natural, el principio de la doble instancia, el concepto de justicia como hecho democrático y la descentralización judicial, se llegó a la conclusión de: “estima la Sala que no obstante el acto cuestionado emane del Presidente del Consejo Nacional Electoral, y aún cuando los funcionarios de este último dispongan de un estatuto propio, se trata, en definitiva, de relaciones funcionariales a las que resulta perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la Ley de Carrera Administrativa; en consecuencia, es el Tribunal de la Carrera Administrativa el Juez Natural para conocer de la presente causa, ...” (Sentencia N° 00211 del 6 de febrero de 2002, expediente N° 1118-00, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

La sentencia transcrita tiene el mérito de aclarar que el hecho que los funcionarios de un determinado organismo o institución se rijan por un estatuto propio no implica que no sean funcionarios públicos, lo cual permite señalar que lo expuesto en la sentencia de esa misma Sala Político-Administrativa del 30 de octubre de 2001, parcialmente transcrita precedentemente, es poco convincente, toda vez que no puede concluirse que los funcionarios de la Contraloría General de la República no sean funcionarios de la Administración Pública Nacional bajo el único argumento de disponer de un estatuto especial, más aún cuando una de las consecuencias propias del carácter de órgano con autonomía funcional es precisamente la autonomía del órgano para dictar su propio régimen de personal, sin que de ello se pueda derivar su pertenencia o no a la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional.

* * *

La determinación de la naturaleza de los órganos del Estado no puede, en nuestro criterio, fundamentarse únicamente en el criterio orgánico, éste debe necesariamente complementarse con el criterio funcional, porque la organización responde a la función; las estructuras organizativas constituyen un instrumento a través del cual se persigue una mayor eficacia en la actuación del Estado.

Organizar es disponer los recursos en condiciones óptimas para la consecución de los fines, de manera que el titular de la potestad organizativa debe definir la estructura organizativa que se plantea crear, en consideración a la función y atribuciones que va a

ejercer el órgano o ente de que se trate, tal como lo hizo por ejemplo el legislador, cuando al dictar la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, expresamente estableció que el extinto Consejo de la Judicatura era un “órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial”²².

La naturaleza o carácter del órgano puede no estar expreso en su texto de creación, en cuyo caso el mismo deberá deducirse a partir de la naturaleza de las funciones que le hayan sido atribuidas y de las condiciones bajo las cuales ejerce dichas funciones. En el caso de los órganos que conforman el Poder Ciudadano, la Constitución define las atribuciones de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, atribuciones que se resumen en el artículo 274 de la Constitución, el cual establece el encargo general que se le hace al Poder Ciudadano de “prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado; e igualmente promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo”, atribuciones que se identifican con el quehacer administrativo del Estado, en su actividad de control administrativo de la actuación de otros órganos del Poder Público y de ejecución de políticas públicas.

Por su parte, el artículo 273 de la Constitución dispone, respecto de las condiciones de ejercicio de esas atribuciones, que los órganos que conforman el Poder Ciudadano gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa.

Considerando las atribuciones conferidas a los órganos que conforman el Poder Ciudadano y las condiciones bajo las cuales deben ejercer sus atribuciones, se concluye que los mismos ejercen actividad administrativa, con independencia del Poder Ejecutivo, identificándose así con las estructuras organizativas tradicionalmente denominadas Administración Pública Nacional con Autonomía Funcional, denominación que puede entonces mantenerse, no obstante su integración a la cuarta rama del Poder Público creada por la Constitución de 1999.

La integración al Poder Ciudadano de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público no impone descartar que se trate de órganos administrativos, insistimos que esos órganos tampoco integraban, conforme al texto de la Constitución de 1961 el Poder Ejecutivo, al cual están naturalmente adscritas los órganos administrativos, sin que ello fuera óbice para definirlos como órganos de la Administración Pública con Autonomía Funcional, la cual integran en razón de las funciones que ejercen y de su independencia de los demás órganos del Estado, condiciones que se mantienen en su regulación constitucional actual.

En ese mismo orden de ideas, nótese que conforme a lo dispuesto en el artículo 253 de la Constitución, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo integran el *sistema de justicia*, sin que por ello pueda calificársele de órganos jurisdiccionales, toda vez que su función no es administrar justicia, sino coadyuvar en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que corresponde a los órganos del Poder Judicial²³.

22. Artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, normativa que fue derogada posteriormente en 1998, y luego por el nuevo régimen constitucional.

23. Los órganos del Poder Judicial son el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. La propia Constitución hace referencia al Poder Judicial y al Sistema de Justicia como dos cosas distintas, no pudiendo deducirse que el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo integren el Poder Judicial, por disponer el artículo 253 de la Constitución que el sistema judicial está constituido, entre otros, por esas dos instituciones.

Iguals consideraciones deben hacerse respecto del Consejo Nacional Electoral, *ente rector del Poder Electoral*, en atención a las atribuciones que la Constitución le confiere, organismo que integra la administración electoral²⁴, siendo sus funciones eminentemente administrativas de regulación y control administrativo de la actividad electoral, actividades que ejerce con independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria y están sujetas al control judicial de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, órgano de la jurisdicción contencioso electoral a tenor de lo establecido en los artículos 294 y 297 de la Constitución.

24. Términos utilizados por el artículo 294 de la Constitución

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL

Claude Goyard

Profesor emérito de las Facultades de Derecho
Universidad Panthéon-Assas París II
Francia

1. Aquello que atiende a lo *político* son las tomas de posición en un momento determinado, presentadas y definidas con el objeto de que progrese y de dar a conocer a la opinión pública una visión del mejor gobierno y de la mejor organización posible de la sociedad, tal y como ese gobierno y esa sociedad son concebidos, estimados y planeados por nosotros, según nuestras propias preferencias y compromisos.

Lo *constitucional* es el orden constitucional, es decir, el conjunto definido y fijado, no para siempre, sino para tanto tiempo como sea posible, en la carta de derechos, libertades y poderes; así como en el marco de las normas fundamentales que fundan al Estado -y sobre la base de una jerarquía de actos jurídicos y autoridades. Así, esas autoridades, los poderes públicos, son dotados de competencia para emitir actos jurídicos, comenzando por los actos legislativos que orientarán la vida económica, social y jurídica, hasta los últimos actos particulares de aplicación en que coinciden el derecho y la vida material.

2. En teoría general se percibe, evidentemente, la naturaleza diferente que separa las dos nociones: lo político está relacionado con -o es inherente a- lo instantáneo y subjetivo. Es una categoría que depende de opiniones individuales oportunistas, que no han de rendir cuentas más que a nuestra concepción de legitimidad en una perspectiva de acción y de juego de poderes.

En cambio, lo constitucional se refiere a un sistema jurídico dado, con respecto al cual nos encontramos en constante relación con las normas en vigor.

3. Contrariamente a una idea bastante común, la inconstitucionalidad (la característica de lo que no es conforme a la constitución) no es susceptible de gradación, pues una cosa, un acto es o no compatible con el orden constitucional.

Es esa actitud la que debería manifestar el jurista en lo que respecta a la legalidad: un acto es legal o no lo es. No debería, en principio, ser tolerado que se actuara como si pudiera haber grados en la ilegalidad. Los teóricos del derecho suelen muy frecuentemente hacer recaer la diferencia entre las modalidades o intensidades de los controles ejercidos sobre su resultado; como si pudiera haber diferentes formas y grados de ilegalidad (lo que Charles Eisenmann siempre criticó duramente).

4. No es posible elegir el derecho aplicable y, sin lugar a dudas, no hay oportunidad para interrogarse sobre el valor jurídico del derecho aplicable en función de una finalidad política.

Estamos, pues, obligados, según esta vieja concepción, radical y materialista del derecho positivo, por el derecho existente y, nuestros actos y actuaciones estarán condicionados por los procedimientos y las posibilidades establecidos: es siempre necesario comenzar por poner en práctica las fórmulas establecidas en el derecho vigente.

Al contrario, si se pertenece a una de las corrientes de las escuelas del derecho natural, es deseable considerar previamente la justificación del régimen jurídico que ha de ser aplicado, incluso si, inmediatamente, al iniciar la discusión, hay que poner en práctica el derecho de las fórmulas consagradas (H. Berthélémy, *Ce qu'il faut penser du droit naturel*, "Mélanges Hauriou", pág. 809).

5. Se plantea el problema de determinar si no existe un eje de pensamiento, un campo, a propósito de los cuales no convendría postular en fin la separación de lo político y lo constitucional.

Quien gana una batalla en la que se ponen en juego intereses políticos -por ejemplo, tras una revolución o, menos dramáticamente, al término de una campaña electoral- pretende proponer su programa de acción o de reforma o, incluso, una idea de revisión de la constitución.

Una constitución es frecuentemente el resultado de la desestabilización de las instituciones y busca imponer la mejor postura para el partido que accede o retorna al poder: pero el advenimiento del *Estado de derecho*, a través de la constitucionalización del derecho, permite hoy en día juzgar el funcionamiento de un régimen político según un cierto número de criterios que desembocan en la definición de un modelo democrático fundado en el respeto del pluralismo y de la garantía de las libertades fundamentales.

6. Una vez transformada o sustituida la constitución, podría pensarse que la política interviene de nuevo, en la oportunidad de las elecciones generales, para dar vida y color a las instituciones fundadas: una mayoría, un gobierno, oposiciones.

Ahora bien, es posible que, luego de ello, fuerzas e ideas políticas invadan nuevamente el orden constitucional: se trata de la oleada de renovaciones de cargos en los cuerpos judiciales y servicios administrativos. Para instituciones, para gobiernos nuevos, hombres nuevos. Ese es el efecto de los *despojos* (*dépouilles*) o depuraciones; efecto restringido actualmente del *spoils system* en los Estados Unidos; efectos habituales y flagrantes de las depuraciones en Francia, como puede ser constatado desde el retorno de Napoleón de la Isla de Elba, después de 1830, después de 1879 y 1944.

7. Es deseable que uno de los pilares del orden constitucional sea la garantía de la independencia efectiva de las funciones judicial y administrativa, puestas al abrigo tanto de presiones, como de cambios políticos -salvo responsabilidad penal o disciplinaria de los titulares de esas funciones-.

En Francia se creyó, durante mucho tiempo, hallar el ejemplo de esa independencia en la mentalidad de los *servidores del Estado*, que los conducía a considerar como natural el hecho de inhibir, en el ejercicio de sus funciones, sus preferencias políticas, sobre todo si se eran presionados.

Los titulares de las funciones públicas debían cumplir sus deberes en armonía con la ley, de acuerdo con su conciencia; obedecían sin servilismo; hacían valer, si había lugar

a ello, sus reservas ante sus superiores; callaban ante terceros o ante la prensa; en casos extremos, renunciaban: el cuadro es idílico.

Se trataba de una creencia mantenida con sinceridad: reposaba sobre la existencia de concursos internos de reclutamiento por cooptación, donde reinaban el anonimato y la igualdad.

Esa concepción de las tradiciones judiciales, administrativas y militares, unida a la defensa del interés general, es descrita por Alexandre Vivien de Goubert en sus *Études administratives* (1845-1859): se hacía el esfuerzo de inspirarse en ella como modelo de un *estilo* de gobierno y administración, que prevaleció hasta la Segunda Guerra Mundial, a pesar de las vicisitudes provocadas por los cambios de régimen político sucesivos, con o sin revisión constitucional.

8. El siglo XX se encargó de reducir esas ilusiones: ciertas ideologías habían explicado la necesaria dependencia de hombres y estructuras respecto del gobierno, incluso la enfeudación al partido que ostenta el poder, invocando la eficacia al servicio de una pretendida verdad política, que desembocó en la teoría de la instrumentalización de las funciones en el *aparato del Estado*; pero el feliz término del siglo XX registra el derribo de ese tipo de administración pública, del que no existen ya más que dos o tres ejemplos en el mundo contemporáneo, aunque un puñado de especialistas en la ciencia administrativa lo celebre todavía.

Algunas ideas simples esclarecerían el problema de la garantía de la independencia de las funciones de autoridad respecto de lo político:

1° El gobierno debe poder contar con la fidelidad de sus funcionarios, en el respeto de las leyes del Estado y de las normas constitucionales;

2° Los jueces y funcionarios civiles y militares del Estado deben, por principio, mantenerse al margen de la política militante;

3° Los funcionarios de autoridad y los agentes que ejercen responsabilidades de decisión en servicios de utilidad común, no deberían tener reconocido el derecho a huelga;

4° El derecho de asociación y el sindicalismo no deberían estar autorizados en beneficio de esas mismas categorías, más que cuando exista pluralidad de tendencias y corrientes en el seno de asociaciones y sindicatos.

9. Resulta que el problema esencial de la relación entre la política y el orden constitucional es el inherente a la justicia constitucional, considerada unánimemente como la clave de la instauración del *Estado de derecho*.

La justicia constitucional comporta dos aspectos:

a. La atribución a una jurisdicción del control de la constitucionalidad de los actos legislativos y, por deducción, del control de la compatibilidad de los actos jurídicos de cualquier categoría con el ordenamiento constitucional;

b. La atribución eventual de competencias específicas *en materia penal constitucional* a esa jurisdicción, para conocer de ciertas categorías de actos que emanan de las más altas autoridades del Estado.

10. El control de la constitucionalidad de los actos legislativos ha sido examinado y organizado en muchos sistemas que han adquirido vasta experiencia en ese campo desde el siglo XIX. Es necesario limitarse aquí a recordar el principio de derecho helénico adoptado desde la constitución de Epidauro, que declara la inaplicabilidad de las disposiciones que los jueces ordinarios reconozcan como contrarias a la norma constitucio-

nal, principio que obliga al juez a examinar previamente, llegado el caso, la constitucionalidad de los actos invocados ante su instancia.

Igualmente, las constituciones americanas admitieron desde muy temprano la vía del control de constitucionalidad, tanto mediante un recurso directo en interés de los justiciables, como por la vía de la excepción.

11. En Francia, el mecanismo consagrado desde el advenimiento de la Constitución de 1958, reposa sobre el control *a priori* de *textos votados* (que no son todavía leyes) por el Parlamento, antes de su promulgación por el Jefe de Estado.

Es un mecanismo muy satisfactorio, pero que, sin embargo, no puede escapar de las críticas; no por el hecho de la organización de la jurisdicción, ni en virtud del modo de designación de los miembros del Consejo Constitucional: no se trata propiamente de un órgano político o politizado -y las críticas que le son formuladas en ese plano son impertinentes; esas críticas emanan, de hecho, de autores comprometidos personalmente en las tribunas políticas, cuando hacen suputaciones sobre la ventilación, en el Consejo Constitucional, de los nueve votos entre partidarios de la derecha y partidarios de la izquierda.

12. En realidad, el único punto discutible del sistema francés es el relativo a la instancia aleatoria del Consejo Constitucional por una coalición de sesenta representantes de la Nación, electos para una u otra de las cámaras del Parlamento.

Ese procedimiento fue concebido por su iniciador, en 1974, para atestar la toma en consideración de la oposición parlamentaria promovida al papel de vigilante de la constitucionalidad.

El reproche que puede hacerse a esa manera de instar al Consejo Constitucional, en teoría general, es que abandona la protección de los derechos públicos individuales y de las libertades fundamentales en la iniciativa de la oposición y, además, del modo más incierto posible, visto que la eventualidad de la abstención de accionar no puede ser excluida. Esa es la razón por la cual una parte de la doctrina anhela una revisión profunda y una simplificación del mecanismo de acción (en provecho, por ejemplo, de todo parlamentario).

Numerosos son, además, quienes desean la admisión de la excepción de inconstitucionalidad, sin tener que recurrir necesariamente a la adjunción de un mecanismo para *filtrar* recursos por parte de las cortes soberanas de los órdenes de jurisdicción, Consejo de Estado y Corte de Casación (y Corte de Cuentas en el orden de las jurisdicciones financieras, cosa que habría que estudiar).

En el momento en que, en Francia, el debate político se apropia de la reforma de la justicia constitucional, es necesario afirmar claramente que las decisiones del Consejo Constitucional no ameritan la calificación, partidista en sí misma, de decisiones *politiqueras* y, que sería aberrante sacrificar un sistema que ha dado pruebas de su eficacia limitando la competencia del Consejo Constitucional al control formal de la legalidad externa de los actos legislativos.

13. El otro aspecto del debate sobre la relación *política y constitución* es el referido al reconocimiento de la potestad de apreciar la responsabilidad, sobre todo penal, de las más altas autoridades del Estado, entre las atribuciones de la jurisdicción constitucional misma.

Es sobre ese tema que versa una parte de la reciente tesis de doctorado de C. Nikken¹, cuando aborda el fundamento y la aplicación de los principios que rigen el estatuto y el ejercicio de la competencia de las cortes supremas instituidas en altas cortes de justicia², como es el caso en Venezuela.

De todas las fórmulas ensayadas en el curso de la historia constitucional de los distintos Estados, sólo quedan en definitiva dos concebibles, a partir del momento en que se rechaza la fórmula de la justicia política de excepción, la más injusta: jefe de Estado, ministros, las más altas autoridades de los poderes públicos deferidos a una comisión informal sin mandato ni habilitación, fabricada *en caliente*, para juzgarlos tras el derrocamiento del régimen. La opinión pública conserva el recuerdo del final de Ceaucescu, que marcará por siempre la aparición del nuevo régimen.

14. Una de las fórmulas razonables consiste en deferir a los personajes incriminados ante parlamentarios regularmente electos, al cabo de un procedimiento largo y complejo dirigido por magistrados del orden judicial que no han sido designados para la circunstancia. Tal es el sistema de la doble justicia *judicial-constitucional*, prevista por la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, modificada por una ley constitucional el 27 de julio de 1993 (*Code constitutionnel*, 2001, 2ª edición, Litec, presentado, comentado y anotado por Thierry S. Renoux y Michel de Villiers, con el concurso de Th. Béranger, E. Gherardi y Jorge Mendes Constante, págs. 620, 1385 y 1386):

-la Alta Corte de Justicia, título IX, arts. 67 y 68, competente para juzgar al Presidente de la República,

-la Corte de Justicia de la República, título X, arts. 68-1 y 68-2, competente para juzgar a los miembros del gobierno.

Los miembros del gobierno son penalmente responsables de crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. El Presidente de la República es responsable de actos de alta traición cumplidos en el ejercicio de sus funciones³.

La noción de alta traición nunca ha sido definida por el poder constituyente, ni por el legislador constitucional, pero un mínimo de sentido común impediría a cualquier jurista o a cualquier ciudadano desprovisto de formación jurídica, cometer un error de apreciación en presencia de un caso de alta traición: orden de proceder al arresto de parlamentarios de la oposición; negociaciones abiertas o secretas con una tropa u organización armada introducida desde el exterior o surgida en el territorio; apoyo a milicias privadas paramilitares; abandono del cargo fuera de casos de fuerza mayor, que implique la interrupción del funcionamiento de los poderes públicos.

Habiendo sido planteado el problema de determinar si el Presidente de la República podría ser convocado y escuchado en calidad de testigo por un juez fuera de las condi-

1. *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Universidad Panthéon-Assas París II, enero de 2001. El Profesor BREWER-CARÍAS, que honramos aquí, formó parte del jurado de la tesis.

2. Es decir, en tribunales especiales encargados de juzgar la responsabilidad penal de las más altas autoridades estatales.

3. En Francia, ha sido tradicionalmente considerado que la responsabilidad del Presidente de la República y de los miembros del gobierno ante jurisdicciones especiales se limita, en el primer caso, a la alta traición y, en el segundo, a los crímenes y delitos cometidos en ejercicio de sus funciones; pero que, hechos punibles que no revistan el carácter de alta traición, en el caso del Jefe de Estado o, que no estén ligados al ejercicio de funciones públicas, deben ser juzgados y sancionados por la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, el Consejo Constitucional, mediante decisión dictada el 22 de enero de 1999 (98-408DC), declaró que, durante el ejercicio de sus funciones, el Presidente de la República sólo puede ser juzgado ante la Alta Corte de Justicia por alta traición, gozando de inmunidad respecto de los hechos punibles que pudiera cometer durante ese período.

ciones previstas por las disposiciones del artículo 68 de la Constitución francesa, una de las últimas intervenciones del Decano Georges Vedel demostró, en alta e inteligible voz, que esa situación no tenía razón de ser, siendo el *mandato presidencial* y no la persona o el titular lo que debe ser salvaguardado durante el ejercicio de sus funciones.

15. Otra fórmula razonable, es la hipótesis bien conocida del procedimiento del *impeachment* brevemente regulado en el artículo II, sección IV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Acusado por mayoría simple de la Cámara de Representantes, el Presidente es juzgado y eventualmente destituido por el Senado, presidido por el Presidente de la Corte Suprema, por el voto de los dos tercios de los senadores en sesión. Recordemos que el Presidente Nixon prefirió ofrecer su dimisión en 1974 antes de la terminación del procedimiento y, que el inquisidor especial, el Fiscal Starr, no logró convencer a un número suficiente de senadores de examinar, en 1999, el caso del Presidente Clinton, cuyo mandato culminó, si no en apoteosis, al menos como si el *acusador independiente* no hubiera existido jamás.

16. El juez constitucional aparece como el garante del orden constitucional ante la intromisión de lo político.

¿Qué límites establecer a las atribuciones del juez constitucional?

No ha sido demostrado, a nuestro modo de ver, ni en teoría jurídica ni por la reciente evolución de la vida de las instituciones, que se haya llegado a construir un sistema de independencia perfecta de la jurisdicción constitucional; pero es ciertamente transformando al juez constitucional en juez *penal-político* o *político-penal* que se da el más fatal golpe a la separación de la política y del orden constitucional.

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?

José Vicente Haro
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El método de control difuso de la constitucionalidad es actualmente uno de los principales métodos de justicia constitucional en derecho comparado.

El control difuso tiene orígenes en Atenas y más recientemente en el derecho inglés. Cobró auge en los Estados Unidos de América y en el mundo a partir de la célebre sentencia recaída en el caso *Marbury vs. Madison* dictada por la Corte Suprema de Justicia de ese país en 1803¹.

En Venezuela el control difuso de la constitucionalidad encontró base constitucional desde la Constitución de 1811 que consagró una cláusula de supremacía constitucional², en la cual se ha fundamentado la doctrina venezolana para señalar que ya desde entonces existía, al menos en teoría, un control difuso de la constitucionalidad³.

1. Se ha identificado como antecedente importante de esa decisión, la sentencia dictada por esa misma Corte Suprema en 1795 por el Juez PATERSON, Willian, en el caso *Vanhome's Lessec vs. Dorrance. V.*, al respecto, BREWER-CARIAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1995, p. 19.

2. Esa garantía fue consagrada en el artículo 227 de la Constitución de 1811, que rezaba: "La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieran contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción". V., al respecto BREWER-CARIAS, Allan, *Las Constituciones de Venezuela*, Recopilación. Universidad Católica del Táchira, Instituto de Estudios de Administración Local y Centro de Estudios Constitucionales, San Cristóbal 1985, pp. 18 y 203; BREWER-CARIAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. ob. cit.*, p. 10, haciendo referencia a LA ROCHE, Humberto, *La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá 1984. Publicado en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1984, pp. 503 y ss.

3. Al respecto, vale traer a colación los comentarios que el profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, hace al artículo 227 de la Constitución de 1811. El referido autor señala: "La cláusula en cuestión es casi una copia literal de la cláusula de supremacía norteamericana de la sección segunda del art. 6, bien que con una novedad importante: el precepto transcrito no sólo establece la garantía de la supremacía constitucional, sino también su consecuencia, es decir, la nulidad de toda ley que contradijera las previsiones constitucionales. Si a ello se une el hecho de que el Poder Judicial de la Confederación era habilitado por el art. 115 de la norma constitucional (de 1.811) para conocer de *todos los asuntos contenciosos civiles o criminales que se deriven del contenido de esta Constitución*, asumiendo la Corte Suprema (art. 116) competencias por apelación, se puede comprender que haya autores que han entendido como evidente, que desde 1.811 los jueces venezolanos se hallaban facultados para

Ese mecanismo de control, años después, encontró consagración legal expresa en el Código de Procedimiento Civil de 1897, cuyo artículo 10 señalaba lo siguiente: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia”⁴. Con la misma redacción se mantuvo en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de 1987. Además, fue consagrado en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, de la siguiente manera: “Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”.

En la Constitución de 1999 el control difuso de la constitucionalidad fue elevado a rango constitucional y se consagró en su Título VIII referido a la Protección de la Constitución, con la siguiente redacción:

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

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

Ahora bien, no obstante la tradición que tiene el control difuso en nuestro sistema de justicia constitucional, aún hay aspectos de él que no se han estudiado suficientemente o simplemente se dan por evidentes o superados.

Por ello, nos referiremos a modo de reflexión sobre el tema, al sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad.

Para precisar nuestro análisis lo presentaremos a modo de pregunta: ¿es el control difuso un control de la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto o, por el contrario, un control de la constitucionalidad de la ley que se debe aplicar a un caso concreto aunque examinada en abstracto con la Constitución? En otras palabras, es el control difuso ¿control abstracto o control concreto?

Para desarrollar este planteamiento expondremos algunas notas sobre la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad (i), y posteriormente haremos referencia al sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad (ii).

En todo caso, este análisis -que debe considerarse un ensayo-, constituye una primera reflexión que realizaremos sobre el tema, motivo por el cual no pretendemos exponer conclusiones definitivas ni creemos que debe entenderse agotada la materia, por el contrario, nos proponemos llamar la atención sobre un tema que se debe seguir desarrollando en la doctrina y la jurisprudencia.

declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, mientras que otros han considerado, que con la Constitución de 1.811 se inicia un período de *control implícito* de la constitucionalidad por parte de los jueces”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales. Su génesis en el siglo pasado”, Estudio publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín 1997. Primera Edición, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional y Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires 1996. p. 58.

4. BREWER-CARÍAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. ob. cit.*, pp. 10 y 11.

II. BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La justicia constitucional en todo Estado de Derecho modernamente se sostiene sobre el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

Al explicar dicho principio la doctrina señala que la Constitución es la norma de mayor jerarquía que “por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad”⁵, siendo así, la Constitución sólo consigue su vigencia a través de su *fuerza normativa* o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora⁶. Por ello, dado su carácter normativo, la Constitución sólo puede tener completa eficacia en la medida en que sea garantizada jurisdiccionalmente⁷.

A la garantía jurisdiccional o *defensa* de la Constitución se le ha denominado *control jurisdiccional de la constitucionalidad* y tiene por objeto, básicamente, controlar la constitucionalidad de las leyes y otros actos dictados por los Poderes Públicos de igual jerarquía, así como proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, ese control *jurisdiccional* debe ser ejercido por un órgano jurisdiccional o un conjunto de órganos con esa misma naturaleza⁸.

En derecho comparado se reconocían en el plano teórico fundamentalmente dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad, el sistema de control difuso o americano, por un lado, y el sistema de control concentrado o europeo, por el otro. No obstante, en doctrina, tales sistemas actualmente han dado origen a otros sistemas en derecho comparado que implican, según el caso, un acercamiento o una mezcla entre dichos modelos⁹.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1994, p. 48.

6. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 26.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*, p. 176.

8. El carácter jurisdiccional del órgano de control de la constitucionalidad será una de las implicaciones más importantes de la sentencia *Marbury vs. Madison* y uno sus aportes al constitucionalismo moderno. Será también el estandarte de Hans Kelsen en el modelo de control de la constitucionalidad que propuso para la Constitución Austríaca de 1920 y en su tesis: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Berlín 1931. Sobre los intrínquilis del caso *Marbury vs. Madison* puede consultarse *The Oxford Guide to The United States Supreme Court Decisions*, 1999, Editado por Kermit L. Hall, Oxford University Press, pp. 173-175. Así como MCCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1994, pp. 25 y ss.

9. Actualmente en doctrina autores como FROMONT, Michel; JEAN, Marcou; RUBIO LLORENTE, Francisco; PEGORARO, Lucio y MARÍN, José Angel, señalan que las nuevas tendencias de la justicia constitucional en Europa, Estados Unidos y en el mundo en general, evidencian un acercamiento entre el control difuso y el control concentrado. En efecto, en derecho comparado ya no encontramos en forma absoluta y totalmente contrapuesta los dos sistemas clásicos de control de la constitucionalidad, ahora los comparatistas reconocen un tercer y hasta un cuarto modelo o sistema de control de la constitucionalidad. El profesor de la Universidad de Bolonia, Lucio PEGORARO, sugiere que un tercer modelo sería el presente en Alemania, España e Italia, países en donde existe un Tribunal o Corte Constitucional según el caso, pero que poseen un mecanismo incidental de control de la constitucionalidad que opera cuando un juez en el curso de un proceso cualquiera considera inconstitucional una ley de cuya validez depende la decisión final del caso, en virtud de lo cual el proceso es suspendido y la “cuestión de inconstitucionalidad” de la ley es planteada ante el Tribunal o Corte Constitucional, encargada de adoptar la decisión final. Un cuarto modelo sería, para el referido autor, el que existe en países como Portugal, Grecia, Rusia, Estonia y en países latinoamericanos como Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela, entre otros, a los cuales habría que agregar el caso de algunos países africanos con recientes sistemas democráticos. En esos países, coexisten los sistemas *difuso* y *concentrado* de control de la constitucionalidad, pero ya no se trata de un acercamiento

Se ha señalado que la supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano que encuentra antecedentes históricos en Inglaterra, no obstante, cabe resaltar que ya en 1966 Cappelletti aclaraba que la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad tienen antecedentes en el derecho ateniense.

Al respecto, Cappelletti indicó que en Atenas “se distinguía entre el *nomos*, o sea la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, o sea, para usar un vocablo moderno, el decreto. En realidad, los *nomoi*, o sea las leyes, tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podría aproximar a las modernas leyes constitucionales no sólo porque se referían a la organización del Estado, sino además, porque las modificaciones de esas leyes (*nomoi*) vigentes, no podían ser realizadas sino mediante un procedimiento especial, que poseía características que sin duda pueden sugerir en el pensamiento del jurista contemporáneo, la idea de un procedimiento de *revisión constitucional*. (...) constituía un principio fundamental el de que el decreto, cualquiera que fuese su contenido, debía ser *legal*, tanto en su forma como en la sustancia. O sea, como lo diríamos los juristas modernos, debía ser *constitucional*, es decir, no podía estar en contraste con los *nomoi* vigentes, con las leyes constitucionales en vigor. (...) es posible concluir, que se producía, además, la invalidez del decreto contrario a la ley, de acuerdo con el principio afirmado en un pasaje de *Demóstenes*, según el cual, el *nómos*, cuando se encontraba en contraste con el *pséfisma*, prevalecía sobre éste. Los jueces atenienses, aún habiéndose obligado por juramento solemne a juzgar (según las leyes y según los decretos), no estaban obligados a decidir de acuerdo con los *pséfismata*, si éstos se encontraban en contraste con los *nomoi*”.

El principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución y el control difuso de la constitucionalidad encuentran antecedentes más recientes en el derecho inglés, en la decisión del Juez *Coke*, *Bonham's case*, que introduce la doctrina del *fundamental law* o *higher law*, tributaria de la concepción del derecho natural como superior al derecho positivo e inderogable por éste, que superponía ese derecho natural o fundamental, a las leyes positivas del Parlamento Inglés, todo lo cual permitía a los jueces ingleses controlar las leyes del Parlamento y declararlas nulas de ser necesario.

Los principios de ese *fundamental law* fueron utilizados por los colonos americanos para proclamar su derecho a rebelión y para reclamar ciertas garantías fundamentales. Esos principios serían finalmente plasmados por escrito en la Constitución de 1787, cuyas disposiciones se harían efectivas y obligatorias para los jueces americanos a través de la doctrina según la cual los jueces tenían una *vinculación más fuerte* con la Constitución que con las leyes, doctrina proclamada por Alexander Hamilton en *The Federalist* y que sería instrumentada y perfeccionada finalmente por el principio de la *judicial review* consolidado por el Juez Marshall en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, sentenciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1803¹⁰.

Al respecto, señalaba Hamilton en *El Federalista* que “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de

entre los dos sistemas clásicos de control, a diferencia de lo que ocurre en los países que forman parte del tercer modelo (Alemania, España e Italia), sino de una verdadera *fusión* entre esos dos sistemas. V., HARO, José Vicente, “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional* n° 1, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 135 y ss.

10. Véase al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. ob. cit., p. 50-55. También, FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz 1996, p. 7-11.

hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”¹¹.

Aunado a lo anterior, explicó Hamilton:

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

El ejercicio del arbitrio judicial, al decidir entre dos leyes contradictorias, se ilustra con un caso familiar. Sucede con frecuencia que coexisten dos leyes que se oponen en todo o en parte, ninguna de las cuales contiene una disposición o expresión derogatoria. En semejante caso les corresponde a los tribunales esclarecer y fijar su significado y su alcance. Si es posible que una interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el derecho aconsejan de consumo que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra. La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón. Esta regla no está impuesta a los tribunales por alguna disposición legislativa, sino que ha sido adoptada por ellos, considerándola conforme a la verdad y la utilidad, con el objeto de normar su conducta en su calidad de intérpretes de las leyes. Les pareció razonable que entre dos actos incompatibles de una autoridad *igual* gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad.

Sin embargo, por lo que hace a los actos incompatibles de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado, la naturaleza de las cosas y la razón indican que se debe seguir la regla inversa. Nos enseñan que el primer acto de un superior debe ser preferido al acto subsecuente de una autoridad inferior y subordinada, y que, consiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apearse a la segunda y hacer caso omiso de la primera¹².

De ese modo explicó Hamilton la teoría de la *revisión judicial* que luego sería adoptada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la mencionada decisión *Marbury vs. Madison*, con la cual se suele bautizar el nacimiento del control difuso de la constitucionalidad.

En una de las descripciones más claras que se ha realizado sobre el control difuso de la constitucionalidad el autor italiano Mauro Cappelletti señaló que “cuando se habla de control *difuso* de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país”¹³.

Cappelletti ilustró con extraordinaria simplicidad la forma en que funciona el control difuso así: “se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es

11. HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY J., *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México 1998, pp. 332.

12. *Idem*.

13. CAPELLLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. *ob. cit.*, p. 37.

aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es *rígida*, más bien que *flexible*, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento, es decir, en la terminología alemana, las *Gesetze* (Leyes) prevalecen sobre los *Verordnungen* (reglamentos); *ergo*, se concluye, que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda”¹⁴.

El referido autor señaló además el control difuso está “dirigido a resolver el problema de la inconstitucionalidad de las leyes, dentro de la esfera de la *interpretación* de las leyes mismas, al sostener que siendo la norma constitucional *más fuerte* que la ordinaria, el juez, al decidir un caso en el cual tuviere relevancia una disposición que considere contraria a la Ley Suprema, debía *interpretar el derecho* de modo de que diera preferencia a la norma constitucional y no a la que fuese contraria a la Carta Fundamental, lo que se traducía, no en una *invasión* del juez en la esfera del poder legislativo, sino en una *simple desaplicación* de la ley en ese caso concreto”.

Así planteado, el control difuso de la constitucionalidad es un problema de interpretación de la ley que se fundamenta en el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, que lleva a un juez a desaplicar una ley que en principio debe aplicar a un caso concreto, para aplicar preferentemente la Constitución.

Para Cappelletti la coherencia y simplicidad del razonamiento que fundamenta el control difuso llegan al extremo que quien no haya profundizado en esta materia podría preguntarse por qué extraña razón la Constitución austríaca de 1920 prefirió, por el contrario, un sistema *concentrado* de control de la constitucionalidad de las leyes.

En definitiva, concluye el citado autor, que todos los órganos judiciales, inferiores y superiores, federales y locales, poseen, el poder-deber de desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento y aplicar preferentemente la Constitución¹⁵.

En la doctrina venezolana Allan Brewer al analizar la *racionalidad* del control difuso de la constitucionalidad, ha concluido lo siguiente:

Todos los jueces tienen el poder y el deber de aplicar la Constitución, y en consecuencia, a dar preferencia a la Constitución, sobre las leyes que la violen, y a declararlas inconstitucionales e inaplicables en los casos concretos de los cuales conocen.

El poder-deber de los jueces de considerar una ley inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sólo puede ser ejercido en un proceso particular, iniciado a instancia de parte, donde la cuestión constitucional sólo es una cuestión incidental, y cuando su consideración es necesaria para resolver el caso.

La decisión judicial relativa a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad en un proceso concreto puede ser adoptada de oficio por el Juez, pues es su deber el aplicar y respetar la supremacía de la Constitución.

14. CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. Ob. cit. p. 38.

15. CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. ob. cit., p. 39.

La decisión adoptada por los jueces sobre inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Ley sólo tiene efectos *inter partes* en relación al caso concreto en el cual se adopta, y tiene efectos declarativos en el sentido que declara *ab initio* la nulidad de la Ley. Por ello, al declarar una ley inconstitucional e inaplicable, de hecho, la decisión tiene efectos *ex tunc* y *pro pretaerito* en el sentido que ellos son retroactivos al momento en que se promulgó la Ley, la cual es considerada como no habiendo producido efecto alguno en relación al caso concreto y a las partes que en él intervinieron.

Por supuesto, esta lógica del método difuso de control de constitucionalidad no siempre es absoluta, y cada sistema legal ha desarrollado correctivos en relación a la posible desviación que cada uno de los aspectos de la racionalidad del sistema produce, en relación a la nulidad o anulabilidad del acto inconstitucional; al poder atribuido a todos los jueces o a un número limitado de tribunales para revisar la constitucionalidad; al carácter incidental del sistema; a la iniciativa de los jueces o a la necesidad de instancia de parte para plantear la cuestión constitucional; a los efectos *inter partes* o *erga omnes* de la decisión y a su carácter declarativo o constitutivo (Subrayado nuestro).

Como se podrá observar, la explicación de Brewer sobre la *racionalidad* del control difuso de la constitucionalidad es básicamente la misma que ofrece Mauro Cappelletti.

En este sentido, debe destacarse que Brewer concreta el control difuso de la constitucionalidad a la *aplicación* preferente de la Constitución cuando un juez considere inconstitucional una ley que debe aplicar a un caso concreto.

Con todo, las conclusiones de Cappelletti, por un lado, y de Brewer, por el otro, parecen no dejar duda alguna sobre el funcionamiento y la racionalidad del control difuso de la constitucionalidad.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La claridad con que la doctrina ha expuesto el modo de funcionamiento y la racionalidad del control difuso de la constitucionalidad, a veces parece no ser suficiente para precisar problemas que en la teoría no son tan fáciles de apreciar y que en la práctica suscitan nuevas reflexiones.

Prueba de ello son las conclusiones que se esbozaron en la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997, recaída en el caso *Pepsi Cola-Coca Cola (Medidas Cautelares)*, mediante la cual se desaplicó en ese caso concreto y en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En dicha decisión se pretendió exponer toda una teoría general del control difuso de la constitucionalidad con razonamientos que por la importancia y peculiaridad de los mismos nos permitimos citar *in extenso*:

Pasa ahora la Corte analizar el alcance del control difuso, que en modo alguno puede asimilarse al concentrado, pues tal asimilación vaciaría al primero de ellos de su verdadera naturaleza. En efecto, en el control difuso de lo que se trata es de enjuiciar la aplicación de la norma, es decir, determinar si el caso de que se trata tal aplicación resulta violatoria de la Constitución.

Debe pues establecerse una diferenciación entre el denominado control concentrado de la constitucionalidad, y el control difuso de la constitucionalidad. Ambos sistemas de orígenes distintos, tanto dogmática como históricamente.

El sistema de control concentrado tiene su origen histórico, e igualmente dogmático, en la obra jurídica de Hans Kelsen, quien no sólo ideó tal sistema, sino que lo llevó a los hechos en la constitución austriaca de 1920, expandiéndose el mismo por toda la Europa continental durante el transcurso del presente siglo. El sistema concentrado tiene por finalidad la armonización del ordenamiento jurídico abstracto con la Norma Suprema. En éste sentido, una ley determinada, no puede ser juzgada conforme a la constitución ó a la inversa, contraria a la misma, por el órgano que ejerza el control concentrado (Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, etc.), dependiendo de los casos concretos: la norma, sencillamente, es constitucional ó no lo es. El análisis, en éste sentido, ha de ser como lo ha señalado el constitucionalista venezolano Humberto J. La Roche: "...confrontar dicha norma o dicha ley con la Constitución; poner al lado de la otra, y ver si hay compatibilidad o no, si hay incongruencia declarar la inconstitucionalidad, si no la hay, entonces se abstendrá (el juez) de hacerlo". (La Roche Humberto, Técnicas del Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado, en : El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. UCV, Caracas, 1979, p.48)".

Además, señaló la referida sentencia, lo siguiente:

El control difuso de la constitucionalidad, contrariamente, funciona de distinta manera. Es de advertir que la excesiva y endémica influencia del positivismo kelseniano en nuestra doctrina, ha llevado a pensar a algunos que el análisis que el juez debe hacer al aplicar el control difuso es similar al que se realiza en el control concentrado: es decir, confrontar abstractamente la norma cuestionada con la Constitución y, de resultar disconforme con ésta, desaplicarla en el caso concreto, pero sin que resulte necesario, para resolver la cuestión, analizar el caso concreto.

Ello tiene su origen en una concepción de la función jurisdiccional que la representa como un mero ejercicio silogístico y del ordenamiento jurídico como un sistema perfecto. La doctrina jurídica más moderna ha abandonado definitivamente tales concepciones anticuadas. Por una parte, el ordenamiento jurídico no es un sistema rígido, sino algo viviente: de manera especialmente lúcida lo expone la doctrina europea desde Santi Romano. Por otra parte, la función jurisdiccional no viene a ser un ejercicio silogístico de aplicación de un sistema perfecto a casos concretos.

La doctrina alemana, especialmente desde Viehweg, ha puesto de manifiesto que lo fundamental en la solución jurisprudencial es la resolución del problema planteado en la litis, y en éste sentido, el ordenamiento ha de aplicarse en miras a la justa resolución de dicho problema. Es entonces que, en determinadas circunstancias, la aplicación de una norma puede resultar injusta, pues resuelve el problema jurisprudencial de modo manifiestamente inicuo; y ello haría que la aplicación de dicha norma a ese determinado caso (no la norma in abstracto) resulte inconstitucional. Es el problema pues el que determina el análisis jurisprudencial.

Al respecto, señala el citado autor lo siguiente:

Es necesario reconocer que el problema es algo beneficioso, que actúa siempre como guía. Cuando uno piensa dentro de un sistema expreso no puede profundizar. Nicolai Hartman ha descrito de una manera muy gráfica la contraposición que existe entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Sin embargo, no es posible desconocer que entre problema y sistema existe una serie de conexiones, a las que es necesario aludir con algún detalle.

Para nuestro fin puede llamarse problema -esta definición basta- a toda cuestión que aparentemente permite mas de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución". (Viehweg, Theodor, Tópica y Jurisprudencia. Madrid, 1964, p. 50).

Con fundamento en tales razonamientos la referida decisión afirmó luego lo siguiente:

Es esto lo que ocurre en toda litis, y no otra cosa viene a ser la composición de la litis que la resolución del problema concreto suscitado. La ley viene a ser, entonces, un auxiliar del juez en la resolución del caso, en su función de decir el derecho (juris-dictio). En virtud de ello, el control difuso, como se ejerce en el acto jurisprudencial, analiza la constitucionalidad *de la aplicación al*

caso concreto de la ley, y no de la ley *in abstracto* (aun cuando resulte obvio que si la ley en sí misma es inconstitucional, también lo será su aplicación a cualquier caso concreto, de allí la necesidad de expulsarla del ordenamiento mediante el control concentrado).

Sobre este aspecto, también se pronuncia La Roche, en los siguientes términos:

‘La limitación consiste en que el Poder Judicial debe ejercerse dentro de las fronteras de un caso concreto o controversia, excluye el control de la constitucionalidad de las cuestiones abstractas referentes a la validez de actos legislativos.

¿Qué quiere significar la Constitución de los Estados Unidos cuando confiere esta potestad sobre el derecho de determinar solamente casos y controversias? En ‘Muskrat v. United States’, la Corte Suprema Americana (sic) expresa: ‘por casos y controversias se entienden los alegatos que las partes traen ante los Tribunales para su determinación mediante los procedimientos regulares tal cual como se establecen en la ley o costumbre para la protección o aplicación de derechos, o la prevención, reparación o castigo de los hechos punibles’

En opinión de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela dictada en el año de 1961 se expresa lo siguiente: ‘La función asignada a la Corte por la Ley Orgánica del Poder Judicial se limita a la comprensión, propósito y aplicación de dicha Ley en los casos concretos que se pueden presentar, lo cual significa que la Corte no puede dar una opinión en un sentido general acerca de la comprensión e interpretación de dicha Ley’ (La Roche, Humberto, *El control de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*. Maracaibo, 1972, pp. 73-74)’.

La jurisprudencia citada, se refiere al artículo 147 de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956, consagradorio de una potestad hermenéutica por parte de la Corte Suprema de Justicia, en orden a la *aplicación* de dicha Ley (tal potestad continúa vigente en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial). Sus afirmaciones, sin embargo, pueden ser perfectamente aplicadas al control difuso, en tanto el mismo opera en orden a la determinación de la constitucionalidad de *aplicación* de la ley (y no de la ley en sí) a un *caso concreto* (y no a todos los casos)”.

Finalmente, concluyó la referida decisión señalando que:

El artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, en este sentido, es más explícito: ‘Cuando la ley vigente, cuya *aplicación* se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces *aplicarán* ésta con preferencia’ (Subrayado de la Corte), se trata, pues, de un problema de la *aplicación* al caso concreto del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, debe recalarse que el control difuso de la constitucionalidad no es sino una consecuencia lógica del principio de la supremacía y aplicación inmediata de la Constitución. En países como el nuestro, donde la Constitución tiene un carácter normativo y no programático, resulta apodíctica la conclusión de que el juez puede aplicar siempre la Constitución para resolver un caso concreto, incluso por encima de la ley; de otra manera ¿qué valor normativo pudiera atribuirse a la norma constitucional si ésta no pudiese ser aplicada directamente por el juez, órgano que ejerce la función de decir el derecho?

Con base en los razonamientos antes citados, la referida decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo llegó a la conclusión de que el control difuso de la constitucionalidad consiste en el análisis o examen de la constitucionalidad de la *aplicación* de una norma a un caso concreto, y no de la constitucionalidad de la norma analizada *in abstracto*, a fin de aplicarla o desapplicarla en un caso concreto.

Al respecto, debe distinguirse entre la norma o ley involucrada en ese caso concreto y el acto mismo de aplicación de dicha norma o ley, cuya constitucionalidad debe analizarse por separado.

Para la referida decisión, el control difuso de la constitucionalidad sólo podría examinar la constitucionalidad de la *aplicación* de la norma o ley al caso concreto, siendo que la constitucionalidad de esa norma o ley (considerada en sí misma *in abstracto*), sólo

podría ser objeto del control concentrado de la constitucionalidad, el cual, actualmente en Venezuela es ejercido por la Sala Constitucional a tenor de lo establecido en los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución.

En definitiva, la citada sentencia consideró que el control difuso de la constitucionalidad funciona como un mecanismo de control concreto y no como un mecanismo de control abstracto.

Ahora bien, lo anterior pareciera contrastar con la *lógica* explicada por Cappelletti, o la *racionalidad* expuesta por Brewer, con que funciona el control difuso de la constitucionalidad en derecho comparado.

En efecto, como señalaba Cappelletti, el control difuso de la constitucionalidad se concreta en una labor de interpretación jurídica que en definitiva trata de establecer la vigencia o validez de una norma a los efectos de su aplicación o no en caso concreto. Esa vigencia o validez de las leyes se determina al contrastar éstas con las normas constitucionales, las cuales, por su supremacía y fuerza normativa deben prevalecer y son de aplicación preferente, dejando sin efecto aquellas disposiciones de inferior rango que la contradigan. Con todo, el control difuso de la constitucionalidad consiste en un problema de interpretación de la ley que necesariamente lleva a su análisis *in abstracto* con la Constitución,

Podría entonces afirmarse que la citada sentencia si bien hace un esfuerzo por replantear la teoría sobre el control difuso de la constitucionalidad, se aparta de los principios fundamentales que lo informan al punto de desnaturalizar su verdadero sentido y alcance. No obstante, debe reconocerse que es interesante la reflexión que se puede originar a partir del análisis que esa sentencia expone.

En efecto, si bien el control difuso funciona como un mecanismo para resolver un problema de interpretación y, más concretamente, de constitucionalidad de una ley que en principio debe aplicarse a un caso concreto, nada obsta para que se incluya dentro de su objeto, el control de la constitucionalidad de la aplicación de esa ley, ya que en la práctica pueden existir situaciones en las cuales una norma analizada o examinada *in abstracto* sea constitucional, pero *aplicada* a un caso concreto sea contraria al Texto Fundamental.

En otras palabras, pueden presentarse situaciones en las que una norma contenida en una ley analizada *in abstracto* a la luz de la Constitución, debe aplicarse a un caso concreto porque no contraviene el Texto Fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hecho o situaciones jurídicas (por ej. a un determinado grupo de personas o a una categoría concreta de sujetos), dicha aplicación puede resultar inconstitucional.

Pero este problema, como lo ha demostrado la jurisprudencia comparada, no sólo se puede presentar en el campo del control difuso sino también en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, en cuyo terreno también pueden encontrarse normas que analizadas *in abstracto* a la luz de la Constitución, sean constitucionales, pero, aplicadas a determinadas categorías de sujetos o supuestos de hecho, resulten inconstitucionales.

En ese caso, el *lev motiv* del problema no está propiamente en el mecanismo de control de la constitucionalidad que se utilice, es decir, no se trata específicamente de como funciona o como no funciona el control de la constitucionalidad, sea éste difuso o concentrado, sino más bien, de los efectos de la norma.

Ciertamente, los efectos de la norma pueden ser de tal entidad que se produzcan unos efectos inconstitucionales para una determinada categoría de personas y, con respecto a otra categoría, no resulten inconstitucionales. Esto lógicamente, no se puede determinar *in abstracto*, antes bien, será necesario singularizar la norma en un acto de aplicación para verificar sus efectos concretos sobre la persona o categoría de personas sobre las cuales recaería tal aplicación. Ello puede variar dependiendo incluso de la situación de hecho en que se encuentren las personas incluidas dentro de esa categoría.

Al respecto, debe señalarse que en el control concentrado de la constitucionalidad uno de los elementos más importantes a la hora de determinar los efectos de una sentencia que establezca la inconstitucionalidad de una norma, es precisamente la naturaleza o efectos de esta última, pues, pueden darse casos en los que en lugar de una anulación total y absoluta de la norma, sea necesaria lo que se ha llamado una *anulación parcial cualitativa*.

Como señala Favoreau, haciendo referencia a los efectos de algunas decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, los llamados fallos de *anulación parcial cualitativa* consisten, sin amputar el texto, en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a determinada situación¹⁶.

El referido autor cita como ejemplo, una legislación que el Tribunal Constitucional Alemán declaró nula en lo relativo a los taxis y los coches de alquiler, pero que sigue vigente para los demás medios de transporte.

A los fines del presente análisis podríamos elaborar un ejemplo a partir de la referida jurisprudencia alemana que puede ayudarnos a captar con más claridad el asunto planteado. Supóngase que el Cabildo Metropolitano de la Ciudad de Caracas decide aprobar una ordenanza sobre transporte en la cual se establece un día de parada obligatorio a la semana para todos vehículos que circulen en Caracas a fin de evitar el gran congestionamiento de las vías de transporte terrestre de la ciudad.

Supóngase además que no obstante lo justificado de la medida y de la restricción al libre tránsito que ella implica para los vehículos, las personas que poseen o conducen taxis, transporte de carga y de alquiler, solicitan en un juicio concreto en el cual están recurriendo una multa que les fue impuesta por incumplir con el día de parada, la des-aplicación de tal ordenanza por violar sus derechos al trabajo y a la libre empresa.

En ese caso, podría argumentarse que efectivamente la ordenanza que consagra el día de parada, *in abstracto*, no es contraria a la Constitución, pero aplicada a una situación jurídica concreta o a una categoría determinada de sujetos, esto es, a las personas que poseen o conducen taxis, transporte de carga y de alquiler, resulta violatoria de sus derechos constitucionales.

Así, los efectos de las normas que en algunos casos pueden ser de carácter *bipolar* o *multipolar*, utilizando un término que se maneja en otro contexto, en el sentido de que esos efectos pueden tener diferentes polos de concreción y cuya aplicación puede derivar, según el caso, en su inconstitucionalidad o no, es lo que determinaría en definitiva el resultado del control de la constitucionalidad que se ejerza.

En el control difuso la situación se presenta de manera aún más problemática ya que, por el carácter incidental y concreto que tiene, puede llegarse a confundir -como sucedió en la sentencia de la Corte Primera que hemos comentado-, la labor interpretativa que necesariamente debe hacer el juez al aplicar una norma -y que fundamenta ese con-

16. FAVOREAU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona 1993, pp. 77 y 78.

trol-, con los efectos concretos que la aplicación de esa norma puede tener respecto a determinada categoría de personas o situación jurídica.

Por ello consideramos que se debe reconocer el alcance del control difuso para controlar ese tipo de aplicaciones concretas de la ley, pero creemos que no se puede desconocer la verdadera función y sentido que tiene ese control (abstracto) para reducirlo únicamente a tópicos de aplicación concreta.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad desde sus orígenes ha implicado la interpretación, el análisis o el examen de la constitucionalidad de una ley que se debe aplicar a un caso concreto, analizada *in abstracto* con la Constitución, en virtud del cual el juez decide no aplicar dicha ley a ese caso concreto para, en su lugar, aplicar preferentemente la Constitución.

No obstante, podemos encontrar en situaciones en las que una norma contenida en una ley analizada *in abstracto* a la luz de la Constitución, debe aplicarse a un caso concreto porque no contraviene el Texto Fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hecho o situaciones jurídicas (por ej. a un determinado grupo de personas o a una categoría concreta de sujetos), dicha aplicación puede resultar inconstitucional.

Siendo así, somos de la opinión de que en ese tipo de casos el control difuso de la constitucionalidad puede ser un mecanismo susceptible de controlar la constitucionalidad de la *aplicación* de la ley a un caso concreto y no sólo la constitucionalidad de dicha norma, examinada *in abstracto*, con el Texto Fundamental.

En otras palabras, el control difuso de la constitucionalidad es un mecanismo de control abstracto pero también puede funcionar como un mecanismo de control concreto.

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA *

Jose F. Palomino Manchego
Profesor de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos de Lima, Perú

Al Prof. Allan R. Brewer-Carías, con ocasión de sus 40 años de vida profesional, y con la esperanza que siga iluminando con sus enseñanzas al Derecho Constitucional Latinoamericano.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Deseo agradecer, en primer término, la cordial invitación del profesor Lucio Pegoraro, y por cierto, sus palabras de presentación por permitirme compartir con los colegas italianos algunas ideas acerca de los inicios del control constitucional concentrado en América Latina. A propósito, en Italia, el control constitucional es modélico. Además, la labor y sólida jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, es seguida con atención y detenimiento en el Derecho Constitucional Comparado. En tal sentido, la *Corte* constituye un referente obligado al momento de analizar los orígenes de los Tribunales Constitucionales en América Latina, como lo demostraré a continuación. Parece, asimismo, que en las actuales circunstancias la reforma constitucional viene tomando cuerpo en Italia, cuya Constitución que data de 1947, será puesta al día¹.

Ahora bien, el propósito de la presente exposición consiste en describir las características más notables que han presentado en sus orígenes los Tribunales Constitucionales en los diversos ordenamientos jurídicos de América Latina. De su propio contenido se podrá advertir, en primer término, que, desde la década de los años 40, el tema del control constitucional concentrado ha sido, en mayor grado, la preferencia que se optó en pleno siglo XX en algunas constituciones latinoamericanas, claro está, con peculiaridades que no se ven en los Tribunales Constitucionales europeos, a diferencia del siglo XIX donde el control de revisión judicial (EE.UU) y el político empezaban a tomar cuerpo. En segundo orden, destaca el tema de la protección procesal de los derechos constitucionales, a través de dos instrumentos procesales: el Habeas Corpus y el Amparo.

* Texto de la conferencia sustentada el 2 de octubre de 2001, en los ambientes de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna, en el encuentro de estudio titulado *Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti*, que programó el profesor PEGORARO, Lucio. Participaron, además, los profesores GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, BLUME FORTINI, Ernesto y ETO CRUZ, Gerardo.

1. Al respecto, V., ROLLA, Giancarlo, "Crónica sobre la reforma institucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, Madrid 1998, pp. 223-237.

Pero debo asimismo hacer constar que, a la fecha, el modelo concentrado ha tomado cuerpo en casi todos los países de América Latina, por citar, Perú² y Bolivia³. Con lo cual se demuestra que el modelo de revisión judicial o americano ha pasado a un segundo plano, destacando más bien su accionar en las Salas Constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas, como perfectamente las denomina Fix-Zamudio: a) El Salvador (1983, 1991), b) Costa Rica (1989), c) Paraguay (1992), d) Nicaragua (1995) y e) Venezuela (1999)⁴.

II. LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Como antecedentes, hemos de significar que Colombia en más de una oportunidad ha intentado crear un Tribunal Constitucional con las características del modelo austríaco. La Constitución anterior data del 7 de agosto de 1886. Sin embargo, sufrió algunas reformas⁵ tales como la efectuada, durante el período de gobierno del General Rafael Reyes, por la Asamblea Nacional Constitucional Constituyente y Legislativa de 1905, la reforma constitucional por acto legislativo N° 3, la reforma de 1910 que establece un completo sistema de control constitucional, así como la reforma de 1936⁶ la de 1945 por acto legislativo N° 1 que diseña un Consejo de Estado con carácter de jurisdicción contencioso administrativo. De igual forma, la reforma constitucional plebiscitaria de 1° de diciembre de 1957, la reforma de 1968 donde resalta la creación de la Sala Constitucional, así también las propuestas realizadas en 1975 y 1977-1978 que dieron como resultado la reforma constitucional contenida en el acto legislativo N° 1 de 1979.

Renglón aparte, de todas las reformas arriba señaladas, merece la de 1968 (Constitución, art. 214), reglamentada por el decreto N° 432 de 1969, mediante la cual se creó una Sala Constitucional⁷ que dependía de la Corte Suprema de Justicia integrada por

2. Una visión de conjunto se puede ver en EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires 2000.

3. Entre otros, V., FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, D.F. 2000; y RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba 2001.

4. V., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina", en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, D.F. 1995, pp. 59-74.

5. Para un estudio de las reformas, V., HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1971, pp. 45-73.

6. En la presente reforma se introduce la acción popular de inconstitucionalidad en la que asume jurisdicción la Corte Suprema (Constitución, art. 214), reglamentado por la Ley n° 96. Mediante este procedimiento el máximo organismo declaraba la inconstitucionalidad de algún ordenamiento legislativo, diferenciándose así del clásico modelo americano mediante el cual los tribunales ordinarios sólo inaplican la norma cuestionada al caso concreto (*inter partes*). Tal mecanismo procesal, muy avanzado en su época, llevó a decir a Hernando AGUILAR ZULUAGA que: "fue Colombia el primer país del mundo que consagró constitucionalmente la jurisdicción constitucional". Tal afirmación se puede consultar en su ensayo: "La jurisdicción constitucional", en *Revista Estudios de Derecho*, vol. XVI, n° 50, Medellín 1956, p. 640.

7. El establecimiento de la Sala Constitucional se debe a la iniciativa de Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, Darío ECHANDÍA, entre otros integrantes del Senado, los mismos que lograron que se establezca la Corte Constitucional en una primera legislatura (1966-1967) pero que no prosperó en la segunda, quedando finalmente en pie la Sala Constitucional, por cuanto la Constitución en su artículo 218 estipula que para realizar la reforma constitucional se necesita la aprobación por dos legislaturas ordinarias. El gobierno de turno nombró una Comisión Revisora presidida por VÁSQUEZ VÉLEZ para objetar el denominado Proyecto Echandía. Hubo, como han sostenido algunos constitucionalistas, influencia política para apagar el funcionamiento de la Corte Constitucional. Cf., HENAO

cuatro magistrados especialistas en Derecho Público. Su función consistió en: “dictaminar las cuestiones de constitucionalidad que se planteen en la misma Corte, particularmente, de la objeción de los proyectos de ley por parte del Gobierno, y de la *acción popular de exequibilidad*, otorgándose un plazo de treinta días a dicha Sala para formular la ponencia respectiva, la cual debe turnarse a la llamada Sala Plena de la Corte para que decida definitivamente en sesenta días”⁸. Luis Carlos SÁCHICA estima que representó un avance, por cuanto especializó y separó el estudio de los negocios constitucionales dentro de un Tribunal de Casación, pero que no fue solución satisfactoria para algunos, puesto que aun los proyectos de fallo de los especialistas quedaron mediatizados por la mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la que se producen todas las decisiones sobre constitucionalidad⁹. Sin embargo, tal función en la Sala Constitucional no llenó las expectativas de los constitucionalistas, aun cuando no puede dejar de reconocerse que constituyó un antecedente capital y notorio para poder instaurar en Colombia una verdadera *jurisdicción constitucional*.

En el año de 1977, durante el gobierno de Alfonso López Michelsen se presentó una iniciativa de reforma constitucional contemplado en el acto legislativo N° 2 para tratar algunos puntos, destacándose la insistencia de crear una Corte Constitucional. La posición fue definida por la Comisión Echandía. La Corte Suprema declaró inconstitucional la reforma de la Constitución mediante sentencia de 5 de mayo de 1978. Sin embargo, el proyecto de instaurar la Corte Constitucional, conjuntamente con otros proyectos, tales como los concernientes a la reforma del Congreso, de los estatutos de los partidos políticos y del Fiscal de la Nación, dieron origen a la reforma constitucional contenida en el acto legislativo N° 1 de 1979 y que entró a regir el 20 de diciembre del mismo año, fecha de su promulgación¹⁰. Será en esa reforma donde se introduce una vez más la Sala Constitucional, sin que llegue a prosperar el nacimiento definitivo de la Corte Constitucional, a pesar de haber sido sustentada con elocuencia¹¹.

tucionalistas, influencia política para apagar el funcionamiento de la Corte Constitucional. Cf., HENAO HIDRÓN, Javier, “La reforma constitucional de 1968”, en *Revista Estudios de Derecho* n° 80, vol. 30, Medellín 1971, pp. 271 y ss.

8. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 111, México, D.F. 1978, pp. 678-679. Del mismo autor: “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 35, México D.F. 1979, pp. 422-424.

9. Cf., SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 3ª edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1988, p. 128. En esa línea, la reforma constitucional de 1968 articuló un control constitucional “automático” a cargo de la Corte Suprema de Justicia respecto de todos los decretos que expidiera el Presidente de la República al amparo de los estados de excepción, los que debían remitirse a aquella inmediatamente después de dictados. Cf., CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en el colectivo coordinado por GARCÍA BELAÜNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1997, p. 473.

10. V., el libro *El control político del Congreso sobre el Ejecutivo en la reforma de 1979*, Universidad Javeriana, Bogotá 1981, pp. 19-23. Esta obra no lleva el nombre del autor o autores por un olvido de la editorial. De igual forma, consúltese ALBORNOZ GUERRERO, Carlos, *El control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad Javeriana, Bogotá 1980, pp. 142-143.

11. Sobre la reforma constitucional de 1979, los autores que se han dedicado a su estudio no están de acuerdo. Algunos son partidarios, y otros lo catalogan *in extremis* de “inconstitucional”. Cf., FERNÁNDEZ DE SOTO, María de, *Algunas consideraciones sobre la Asamblea Constitucional de 1978*, Universidad Javeriana, Bogotá 1978; incluye importantes anexos de los actos legislativos; FERNÁNDEZ DE CASTRO, Ana de, *La Constituyente: un caso de inconstitucionalidad*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, Bogotá 1979. Añade como anexo el acto legislativo n° 2 de 1977 mediante el cual se reforma la Constitución Nacional; PAVÓN GAITÁN, Lucio, *Una Asamblea Constituyente derivada y limitada*, Universidad Javeriana, Bogotá 1977. También merecen

Luis Carlos SÁCHICA, ex-magistrado de la Corte Suprema, resume así la reforma constitucional de 1979 en lo tocante a la jurisdicción constitucional: “Es una reforma transaccional, en tanto no conservó el sistema tradicional de control constitucional ejercido por la Corte en pleno, ni lo unificó en la Corte Constitucional que en el proyecto ha sido propuesta; con fórmula intermedia, repartió la jurisdicción constitucional que tenía la Corte plena, entre ésta y su Sala Constitucional, asignando a la primera las cuestiones que parecen tener mayor resonancia política: las reformas constitucionales y los decretos de Estado de sitio y de Estado de emergencia económica y social, y a la Sala citada las leyes, los proyectos de ley objetados, y los decretos que se dictan cuando el Congreso no aprobó el proyecto de ley de plan de desarrollo y cuando el Ejecutivo es habilitado por el Congreso para legislar con facultades extraordinarias o para intervenir sobre la economía; de tal reparto se puede deducir que perdió influencia la Corte y ganó autonomía la Sala especial; la pregunta, sin embargo, debe ser: ¿mejorará el control constitucional?, ¿habrá criterios dispares entre una y otra Sala?”¹².

En resolución, se estableció un punto intermedio, es decir, se dejó de lado a la Corte Constitucional que tenía el carácter de autónoma, y la Corte Suprema en pleno no pudo controlar y custodiar la Constitución. En la práctica, debe reconocerse que la Sala Constitucional mantuvo en gran parte las características de un Tribunal Constitucional, con atribuciones limitadas. Empero, fue adquiriendo experiencia y sentía menos presión, independizándose con el tiempo de la Corte Suprema, y dar por fin nacimiento de esta forma a la Corte Constitucional que se galvanizó en la actual Constitución promulgada el 7 de julio de 1991.

III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940

Ha sido a través del recurso de inconstitucionalidad, verdadero mecanismo de control constitucional, que la República de Cuba -inspirándose indiscutiblemente en el modelo norteamericano- accede a la jurisdicción constitucional. Los antecedentes lo encontramos en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que plasmó la Constitución de 1901 y regulado por la Ley de 31 de marzo de 1903. Luego fue reproducido y ampliado por las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de junio de 1935. En tal sentido, el artículo 38 de la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935 apuntaló:

preferente atención los siguientes artículos publicados en la *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. XXI, n° 1 y 2, Bogotá 1980; ALARCÓN NÚÑEZ, Oscar, “¿De una Constitución rígida a una flexible?” (p. 229 y ss.); BECERRA BECERRA, Gregorio, “La exacta dimensión de la reforma constitucional de 1979 y lo que de ella puede esperarse” (p. 75 y ss.); GAONA CRUZ, Manuel, “La inconveniencia y la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de 1979”, (p. 139 y ss.); y VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo, “La reforma constitucional de 1979 y la crisis del Estado de derecho” (p. 25 y ss.).

12. Cf., SÁCHICA, Luis Carlos, “La jurisdicción constitucional en la reforma de 1979”, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 21, n° 1 y 2, Bogotá 1980, pp. 67 y ss., V., también LLERAS RESTREPO, Carlos, “Corte Constitucional y Consejo Supremo de la Magistratura. Mejora de la justicia y reforma constitucional”, en *Revista Derecho*, n° 102, Medellín 1979, pp. 16 y ss., VIDAL PERDOMO, Jaime, “Control constitucional”, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 21, n° 1 y 2, Bogotá 1980, pp. 45 y ss. Como antecedente de la implantación de una Corte Constitucional en Colombia, V., ORTEGA NIETO, Leoncio, *Jurisdicción constitucional colombiana*, Imprenta Departamental, Bogotá 1959, pp. 45-84. No han faltado autores que señalen que en Colombia se aplica una práctica “mixta”, es decir mediante el control difuso y concentrado. Así, MORALES MOLINA, Fernando, “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Colombia” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXIV, n° 2, t. II, Montevideo 1980, pp. 107 y ss.

Las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dicten por cualquier poder, autoridad o funcionario para regular el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulos si en cualquier forma disminuyen, restringen o adulteran tales derechos.

El Tribunal Supremo, a petición de cualquier ciudadano, formulada de acuerdo con lo que esta Constitución establece, declarará, en su caso, la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, sin que puedan las mismas aplicarse en lo sucesivo.

Y el artículo 84 disponía lo siguiente:

Además de las atribuciones que les hayan sido anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo les confieren las leyes y los decretos-leyes, corresponden al Tribunal Supremo de Justicia:

Cuarto: Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, acuerdos, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. El recurso de inconstitucionalidad establecido a petición de parte afectada, se presentará dentro del término que determine la ley; y el suscrito por no menos de veinticinco ciudadanos, en cualquier tiempo. En los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo deberá resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalará un término para que los recurrentes subsanen los defectos de forma que contuviere el recurso.

Declarada la inconstitucionalidad de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida de cualquier otra clase, no podrá aplicarse nuevamente en forma alguna.

En esa mira, se ubicó la jurisprudencia que produjo el Tribunal Supremo de Justicia, sobresaliendo dos que a continuación se citan a guisa de ilustración. La primera, N° 13 de 24 de abril de 1936, decía: “El artículo 38 de la Ley Constitucional vigente no se limita como lo hacía el 37 de la de 1901, a declarar que son nulas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dictaren para regular el ejercicio de los derechos que la misma garantiza, si en cualquier forma los disminuyen, restringen o adulteran, sino que en su segundo párrafo concede a cualquier ciudadano el derecho a pedirle al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que a ella establece, que declare la inconstitucionalidad de dichas disposiciones”. La segunda sentencia, la N° 11 de 26 de febrero de 1938, establecía que: “El recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto la decisión en el terreno especulativo de cuestiones meramente doctrinales, sino que conforme a la ley ha de tener un fin práctico ya que las violaciones de la Constitución afectan siempre a la causa pública y la reclamación contra la misma ha de tener por supuesto necesario la lesión de un derecho o de un interés legítimo, individual o corporativo”¹³.

Ahora bien, inspirado el *nomen iuris* en el del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931, la Constitución de Cuba de 25 de julio de 1940¹⁴ estableció en su artículo 172 que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales formaba parte como Sala especializada del Tribunal Supremo, que se integra por su Presidente y quince magistrados al menos.

13. Cf., MERINO BRITO, Eloy G., *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana 1938, pp. 43 y 50 respectivamente. Una visión de conjunto se puede ver en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, Madrid 2000, pp. 125-143.

14. V., GSCHWIND, Eduardo P., “La novísima Constitución de Cuba” en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año VIII, n° 38, Santa Fe 1943, pp. 127 y ss.

En tal sentido, el Tribunal de Garantías estaba facultado para conocer los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, de la propia Ley Fundamental y las consultas de jueces y tribunales sobre la misma inconstitucionalidad (art. 182, *a* y *b*). También, admitía una acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, estando legitimados para interponerlo los afectados o veinticinco ciudadanos. Los efectos eran de carácter general, derogándose la norma en cuestión (art. 194, *b*).

Este mismo sistema, escribe Fix-Zamudio: “fue incorporado, en teoría, en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 1959, promulgada por el Gobierno de Fidel Castro, con posterioridad al triunfo de la revolución que terminó con la dictadura de Fulgencio Batista, pero además de que no tuvo aplicación práctica, fue sustituido por el sistema socialista de los tribunales populares en la reforma constitucional de 13 de junio de 1973. Evolución que culminó con la promulgación de la Constitución socialista de 24 de febrero de 1976, en la cual, según el modelo soviético, se sustituye el sistema de la revisión judicial por el del control legislativo; en cuanto el artículo 70, inciso *f*) de la misma Ley Fundamental, confiere a la Asamblea Nacional de Poder Popular, la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales”¹⁵.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971

Como señala Fix-Zamudio: “el primer intento para introducir un Tribunal Constitucional, se expuso en el Proyecto de reforma constitucional sometido al Congreso por el Presidente Eduardo Frei con fecha 30 de noviembre de 1964, el que no obstante haber sido aprobado por la Cámara de Diputados se quedó detenido en el Senado; pero esta tentativa culminó en un nuevo proyecto de reformas constitucionales suscrito por el mismo Presidente Eduardo Frei, con fecha 17 de enero de 1969, que después de amplia discusión y con algunas modificatorias, fue aprobado, habiéndose promulgado las reformas el 21 de enero de 1970”¹⁶.

El Tribunal Constitucional se constituyó en la sesión del 10 de setiembre de 1971, con la total asistencia de sus Señores Ministros (así se les denominaba a los magistrados constitucionales): Enrique Silva Cimma, Ramiro Méndez Brañas, Rafael Retamal López, Jacobo Schaulsohn Numhauser y Adolfo Veloso Figueroa, cesando sus actividades después de tres años a raíz del golpe militar llevado a término el 11 de setiembre de 1973, y que fuera encabezado por el general Augusto Pinochet.

La estructura y diseño del Tribunal Constitucional se reguló en el Estatuto Jurídico sobre organización y funcionamiento del Tribunal y régimen de su personal (Auto Acordado, que fue publicado en el Diario Oficial, N° 28.107 de 23 de noviembre de

15. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional en Iberoamérica...”, citado, p. 659. Sobre la Constitución de 1959, consúltese DE PASSALACQUA, J.L.A., “The Cuban fundamental law of 1959” en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Año X, n° 38, Ponce 1970, pp. 245 y ss. El texto de la Constitución se publicó en la *Revista Información Jurídica*, n° 316, Madrid 1973, pp. 127 y ss. La Constitución de 1975 se puede consultar en la *Revista Documentación Jurídica*, n° 7-8, Madrid 1975, pp. 723 y ss.

16. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F. 1980, p. 144. El texto de las reformas se publicó en la *Revista Información Jurídica*, n° 313, Madrid 1972, pp. 107 y ss.

1971). El Tribunal Constitucional, como órgano autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder del Estado y con personalidad jurídica, conforme lo establecía el artículo 1°, se componía (número impar) de cinco miembros -a diferencia de la *Corte Costituzionale*¹⁷ de Italia que está compuesta de 15 magistrados (*giudici*)- y duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos. El nombramiento, a tenor del artículo 2, era de la siguiente manera: tres de ellos nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros. El Presidente del Tribunal Constitucional era elegido por el propio Tribunal, de entre sus miembros, por mayoría absoluta de votos emitidos. Duraba dos años en sus funciones y no podía ser reelegido para el período siguiente, a tenor del artículo 3. Es de mencionar también que el Tribunal Constitucional tenía el tratamiento de *Excelencia*, y cada uno de sus miembros el de *Señor Ministro*, según rezaba el artículo 5.

Las atribuciones estaban consagradas en el artículo 78, *b*) de la Constitución Política del Estado: *a*) Resolver las cuestiones constitucionales que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; *b*) Resolver las cuestiones que se plantearan sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; *c*) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaren con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondieran al Tribunal Calificador de Elecciones; *d*) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales que afectan a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones; *e*) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgara una ley cuando debía hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente correspondiese; y *f*) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes.

Haciendo un juicio en conjunto de la labor que realizó el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que fue positivo, más aún si tomamos en cuenta la experiencia que adquirió luego dentro del consenso nacional recogido en la Constitución Política de 1980 que lo consagra nuevamente en el ordenamiento jurídico de Chile, aunque con notoria influencia *manu militare* en sus decisiones¹⁸. Mediante Auto Acordado el 11 de diciembre de 1971, se expidió el Estatuto Jurídico sobre procedimiento aplicable ante el Tribunal Constitucional, en cuyo artículo 8 se establecía que las sentencias se comunicarán, en su caso, al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados para los fines a que se hubiere lugar, y a los tribunales, autoridades o recurrentes a quienes afecte el fallo.

Entre las sentencias más importantes que expidió el Tribunal Constitucional, ya sea a requerimiento del Presidente de la República como del Parlamento, están la pronunciada el 19 de enero de 1972 donde el organismo citado declaró inconstitucionales los artículos 24 a 67 del Proyecto de Ley de Presupuestos para 1972. También la sentencia

17. Por todos, V., MOBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A. y VOLPI, M., *Diritto Costituzionale e italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata, Monduzzi editore, Bologna 1997, p. 845-962, con abundantes referencias bibliográficas; y DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, seconda edizione, Cedam, Padova, 2000, p. 639-680.

18. La Comisión que se encargó del estudio de la nueva Constitución de Chile, al efectuar sus proposiciones e ideas, refiriéndose al Tribunal Constitucional, expresó: "La naturaleza y trascendencia de la función que está llamada a cumplir exigen que la composición del Tribunal tenga un carácter eminentemente jurídico y no político, error este último en el que incurrió la reforma citada -se refiere a la de 1970- al crear un Tribunal en el que la mayoría de sus miembros tenía un origen marcadamente político. Esta fue, también, la razón del fracaso y desprestigio de ese Tribunal". V., la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n° 1-6, Santiago 1981, pp. 285 y ss.

pronunciada el 25 de enero de 1972, mediante el cual el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de tres normas del Proyecto de Ley modificatoria de la Ley N° 11.622 sobre arrendamiento de habitaciones y locales comerciales solicitada por el Presidente de la República. Además, el 10 de febrero de 1972, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia rechazando el requerimiento de inhabilidad deducido por diecisiete senadores respecto del Ministro José Toha González, designándolo para que sirva el cargo de Ministro de Defensa Nacional mientras estuvo suspendido en el cargo de Ministro del Interior, una vez que la Cámara de Diputados prestara aprobación a la acusación constitucional pronunciada en su contra en calidad de Ministro del Interior¹⁹.

A continuación, la Constitución de Chile, decretada el 21 de octubre de 1980²⁰, en el Capítulo VII se ocupa del Tribunal Constitucional, que sigue funcionando, pero con diversa composición y atribuciones que su antecesor.

V. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945

La Constitución de Ecuador, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (1944-1945) el 6 de mayo de 1945, estableció en sus artículos 159 a 162 el Tribunal de Garantías Constitucionales, con notoria influencia del que se instauró en España en 1931, aunque, actuaba como organismo jurisdiccional en el campo de la justicia administrativa, pudiendo solamente suspender una ley que estuviere inconstitucional, correspondiendo al Congreso declarar si una ley, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado es o no inconstitucional²¹.

El Tribunal de Garantías estaba integrado (número impar) de la siguiente manera: *a)* tres diputados elegidos por el Congreso, *b)* el Presidente de la Corte Suprema, *c)* un representante del Presidente de la República, *d)* el Procurador General de la Nación, *e)* un representante de los trabajadores, elegidos conforme a ley, y *f)* dos ciudadanos elegidos por el Congreso²².

El artículo 160 de la Constitución establecía las siguientes atribuciones al Tribunal de Garantías Constitucionales: *a)* velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; *b)* formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que a su juicio se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes; *c)* dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, según el artículo 41; *d)* suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales; *e)* conocer de las quejas que formulen cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; y preparar la acusación contra

19. Mayores datos se pueden ver en *Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno el 21 de mayo de 1972*, Santiago de Chile 1972, p. 979-982.

20. El Capítulo I de la Constitución se refiere a las Bases de la institucionalidad, la misma que "debe entenderse no tanto como la capacidad o aptitud institucional, sino más bien como el conjunto orgánico de las instituciones que es necesario reconocer y regular para la vida de la Nación". V., RÍOS, Lautaro, "Reflexiones sobre la nueva institucionalidad", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, n° 1-4, Santiago 1979, p. 257. A la fecha la Constitución ha sufrido diversas reformas.

21. Constitución de 1945, artículo 165. El texto íntegro puede consultarse en Guillermo BOSSANO, *Evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano*, 2ª edición, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito 1975, pp. 257 y ss., sobre el Tribunal de Garantías, pp. 222-223.

22. Constitución de Ecuador de 1945, artículo 159.

los funcionarios responsables; *f*) examinar las acusaciones propuestas ante el Congreso contra los altos funcionarios, en el caso del numeral 30 del artículo 34 de la Constitución; *g*) conceder, en cesación de la legislatura y de acuerdo con el artículo 68, facultades extraordinarias al Presidente de la República; y *h*) ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, pese a no funcionar de manera prolongada -solamente un año- el Tribunal de Garantías, con las atribuciones que se le concedió, a lo sumo, cumplió una función decente básicamente relacionado con lo contencioso-administrativo, ya que la Constitución de 31 de diciembre de 1946²³ instauró un Consejo de Estado, con influjo del Poder Legislativo, en reemplazo del referido Tribunal de Garantías Constitucionales y las atribuciones que desempeñaba fueron las mismas.

Al expedirse la Constitución de 1967, los magistrados que integraban el Tribunal de Garantías Constitucionales fueron nombrados como sucedió en 1945. De tal forma que la composición no alteró el funcionamiento. La Constitución de 1967²⁴ restablece el Tribunal de Garantías Constitucionales, y sus atribuciones y deberes estaban consagradas en el artículo 6 de su Ley Orgánica²⁵: *a*) conocer, en última instancia de los recursos que se interpusieren respecto de las resoluciones que, sobre excusas y calificaciones, dictaren los Concejos Provinciales y los Concejos Cantonales, o instituciones públicas o semi-públicas (inciso 1); *b*) llamar a los concejeros y concejales suplentes al desempeño de sus cargos, cuando por inhabilidad o excusa de sus miembros, faltare el quórum legal para el funcionamiento del Concejo Provincial o del Concejo Cantonal (inciso 2); *c*) conocer, en apelación, de las resoluciones de los Concejos Cantonales que negaren la creación de una parroquia urbana o rural (inciso 3); *d*) resolver, en última instancia, sobre el recurso que interpongan los Prefectos Provinciales, Alcaldes o Municipales y Presidentes de Concejos Cantonales respecto de su remoción (inciso 4); *e*) autorizar el receso del Congreso, la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles fiscales (inciso 5); *f*) autorizar la creación de monumentos (inciso 6); *g*) dictar anualmente su Presupuesto, así como las normas para su expedición y cumplimiento (inciso 7); y *h*) dictar el Reglamento y sus reformas, los mismos que serán aprobados en dos discusiones, en distintos días (inciso 8). Por último, la Constitución aprobada en referéndum el 15 de enero de 1978, estableció en sus artículos 140 y siguientes, un Tribunal Constitucional con atribuciones totalmente distintas a los anteriores.

VI. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965

Es notorio que el sistema europeo o kelseniano de control constitucional ha influido en la creación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. La Constitución de 1956 ya reconocía en el Título IV, Capítulo II a la institución del amparo. Es la Constitución que se promulgó el 15 de setiembre de 1965 (suspendida su vigencia hasta el 5 de mayo de 1966) la que da vida en su Título VII, Capítulo V, artículos 262 a 265, a la Corte de

23. V., el texto de la Constitución en la *Revista de Derecho*, Año VII, n° 22, La Paz 1955, pp. 119-186.

24. Cf., LARREA HOLGUÍN, Juan, "Comentario de la Constitución", en *Revista de Derecho*, n° 18, Quito 1969, pp. 9 y ss.

25. El texto íntegro, aprobado por Ley n° 047-CL, puede consultarse en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, Año XVI, n° 17, Quito 1967-1968, pp. 105-113.

Constitucionalidad, reglamentada en gran medida por la Ley de amparo, habeas corpus y de constitucionalidad que entró en vigor el 5 de mayo de 1966²⁶.

Sobre esta base se establece un *sistema mixto* de control constitucional que plantea, según sostiene García Laguardia, diversos problemas. En efecto, contempla por una parte una declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos, en la tradición del control judicial difuso e incidental (atribuido al Poder Judicial, a tenor del artículo 246 de la Constitución) y otra, una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios de efectos *erga omnes*²⁷. A mayor abundamiento, el antecedente de la Corte de Constitucionalidad se encuentra en el Proyecto de preceptos para una Constitución de la República y en el Proyecto de Ley de Control de la Constitucionalidad presentados por un grupo de participantes al Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala, en 1964.

La Corte de Constitucionalidad estaba compuesta por doce magistrados (número par) de la manera siguiente: el Presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que practicará la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo²⁸. El Presidente era el mismo de la Corte Suprema.

En cuanto se refiere a su funcionamiento debe hacerse notar que la Corte de Constitucionalidad no era permanente como sucede con el grueso de Tribunales Constitucionales en la vitrina comparada, sino que se integraba cuando se presentaba un recurso (acción) (en realidad, un verdadero proceso constitucional) de inconstitucionalidad dentro del término de cinco días y resolvería la suspensión provisional de la ley, sin formación de artículo y cuando fuere procedente, dentro de los ocho días siguientes (Ley Reglamentaria, artículo 109, párrafo 3). Es decir, la Corte de Constitucionalidad no tenía una función estable, solamente se integraba cuando se presentaba una acción de inconstitucionalidad.

En lo que concierne al recurso de inconstitucionalidad²⁹, según lo dispone el artículo 106 de la Ley reguladora: “La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contras las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicios parcial o total de inconstitucionalidad”. Acertadamente, Aguirre Godoy afirma que: “se trata de un proceso constitucional en el que existe un conflicto o

26. Sobre la Constitución, V., el estudio de MIJANGOS, Adolfo, “La Constitución guatemalteca de 1965”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, n.º 3-6, Guatemala 1967-1968, pp. 3 y ss. El Tercer Congreso Jurídico Guatemalteco desarrollado en 1964 fue, sin lugar a dudas, el antecedente más próximo de la Corte de Constitucionalidad. La Comisión encargada del tema “Control de la constitucionalidad de la ley” presidida por el Licenciado Feliciano Fuentes Alvarado, consideraba necesario la creación de un Tribunal especial que se encargue del control de la constitucionalidad de las leyes a fin de tutelar los derechos y garantías que la Constitución reconozca a los habitantes de la República, así como su desarrollo programático. El texto de los acuerdos y proyectos fue publicado por el Colegio de Abogados de Guatemala en 1964, institución gremial que jugó un papel capital en la transición política, luego del golpe de Estado sucedido el 31 de marzo de 1963 en el cual el Ejército derroca al Presidente Constitucional Miguel Idígoras Fuentes.

27. Cf., GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, 3ª edición, Universidad de San Carlos de Guatemala, UNAM, Guatemala 1986, p. 55.

28. Constitución, artículo 262 y Ley Reglamentaria, artículo 105.

29. El habeas corpus y el amparo regulados en la Ley Reglamentaria no están dentro de los alcances de la Corte de Constitucionalidad. Cf., AGUIRRE GODOY, Mario, “Protección procesal de los derechos humanos”, en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Año XVIII, n.º 3, pp. 3-15. También, GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “El habeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional guatemalteco”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XI, n.º 31-32, México, D.F. 1978, pp. 41 y ss.

litis a resolver, aunque sea de carácter jurídico”, dejando de lado el vocablo *recurso*³⁰. La Corte de Constitucionalidad al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, tomaba en cuenta que sólo podía declararse con el voto favorable de por lo menos ocho de sus miembros. Si se presentaba el caso en que la votación diere resultado menor, la sentencia tenía que limitarse a declarar sin lugar el recurso.

Las partes que estaban legitimadas procesalmente para interponer el recurso de inconstitucionalidad eran: *a)* el Consejo de Estado como órgano consultivo de representación de intereses presidido por el Vicepresidente de la República, *b)* el Colegio de Abogados por decisión de su Asamblea General, *c)* el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de Ministros (legitimación actual) y en defensa de la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa de carácter general (legitimación pasiva), *d)* cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio³¹. La Corte podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, siempre y cuando la inconstitucionalidad fuese notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, debiendo surtir efectos generales (*erga omnes*) y publicado en el Diario Oficial, al día siguiente de haberse decretado.

Al no tratarse de un órgano permanente, había que pronunciarse sobre la suspensión provisional de la norma recurrida. Esta medida cautelar procedía si la inconstitucionalidad era notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, y debía ser dictada con el voto favorable de la mayoría del total de miembros de la Corte, suspensión que tenía efectos generales³². La sentencia debía pronunciarse, conforme lo dispone la Ley Reguladora para los juicios de amparo, en lo que fuere aplicable, dado el carácter estrictamente jurídico de este recurso, así como en lo dispuesto en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial. Es evidente que al declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, ésta quedaba sin vigor *a posteriori*, produciéndose en consecuencia cosa juzgada.

Cúpole a la Corte de Constitucionalidad una labor fructífera, no obstante que en ese lapso conoció de muy pocos casos. Empero, abonó el terreno para que en 1985 vuelva sobre el tapete la nueva Corte de Constitucionalidad, órgano que sigue en vigor sobre la base de la experiencia de su antecesor. Conforme recuerda García Laguardia, entre 1966 y 1981 la Corte de Constitucionalidad conoció de muy pocos casos. Así, el Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el Presidente de la República lo hizo una sola vez, siendo declarado el recurso de inconstitucionalidad con lugar, y los demás recursos fueron interpuestos por particulares. Una sentencia importante fue la relativa a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por Unidad Revolucionaria Democrática, partido de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centro-izquierda cuya vía crucis para lograr su inscripción es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario. El recurso en cues-

30. Cf. AGUIRRE GODOY, Mario, “Protección procesal de los derechos humanos”, *cit.*, p. 20. De manera similar, FIX-ZAMUDIO, Héctor también objeta esta imprecisión terminológica.

31. Como establece la Ley Reguladora, en su artículo 107.

32. Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, p. 721.

ción presentado dos veces, el 19 de febrero y luego el 22 de abril de 1969, fue *rechazado de plano* por la Corte de Constitucionalidad³³.

A raíz del golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, se declaró en suspenso la Constitución de 1965. Luego, el proceso de transición política dio como resultado la nueva Constitución que fue promulgada el 31 de mayo de 1985, “en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al Derecho”, lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos, los de *La persona humana, fines y deberes del Estado* y *Derechos humanos*. Y además, incluir un título especial, el VI, sobre *Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional*³⁴.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras todo lo hasta aquí referido, estamos ya en condiciones de ofrecer algunas conclusiones:

1. El control constitucional en América Latina, reconociendo sus propias singularidades, luego de una trajinada experiencia, ha tomado cuerpo como consecuencia de la expansión de los Tribunales Constitucionales, cuya labor ahora se ve acentuada con creces en la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales.
2. En lo que concierne a composición, los Tribunales Constitucionales consagrados en los países arriba mencionados, tienen un diseño distinto, empezando por su nombramiento hasta el número que lo integran: par o impar, que desde luego influye mucho a la hora de la votación.
3. Las atribuciones, por su parte, son también de diversa índole, más de una de ellas politizadas, actitud que no calza con la verdadera función de los intérpretes supremos de la Constitución, siendo las más importantes la defensa de los derechos fundamentales y la del control de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad.
4. Al fluir de los años, la experiencia ha servido para rediseñar no sólo la composición, sino también las atribuciones de los Tribunales Constitucionales, con lo cual se demuestra que la influencia del modelo europeo ha calado en las constituciones latinoamericanas. Por ejemplo los conflictos de atribuciones y de competencia, como es el caso del Tribunal Constitucional del Perú, consagrado en la Constitución de 1993.

33. Tal como recuerda GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, en *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 74-75. Las sentencias en cuestión se añaden en el apéndice documental, pp. 115 y ss.

34. Cf., GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala 1993, pp. 47-48. Hay otra edición publicada con anterioridad por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, D.F. 1992.

5. Mucho han influido en el tema los diversos seminarios, congresos y encuentros académicos, con la participación de profesores expertos en la materia, en especial, los organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Súmese a ello, la permanente y muy copiosa publicación que ahora existe, de libros y artículos sobre la jurisdicción constitucional.

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN

Mario Pesci Feltri

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN

Hemos definido la función jurisdiccional como aquella regulada por el derecho público, exclusiva del Estado, con la cual se persigue la resolución de controversias jurídicas, mediante la declaración de la voluntad de la Ley aplicable a una situación sustantiva en la que una de las partes afirma la ilicitud del comportamiento de la otra¹. En las obras citadas tratamos de exponer detallada y sistemáticamente, las razones que nos conducen a proponer tal definición y a su lectura remitimos al voluntarioso lector. A los fines de este trabajo, exponemos, de manera sucinta, tales razonamientos.

a) *Bilateralidad de la norma jurídica*. El primer rasgo que diferencia la norma jurídica de las demás normas que regulan el comportamiento de los sujetos de derecho en sociedad, es su bilateralidad. Ella regula la potestad del titular del derecho (sujeto activo), de pretender de otro sujeto (sujeto pasivo), un determinado comportamiento o la soportación de los efectos jurídicos que persiga provocar en su patrimonio, el titular del derecho. De la realización del comportamiento requerido y/o del efectivo acaecimiento, en el patrimonio del sujeto pasivo, de los efectos indicados, depende la satisfacción del derecho ejercido².

b) *La susceptibilidad de la coacción*. Por cuanto la colectividad considera, a través de los órganos que la representan (Asamblea General por ejemplo), que el logro de los fines que la norma jurídica asegura, es esencial para su sobrevivencia, garantiza el cumplimiento de la misma por el sujeto pasivo, por su destinatario, obligatoriamente, aún contra su voluntad, por lo que la omitida satisfacción espontánea del precepto, que se ha concretizado, da derecho a su titular a imponer su observancia coactivamente, mediante la intervención del órgano jurisdiccional y, si necesario, de la fuerza pública³. La coacción garantiza el logro de los fines que el Estado considera dignos de protección absoluta⁴.

1. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. La definición propuesta en este trabajo constituye, en esencia, una ratificación del concepto que habíamos expuesto en nuestro precedente trabajo "El Concepto de Actividad Jurisdiccional en el Derecho Procesal Venezolano" en "*Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Venezolana. p. 21, que aparece en el Segunda Edición de esta misma obra (Caracas 2000) corregida y aumentada, en la p. 23. La identidad entre ambas definiciones está constituida por los dos elementos que consideramos fundamentales para diferenciar la función jurisdiccional de la Legislativa y de la Administrativa, como son el fin que con dicha función se persigue: la resolución de controversias jurídicas y el medio que se emplea para alcanzar dicho fin; la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto.

2. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*. p. 13.

3. Artículo 21 (veintiuno) del Código de Procedimiento Civil.

4. PESCI FELTRI, Mario, Obra y paginas citadas.

c) *Cuando se presta la función jurisdiccional.* La función jurisdiccional se obliga a prestarla el Estado cada vez que un sujeto de derecho, mediante el ejercicio del derecho de acción⁵, afirma ser titular de una voluntad concreta de ley insatisfecha⁶ y solicita la prestación de dicha función.

d) *El proceso.* La bilateralidad de toda situación jurídica sustantiva, propone, necesariamente, en los casos en que ella sea controvertida judicialmente, que la función jurisdiccional, que ha sido creada para resolverla, se desarrolle de manera tal que permita a ambas partes ejercer, adecuadamente, su derecho de defensa⁷. El método acogido para lograrlo es el proceso.

e) *El derecho de acción.* Para obtener la prestación de la función jurisdiccional, que persigue la resolución de controversias jurídicas, que han nacido antes y fuera del proceso, es necesaria la afirmación del demandante, ante un órgano jurisdiccional, de ser titular de una voluntad concreta de ley insatisfecha por el sujeto pasivo, lo que hace mediante el ejercicio de derecho de acción en el que se objetiva el impulso procesal⁸, requiriéndose la prestación de la función jurisdiccional y la puesta en práctica del medio que la ley otorga para su desarrollado, el proceso. Con la prestación de la función jurisdiccional y el desarrollo del proceso, se persigue obtener la satisfacción de la voluntad concreta de ley que existía, según se afirma en la demanda, antes de solicitar la prestación de dicha función. Lo que quien solicita de su prestación, es que se le reconozca el derecho que ya tenía el demandante antes de demandar. Esto ocurre cualquiera que sea el proceso que se constituya con la demanda (civil, penal, contencioso administrativo, constitucional, de amparo, para la protección de derechos colectivos o difusos, o para la satisfacción de los que corresponden a los menores y adolescentes). Cualquiera que sea su naturaleza siempre existirá una persona, sujeto activo, que se afirme legitimado para pretender del sujeto pasivo, demandado, un comportamiento que se acople al modelo de conducta establecido por la Ley, comportamiento del cual depende la satisfacción del interés cuya satisfacción se persigue con el derecho subjetivo, fundamento de la pretensión⁹. El ejercicio del impulso procesal con el que se persigue la prestación de la función jurisdiccional es lo que denominamos derecho de acción.

f) *La sentencia.* Si estos son los supuestos que deben darse para que exista una controversia jurídica, cuya resolución se propone al órgano jurisdiccional, pareciera insoslayable concluir que la manera, el instrumento al alcance del juez, que presta dicha función, para resolverla, no puede ser distinto al que le permita “declarar el derecho aplicable en el caso concreto”, declarar cuál era la voluntad de la ley que existía, antes y fuera del proceso, que regulaba el comportamiento de las partes. A tal reconocimiento, declaración, deberán acoplarse su conducta, si no lo han hecho antes, quienes han dicho y contradicho en el proceso. Es por ello que consideramos que el acto mediante el cual se resuelve la controversia, denominado sentencia, no puede tener efectos distintos a la declaración de tal voluntad concreta de ley¹⁰.

5. PESCI FELTRI, Mario, *ob. cit.*, p. 127.

6. Artículo 26 Constitucional.

7. El Artículo 49 Constitucional establece que el Proceso es el instrumento indispensable que debe ponerse en práctica para ofrecer a las partes del juicio, las oportunidades necesarias para hacer valer, plenamente, su derecho de defensa.

8. Artículo 11 del C.P.C.

9. PESCI FELTRI, Mario, *ob. cit.*, p. 15.

10. Acerca de la naturaleza meramente declarativa de toda sentencia. Véase lo que hemos expuesto en *Teoría General del Proceso*, p. 20 y en “Naturaleza Jurídica de la cosa Juzgada en el Derecho Procesal Venezolano”,

La crítica a las diversas concepciones propuestas acerca de la naturaleza de la función jurisdiccional que se apartan de la señalada, las hemos hecho precedentemente¹¹.

En este trabajo, analizaremos la concepción que tiene el Tribunal Supremo de Justicia acerca de la función jurisdiccional que pareciera deducirse de las innumerables sentencias que ha dictado su Sala Constitucional, para fundamentar la denominada *Jurisdicción Normativa*, que encuentra un precedente dogmático, en Venezuela, en el pensamiento del procesalista, Profesor René Molina, expuesto en su trabajo *La función Jurisdiccional*¹², concepción a la cual haremos referencia, para criticarla, tomando en cuenta los límites que supone la preparación de un trabajo como el presente.

II. JURISDICCIÓN NORMATIVA

De acuerdo con el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se entiende por *Jurisdicción Normativa*, la que se deduce de los párrafos que transcribimos a continuación, tomados de la providencia dictada por dicha Sala, en fecha 22 de agosto del año 2001, mediante la cual admitió la demanda que, por intereses difusos, fue propuesta por la *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (Asodeviprilara)*, que recoge lo decidido en algunas otras de la misma Sala, en las que ya se determinaba la razón y alcance de la mencionada *Jurisdicción Normativa*, que ella se ha atribuido. Así se expresa la Sala:¹³ “Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (*José Amando Mejías, Corpoturismo, Servicio Tulio León*), ha venido sosteniendo *que las normas constitucionales*, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, *son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule*, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. *Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máxime (sic) garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de justicia y demás Tribunales de la República.*

En base a dicha norma (artículo 335), *en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas del ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.*

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e

publicado en la *Revista Syllabus*, Año 1º, nº 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, noviembre 2000, pp. 93 y ss.

11. Concepto de Actividad Jurisdiccional en el Derecho Procesal Civil Venezolano, *ob. cit.*, en la nota 1 (uno), pp. 23 y ss.

12. Publicación en el Volumen titulado *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Civil*. Dr. José Rodríguez Urraca, pp. 26 y ss.

13. Auto de admisión de la demanda de amparo propuesta por Asodeviprilara de fecha 22 de agosto del 2001.

intereses difusos o colectivos (Casos: *Defensoría del Pueblo* del 30-06-00; *William Ojeda* del 31-08-00; *Veedores de la UCAB* del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: *Gobernadores* del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (Caso: *Insaca* del 14-03-01), *sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse.* Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (caso: *José Amando Mejía* del 01-02-00).

Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000, Exp. 00-1236, Caso: *Hermann Escarrá*). (Fin de la cita)

Como se deduce del texto transcrito, la Sala Constitucional se ha atribuido la facultad de crear normas jurídicas cuando se verifiquen los supuestos que ella determina, de aplicación inmediata en los juicios en los que tal creación se efectúa y que deben aplicarse en los juicios futuros, como consecuencia de lo establecido en el Artículo 335 Constitucional, según el cual “la interpretación que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República”.

La Sala señala como ejemplo de esta facultad de crear normas jurídicas, preceptos de conductas generales y abstractos para regular el comportamiento de los sujetos de derecho, susceptible de coacción¹⁴, la sentencia de fecha, 1-2-2001, caso *José Amando Mejía* en la que se modifica el procedimiento de amparo regulado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Jurisdiccionales.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL

Analizaremos, en este capítulo, los argumentos que ha propuesto la Sala, en sus decisiones, para fundamentar la facultad que se ha atribuido de legislar en los casos que ella ha señalado.

Observamos que ninguna de las atribuciones que el Artículo 335 Constitucional confiere al Tribunal Supremo de Justicia, fundamenta el principio según el cual todas las normas de este género son de aplicación inmediata. El carácter de norma constitucional de aplicación *inmediata* o *programática*, no deriva del capricho del intérprete, sino del contenido de la norma, de su naturaleza jurídica. Todo texto constitucional nace en una determinada colectividad que ya, por el solo hecho de serlo, estaba, anteriormente, constituida por un determinado ordenamiento jurídico que, necesariamente, precedía a la nueva norma constitucional, el cual subsistirá hasta tanto sea modificado por el legislador ordinario o cuando algunas de sus normas choquen con

14. JELLINEK G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros 1952, p. 180, DE RUGGERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*. vol. I, Casa Editrice Giuseppe Principato, Ottava Edizione. pp. 3 y ss.

el nuevo texto constitucional. Solo aquellas normas que regulan un específico y determinado comportamiento, deben considerarse como de aplicación inmediata, no siéndolo las que proponen el desarrollo de ciertos principios constitucionales que corresponderá realizar el legislador ordinario. Un ejemplo emblemático lo constituye el contenido del Artículo 19 Constitucional que, específicamente, hace referencia a las *leyes que los desarrollen*, (refiriéndose a los derechos humanos) lo que supone que dicha norma contiene un mandato a la Asamblea Nacional para que dicte tales leyes, aún cuando la omitida promulgación de las mismas no impide que, sustancialmente, ellos deban observarse; la contenida en el Artículo 257 que establece para el futuro, que “las leyes procesales adoptaran un procedimiento breve, oral, y público”, norma ésta que, respecto a la oralidad y brevedad, requiere que el legislador ordinario acoja estos principios en las leyes procesales que dicte en el futuro. De seguirse al pie de la letra la tesis de la Sala Constitucional, según la cual todas las normas Constitucionales son de aplicación inmediata, se llegaría al absurdo de exigir que en todos los procesos pendientes para la fecha de promulgación de la Constitución, se convirtieran, de escritos en orales, lo que crearía la más absoluta incertidumbre acerca de cuáles son las formas procesales necesarias para la expresión de las voluntades que se objetivan en este género de actos. Si la afirmación de la Sala Constitucional, a la cual nos referimos, tuviera algún sentido, la consecuencia sería que todos los procesos que se han desarrollado en Venezuela a partir del 1º de enero del año 2000, son nulos, hecho éste que nadie se atrevería a defender. Por otra parte, la afirmación que criticamos pareciera ignorar que existe todo un capítulo en la Constitución Vigente, denominado *Disposiciones Transitorias*, que determina cuáles son las leyes que deben dictarse y el plazo que se concede a la Asamblea Nacional para ello, con el fin de desarrollar muchos de los principios constitucionales contenidos en el texto fundamental. Observamos, adicionalmente, que es la Sala que en la misma sentencia, después de afirmar que todas las normas constitucionales son de aplicación inmediata, se contradice, reconociendo la existencia de las programáticas, al afirmar que: “Sobre la crítica, la Sala considera que el Artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, *sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el Legislador tuviere a bien desarrollarlas quedando en suspenso su efectividad en el tiempo*”. (Fin de la cita) Según las previsiones de la Sala, el Legislador ordinario, la Asamblea Nacional, no se comportará diligentemente, como le corresponde. Supone que ella será morosa en el cumplimiento de su obligación de desarrollar, mediante leyes ordinarias, los principios constitucionales de la Carta Magna. Para evitar esta morosidad, que la Sala da por descontada, asume el papel del legislador y decide desarrollar, de una vez, sentencia tras sentencia, tales principios constitucionales violando así, absolutamente, la misma Constitución que dice aplicar, la cual establece, con claridad meridiana, las atribuciones de cada uno de los poderes públicos mediante los cuales se desarrolla la soberanía del Estado. La altanería de la Sala sube de punto cuando declara que “Por ello, tal *inmovilismo constitucional* ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales”.

En otras palabras: existen normas constitucionales programáticas que deberá desarrollar el Poder Legislativo, pero como este no cumplirá con su deber *indefinidamente*, incurriendo en lo que la Sala denomina *inmovilismo constitucional*, que ha sido rechazado por ella, de un plumazo modifica la Constitución cuya *vigencia, supremacía y efectividad* le corresponde defender, atribuyéndose facultades legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional. La absoluta desobediencia a la Constitución

que tales argumentos supone resulta de una evidencia incontestable, lo que hace perder cualquier fundamento legal a la Jurisdicción Normativa, con base a la premisa según la cual todas las normas constitucionales son de aplicación inmediata.

Las normas contenidas en los numerales 1, 2 y 18, del Artículo 187 Constitucional, establecen, entre otras, la atribución del Poder Legislativo Nacional de crear normas generales y abstractas (leyes). Las normas referidas establecen que sólo al poder Legislativo Nacional se le atribuye la facultad de legislar en materia de competencia nacional, correspondiéndole, por ello, a dicho Poder, según lo establecido en los numerales 13 y 32 del Artículo 156 Constitucional, crear normas generales y abstractas, susceptible de coacción, en materia tributaria, deberes y garantías constitucionales, civiles, mercantiles, penales, penitenciarias, *de procedimiento*, de derecho internacional privado, electorales, de expropiación por causa de utilidad pública y las demás que se determinan en el mencionado numeral 32 del Artículo 156 Constitucional.

Por su parte, la norma contenida en el Artículo 253 Constitucional, en su primer aparte, establece que “corresponde a los órganos del Poder Judicial (constituyendo el Tribunal Supremo de Justicia la cúspide del Poder Judicial) conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante *los procedimientos que determinen las leyes y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*”.

Obsérvese como el Artículo 335 Constitucional, en que se fundamenta la novedosa *Jurisdicción Normativa*, no legitima a la Sala Constitucional para hacer excepción a las normas que hemos citado, que establecen cuál de los Poderes Públicos está legitimado para dictar leyes y cuáles son las atribuciones específicas del Poder Judicial, sin que entre ellas se encuentre la de promulgar normas jurídicas. Por el contrario, es el mismo Artículo 253 Constitucional, el que determina que a los órganos del poder judicial les corresponde conocer de las causas y asuntos de su competencia, y para ello deberán poner en práctica *los procedimientos que determinen las leyes*. Esta norma recibe confirmación en los preceptos contenidos en el numeral 1 del Artículo 187 Constitucional, en concordancia con lo establecido en el numeral 32 del 156 *ejusdem*, según el cual las normas adjetivas, que regulen los procedimientos que deben utilizar los Tribunales de la República, son aquéllas que establezcan las leyes, excluyendo, implícitamente, que la Sala Constitucional esté legitimada para crear normas de este género.

Tampoco le atribuyen esta facultad las normas que determinan cuáles son las actuaciones que el Tribunal Supremo de Justicia puede realizar. Dichas facultades las establece el Artículo 266 Constitucional que remite, por lo que se refiere a la jurisdicción constitucional, al Artículo 335. Si analizamos las facultades que atribuye el Artículo 335 al Tribunal Supremo de Justicia, llegaremos a la conclusión según la cual ninguna de ellas puede interpretarse de manera que justifique la *Jurisdicción Normativa* que la Sala se ha atribuido. En efecto:

a) La primera de tales atribuciones consiste en *garantizar* la supremacía de las normas y principios constitucionales. Entiéndese por *garantizar*, el acto o comportamiento que protege lo garantizado, contra algún riesgo, debiendo entenderse que, cuando el Constituyente atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, lo legitimó para que realice aquellos actos que aseguren su vigencia y, para ello, por intermedio de la Sala Constitucional, lo faculta para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos, con rango de la ley, de la Asamblea Nacional que colida con la Constitución, así como para anular total o parcialmente las constituciones y leyes

estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, que colindan con la Constitución, facultándosele, igualmente, para declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que la menoscabe, así como de aquellos actos que incurran en el mismo vicio, que sean dictados por otros órganos estatales en ejercicio del Poder Público, correspondiéndole, con el mismo fin, verificar la conformidad con la Constitución, de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación y revisar la constitucionalidad, aún de oficio, de los decretos que declaren los estados de excepción dictados por el Presidente de la República; pudiendo, finalmente, derimir las controversias constitucionales que se susciten entre los diversos órganos del Poder Público y revisar las sentencias definitivas de amparo constitucional y el control difuso de la constitucionalidad, que corresponde realizar a los tribunales de instancia. La puesta en práctica de las actividades del Tribunal Supremo de Justicia, es la única manera de satisfacer la primera de las atribuciones que determina el analizado Artículo 355.

b) Luego, le corresponde al Tribunal Supremo garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales. Esto quiere decir que tiene como misión asegurar que tales principios y normas, en la vida jurídica real, se apliquen efectivamente y que ellas alcancen el acoplamiento de las conductas de los sujetos de derecho a las normas y principios constitucionales, finalidad que se logra ejerciendo las atribuciones que tiene para garantizar su supremacía y que determina el Artículo 336 Constitucional.

c) Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional, interpretar las normas constitucionales, debiendo recordarse que el problema de la interpretación de una norma de esta naturaleza, se plantea sólo en los casos en que nazca una controversia jurídica, de carácter constitucional, que ocurre cuando la persona legitimada alegue la inconstitucionalidad de un determinado acto de efecto generales¹⁵ porque colide con un precepto constitucional¹⁶. Con estas pretensiones lo que se requiere del Tribunal Supremo de Justicia es que determine que fue lo que quiso decir el constituyente cuando creó la norma interpretada. Determinada la voluntad del legislador en la norma que se denuncia violada, comparará el precepto constitucional con aquel al cual se le atribuye la violación del primero. Si constata, positivamente, esta circunstancia anulará la norma de que se trate, dejándola en vida en el caso contrario.

La actividad intelectual que corresponde realizar al Tribunal Supremo de Justicia, para satisfacer este cometido, consiste única y exclusivamente, en determinar cuál era la voluntad del Constituyente, cuando se creó la norma que interpreta. Cuál era el supuesto de hecho que tuvo en cuenta el legislador al dictarla y cuál el comportamiento que debe observarse, cuando el supuesto de hecho, que en la norma es abstracto, se concretiza. Para poder determinar, con precisión, en qué consiste esta facultad fundamental que el Artículo 335 le atribuye a la Sala Constitucional, de interpretar el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, es indispensable estudiar el alcance, los fines y el por qué de la actividad intelectual que corresponde a dicha Sala, como a todo juez, de interpretar normas jurídicas.

Consideramos que la interpretación que interesa al juez consiste en una actividad que persigue reconocer y reconstruir el significado que debe atribuírsele, en el contexto del ordenamiento jurídico, a un determinado precepto legal. Mediante la actividad

15. . Artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

16. . PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*, p. 44.

interpretativa, se reconstruye la idea original contenida en el precepto legislativo, o el sentido inicial del acto jurídico. En consideración al hecho de que el precepto tiene como finalidad determinar, regular, un determinado comportamiento específico, que debe actuarse cuando se verifiquen los supuestos de hecho al cual la norma conecta dicho comportamiento, y en consideración que tal precepto ha sido creado por una persona distinta a aquélla que debe ponerlo en práctica, se hace indispensable reconocer, evidenciar, comprender, cuál fue el pensamiento del legislador, cuál fue su voluntad; debiendo determinarse cuál fue el principio esencial que tuvo en cuenta al momento de concebir la norma, principio que es el que debe tenerse en cuenta para reconstruir, en un determinado momento histórico, cual es la voluntad del legislador que deba regular el comportamiento en el caso concreto. Mientras más general y abstracto sean los términos mediante los cuales se formula el precepto, mientras mayor sea el tiempo transcurrido entre el momento en que el precepto fue concebido y el momento en que deba ser aplicado concretamente, con mayor fuerza se advierte la exigencia de que el pensamiento del legislador se reelabore, y sea adaptado a la vida concreta y a la naturaleza de la situación jurídica que se pretende ordenar. Es para satisfacer esta exigencia que se recurre a la interpretación y, específicamente, a la interpretación de la ley, en consideración al grado de generalización y abstracción que la caracteriza¹⁷. Obsérvese pues que con la interpretación de la norma legal, lo que realmente persigue el interprete es conocer la voluntad del legislador para determinar su aplicación a un caso de la vida real, labor esta que es, en esencia, la que debe realizar el juez, al momento de sentenciar. Es necesario tener presente, para comprender la trascendencia y alcance de esta actividad intelectual, que siempre y en todo caso, debe realizar el juez, que su actividad hermenéutica la realiza para resolver la controversia que proponen las partes del juicio, en la que una de ellas (sujeto activo) pretende que la otra (sujeto pasivo), acople su conducta al modelo de comportamiento que concibió el legislador, para regularlo, cuando ocurran ciertos hechos. El Juez debe establecer cuál es el modelo de conducta propuesto por el legislador, cuál fue su voluntad, para poder determinar si la conducta específica, acerca de la cual ha nacido la controversia, deba subsumirse en ese determinado modelo de conducta querido, ordenado, por el Legislador. Es, por lo tanto, una labor que se requiere para conocer la voluntad de un tercero. El juez no manifiesta en la sentencia su voluntad de crear, para el caso concreto, la conducta debida, sino su voluntad de conocer, de interpretar, la del legislador, para decidir si las partes acoplan su comportamiento a ella. Si al Juez le correspondiera, estuviera legitimado, en algún caso, para crear la norma jurídica a la que han debido acoplar su conducta las partes, nos encontraríamos ante una monstruosidad ética, ya que se pretendería del destinatario de la norma un comportamiento, antes y fuera del proceso, que ha debido acoplarse a la conducta que determinará la voluntad del juez, después que los comportamientos jurídicos, que provocaron la controversia, han sido puestos en práctica. Ello requeriría dotar al sujeto de derecho, de poderes adivinatorios para regular su conducta, no según el modelo de comportamiento que establece una norma que ya conoce, sino para acoplarla hoy a la que, mañana, considerará el juez como la conducta debida y que desconocía cuando manifestó su voluntad jurídica.

Si, como pareciera necesario concluir de las argumentaciones expuestas, la *interpretación* que legitima la Constitución en el Artículo 335, tiene como objeto determinar, conocer, desentrañar cuál fue el pensamiento, la voluntad del Constituyente,

17. BETTI, Emilio, *Interpretazione della Legge o degli Atti Giuridici*. Dott. A. Giuffrè Editori 1949, p. 3 (tres) y ss.

al promulgar una determinada norma constitucional, la conclusión no puede ser sino una: el Artículo 335 Constitucional legitima a la Sala Constitucional, *únicamente, solamente, a interpretar los principios y normas constitucionales y no a crear normas jurídicas*, cualquier a que sea su rango o naturaleza, prescindiendo del hecho de que las normas constitucionales sean, todas ellas, de aplicación inmediata. En otras palabras: sólo le compete, en ejercicio de esta actividad intelectual, reconocer, determinar, cuál fue la voluntad del Constituyente, con el fin de regular el caso concreto.

Llamamos la atención acerca de un hecho relevante que evidencia la sentencia que analizamos. Según el criterio por ella sostenido, el Artículo 335 Constitucional ordena a todos los tribunales de la República someterse a las interpretaciones que de la Sala sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, lo que justifica que la Jurisdicción Normativa, mediante la cual ella crea normas jurídicas generales y abstractas, sea vinculante para tales tribunales, en el sentido de que todos ellos deben comportarse y decidir según tales normas. Así se expresa la Sala: “Ha sido así, que esta Sala, fundada en el Artículo 335 Constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, ha *ido creando interpretaciones vinculantes que llene los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativa de las normas constitucionales..*”. (Fin de la cita) Obsérvese como, en grado superlativo, la Sala tergiversa el significado etimológico, gramatical y jurídico de la palabra, *interpretación*, violando así una norma, que a pesar de estar establecida en el Artículo 4 del Código Civil, siempre se le ha atribuido el carácter de norma absolutamente inderogable, según el cual “A la ley debe atribuírsele el *sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras*”. En efecto, nadie puede desconocer que el significado propio de la palabra *interpretar*, significa “explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad... entender o tomar en buena o mala parte una acción o palabra. Atribuir una acción a determinado fin o causa. Comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata”¹⁸. Por lo tanto, el significado propio de esta palabra, excluye que la Sala Constitucional, cuando interpreta la norma, pueda crear una distinta a la interpretada.

Obsérvese, además, que es precisamente la referencia al Artículo 335 Constitucional, lo que provoca la mayor *fuerza de incertidumbre*, que es la crítica medular que se le hace a la Jurisdicción Normativa, ya que nadie, ni norma alguna, garantiza que no sea la misma Sala que, al decidir una controversia distinta a la resuelta con una determinada interpretación de una determinada norma o principio jurídico, decida *interpretar*, de una manera distinta, la misma norma, lo que ocurre con muchísima frecuencia en las sentencias a las cuales dan vida los Tribunales de la República y los de cualquier otra República¹⁹. Esta nueva *interpretación* significaría, en la óptica de la Sala Constitucional, la creación de una nueva Ley para regular el mismo supuesto de hecho, ya regulado con la interpretación precedente de la cual se aparta al decidir una nueva controversia.

Debemos, por lo tanto, señalar, con base a los razonamientos expuestos, que el Artículo 335 Constitucional, no puede servir de apoyo legal para legitimar la Jurisdicción Normativa que se ha venido atribuyendo la Sala Constitucional.

18. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de España, Décima Novena, Edición 1970. p. 755.

19. Idéntico papel al que le señala a la Sala Constitucional la norma comentada, tiene el que le atribuye a la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal Supremo de Justicia, los Artículos 321 y primer aparte del Artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, que regulan el recurso de Casación, como unánimemente admite la doctrina universal, entre otros, tiene como finalidad esencial uniformar la interpretación de la Leyes.

Aunque defender y recordar el alcance y el significado del Estado de Derecho pareciera, hoy en día, un ejercicio retórico, las interpretaciones que de la Constitución y del ordenamiento jurídico, tanto sustantivo como adjetivo, están ofreciendo a los justiciables, las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, justifica recordar su significado, importancia, trascendencia. Para ello utilizaremos las palabras del jurista Orlando Monagas Rodríguez²⁰. “Tal principio es el siguiente: La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución. A este principio hay que agregar el de la absoluta privacía de la Ley entendida como expresión de la voluntad general, fundada a su vez en el principio de la residencia de la soberanía en la Nación, en el Pueblo. Se desprende de esto que el Estado de Derecho es un concepto complejo cuyas exigencias básicas e indispensables pueden resumirse en cuatro principios: Primero. El establecimiento de la separación de poderes. Ello quiere decir, que, *en sentido estricto y formal, cada rama del Poder Público tiene sus atribuciones bien definidas en la Constitución y en las Leyes, pues el sentido ideológico de la separación de poderes consiste en evitar la concentración del poder en una sola mano*, particularmente la del titular del Poder Ejecutivo, persiguiendo la finalidad de alcanzar el respeto a los derechos y libertades cívicas, así como el control y la limitación del poder estatal, lo cual se logra con la recíproca limitación entre los poderes, cumplida de manera sensata, objetiva y equilibrada.

Segundo. El imperio de la Ley quizás constituya la nota primordial del Estado de Derecho. *Entendiéndose por tal Ley el acto que formalmente emana del órgano popular representativo, como expresión de la voluntad popular, siendo esencial que el órgano de representación popular sea elegido*. Esa Ley ordinaria está condicionada a no colidir con la Constitución y para asegurar esa subordinación, debe estar claramente establecido el control de constitucionalidad de las Leyes. En este sentido, debe aclararse que en el Estado de Derecho no tiene cabida la Ley que proviene de una voluntad individual absoluta”. (Fin de la cita)

Puede afirmarse, por lo tanto, que la premisa insustituible sobre la cual descansa el Estado de Derecho es la existencia de un ordenamiento jurídico que regule, no solamente las libertades de las que debe gozar todo sujeto de derecho, incluyendo a los Poderes Públicos y el alcance de los límites de esa libertad, sino que también establezca, con toda claridad, los fines, las metas, que tales sujetos de derecho pueden lograr, si amoldan su conducta a la norma jurídica. El conocer, con anticipación y certeza, cuál es la conducta lícita que debemos poner en práctica para logra tales fines, constituye el valor ético fundamental de la norma jurídica, que no puede satisfacerse si no se conocen con claridad las conductas consentidas por la ley²¹.

Por lo tanto, cuando la ley, a la cual el juez ordena a las partes en la sentencia, acoplar su conducta, que se ha originado antes y fuera del proceso, respecto a la cual se ha suscitado la controversia entre ellas, es creada por dicho juez con la sentencia que la resuelve, nos encontramos ante la más clara violación del Estado de Derecho, que lo vacía de todo contenido ético.

20. MONAGAS RODRÍGUEZ, Orlando, Artículo de opinión publicado en Foro (Suplemento jurídico n° 35 del Semanario Quinto Día), *Quinto Día*, Edición n° 137 del 21 al 28 de mayo de 1999. p. 24.

21. LÓPEZ DE OÑATE, *La Certeza del Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 138.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL

No pudiendo basarse la Jurisdicción Normativa, en el Artículo 335 Constitucional, como hemos pretendido demostrar en el capítulo precedente, analizaremos el 336 *ejusdem*, citado también por la Sala Constitucional para apoyar su legitimidad.

Es precisamente considerando la trascendencia de las actuaciones que el texto constitucional atribuye a esa Sala, lo que nos obliga a determinar, con la mayor exactitud y precisión posible, cuáles son tales atribuciones y el alcance de las mismas. Ello nos permitirá establecer su específica competencia o capacidad para dar vida a determinadas voluntades jurisdiccionales, causantes de efectos jurídicos. Para lograrlo es necesario analizar el contenido del Artículo 336 del Texto Constitucional que determina, con claridad meridiana, cuáles son las atribuciones de la Sala Constitucional, las cuales deben, necesariamente, interpretarse, tomando en cuenta que el Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Justicia y sus distintas Salas, que constituyen la cúspide de dicho Poder, tiene una finalidad específica y propia: la de administrar justicia, tal como lo establece su Artículo 253 Constitucional, según el cual “la potestad de realizar esta función, (administrar justicia) que emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley, corresponde a los órganos del Poder Judicial”, (Fin de la cita) función que le atribuye la facultad de conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes y la ejecución de las sentencias que dicten tales órgano judiciales.

Debe, por lo tanto, llegarse a la conclusión, que de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente, la función que se le atribuye al Poder Judicial y, por lo tanto, al Tribunal Supremo de Justicia, está limitada a la función de administrar justicia, actividad ésta cuyo ejercicio además le impone, obligatoriamente a dicho Poder Judicial, el Artículo Primero del Código de Procedimiento Civil, vigente para esta fecha.

La doctrina afirma que la administración de justicia, que corresponde llevar a cabo a los órganos jurisdiccionales, consiste en declarar cuál es la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, debiendo, para ello, determinar con precisión, cuál ha sido la relación o situación jurídica que la afirmada concretización del supuesto de hecho legal ha provocado, como consecuencia del acaecimiento, en la realidad, de los hechos que, en abstracto, la norma determina como causante de la constitución de tal relación o situación jurídica²².

Mediante la función legislativa el Estado provee a la tutela de los intereses individuales y colectivos, estableciendo reglas generales, voluntades legislativas abstractas, a la actividad de los particulares y a la suya propia, susceptibles de coacción. Esta facultad se la reconoce el Ordinal Primero del Artículo 187 de la Constitución, según el cual corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. La actividad de legislar implica la creación de normas jurídicas, generales y abstractas, a cuyos preceptos deben someter su conducta las personas físicas y jurídicas, privadas y públicas, que fueron sus destinatarios.

Mediante la actividad judicial, por el contrario, el estado atiende a hacer prácticamente eficiente la tutela establecida en las normas generales, procurando, en los casos particulares, la satisfacción de los intereses que tutela, cuando la voluntad

22. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*, pp. 16 y ss.

concreta de ley no se realice. Con la actividad legislativa, el Estado persigue dos finalidades distintas: la primera de ellas consiste en determinar qué tutela quiere conceder a ciertos intereses y en segundo lugar desarrolla esa tutela en una forma característica, imponiendo reglas generales de conducta. Mientras que con la actividad judicial, el estado cumple una sola misión: la de resolver las controversias que ocasionen la afirmada realización de ciertos hechos que dan lugar a la tutela de los intereses protegidos por la norma jurídica abstracta, interviniendo, directamente, para su satisfacción, cuando los destinatarios de la norma jurídica no acoplen espontáneamente su conducta al modelo en ella establecido²³.

Podemos concluir que la función legislativa crea normas de conducta, generales y abstractas, de obligatoria observancia, de parte de sus destinatarios, mientras que la función jurisdiccional persigue la resolución de las controversias que la aplicación concreta de tales normas provoque entre sujetos de derecho.

Hemos señalado también que el instrumento o medio que tiene el Poder Judicial para cumplir con la función que la Constitución le atribuye, es declarar la voluntad de la ley que debe aplicarse al caso concretamente resuelto en un determinado juicio. Tal declaración se limita a establecer la aplicación de normas preexistentes al juicio que, con la intervención del juez, se resuelva²⁴. A los tribunales no les compete la creación de normas jurídicas generales y abstractas, no solamente porque el texto constitucional no les faculta para ello sino, también, por una cuestión de elemental sentido de justicia según el cual nadie puede pretender que alguien amolde las conductas a las cuales ha dado vida en el pasado, a normas que se creen en el futuro, una vez que tales conductas han sido puestas en práctica. Esto ocurriría si se le permitiera a los jueces crear normas para señalar, en el caso específico, qué conductas han debido poner en práctica las partes, antes que el proceso se efectúe y cuáles las conductas procesales que deben observar en el juicio que propongan, con el ejercicio del derecho de acción.

Las consideraciones que anteceden deben aplicarse, rigurosamente, a la actividad que realiza el Tribunal Supremo de Justicia y, por lo tanto, a las funciones que de acuerdo con el Artículo 336 de la Constitución de Venezuela, corresponde a su Sala Constitucional que analizaremos a continuación.

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. “Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución”. Obsérvese que en el ejercicio de esta atribución, la Sala no tiene facultad distinta a la *de declarar* la nulidad de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución. El ejercicio de esta atribución no faculta a la Sala Constitucional para *crear* leyes nacionales o actos con rango de ley, ya que esta actividad corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional. La declaración de nulidad de un determinado acto de efectos generales provoca un único efecto jurídico como es el de quitarle eficacia y, por lo tanto, el carácter de precepto, a la ley o acto con rango de ley, declarado nulo. No puede la Sala Constitucional, en ejercicio de esta específica facultad, proponer la vigencia de un precepto o de un conjunto de preceptos que sustituyan al declarado nulo, puesto que esta función corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional.

23. PESCI FELTRI, Mario, *Concepto de Función*..... pp. 29 y ss.

24. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*.... p. 20.

2. El numeral segundo del Artículo 336 que analizamos, atribuye a la Sala Constitucional la facultad de “declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta”. Obsérvese que en ejercicio de esta atribución, la Sala Constitucional debe comportarse exactamente de la misma manera como debe comportarse cuando ejerza la atribución que le confiere el numeral primero, que hemos analizado en el párrafo precedente. Cuando, en ejercicio de esta atribución, la Sala declara la nulidad de algunos de los actos especificados en el numeral segundo, debe limitarse a eso: declarar la nulidad del acto. No sustituirlo, según su criterio, por un acto distinto, ya que la creación de los mismo corresponderá a los órganos estatales y municipales que tienen la atribución específica de crear los actos de defectos generales a los que se refiere el numeral *in comento*.

3. Según el numeral tercero del mismo Artículo 336, corresponde a la Sala Constitucional “declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta constitución”. También en ejercicio de esta atribución el comportamiento de la Sala no puede ser distinto al que hemos señalado al comentar los numerales anteriores, a saber: declarar la nulidad de tales actos, sustrayéndoles cualquier efecto jurídico sin que pueda la Sala crear una norma que sustituya a la invalidada, atribución ésta que corresponde al Ejecutivo Nacional.

4. El numeral cuarto del mismo artículo atribuye a la Sala Constitucional la facultad de “declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e indirecta de la constitución dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio de Poder Público”. Repetimos lo que hemos expuesto con anterioridad: la Sala constitucional, en ejercicio de esta atribución, debe limitar su voluntad objetivada en la sentencia, a declarar la nulidad del acto de que se trate, dejarlo sin eficacia, sin poder, luego, sustituirse al órgano de que se trate, en la formulación de un precepto o ley sustitutiva de la declarada nula.

5. El numeral quinto del Artículo 336 establece que la Sala Constitucional tiene la atribución de “verificar, a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos con la República antes de su ratificación”. Obsérvese pues que también este artículo no le atribuye a la Sala Constitucional la facultad de crear norma jurídica alguna sino que la limita a comparar el texto del tratado internacional de que se trate, con el texto de la Constitución y si determina que aquel colide con ésta, declara la improponibilidad de su ratificación.

6. El mismo comportamiento debe observar la Sala Constitucional cuando le corresponda, de acuerdo con el numeral seis del Artículo 336, “revisar, en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República” ya que, también en el ejercicio de esta atribución, la actividad de la Sala debe limitarse a declarar lo inconstitucionalidad del decreto de que se trate sin que pueda, en ningún caso, sustituirse al Presidente de la República en la emanación del decreto que declare el estado de excepción, en el caso específico.

7. Por su parte, el numeral séptimo del Artículo 336, contiene una norma cuya interpretación y alcance son verdaderamente problemáticos al establecer que corresponde a la Sala Constitucional “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo, 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 y establecer el plazo y de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Esta es la única atribución de las que contiene el Artículo 336 que analizamos, que permite a la Sala Constitucional hacer algo distinto a declarar la inconstitucionalidad de un determinado acto de efectos generales y esta actividad adicional está claramente delimitada por la misma norma que comentamos, así: a) establecer el plazo dentro del cual se deban dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución y, b) de ser necesario, señalar los lineamientos de la corrección del acto de que se trate. Pero señalar “los lineamientos de la corrección” a la cual debe ser sometido el acto de que se trate, no significa, de ninguna manera, establecer las normas generales y abstractas de eficacia obligatoria; que deba contener dicho acto. “Fijar los lineamientos de la corrección” significa señalar cuáles son los principios constitucionales que el órgano debe tomar en cuenta para dictar las normas o medidas indispensables que garanticen la aplicación de la Constitución, pero, en ningún caso, bajo pretexto alguno, puede la Sala sustituirse al órgano competente para dictar las normas jurídicas correspondientes.

8. Corresponde también a la Sala Constitucional, según el Numeral Octavo del Artículo 336, “resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cual de éstas debe prevalecer”, atribución ésta que no le permite la creación de normas jurídicas sino única y exclusivamente, establecer la norma que debe prevalecer según la Constitución, cuando exista colisión entre dos o más de ellas, para así resolver las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público. El numeral comentado le atribuye una competencia específica que deberá resolver, como cualquier otro Tribunal, aplicando la ley al caso concreto, no creando nuevas normas para cumplir con su cometido.

9. Finalmente, el numeral diez, del Artículo 336, permite a la Sala Constitucional “revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”. Revisar una sentencia de amparo constitucional, no quiere decir cosa distinta a la de examinar la adecuada aplicación de las normas constitucionales al caso controvertido y resuelto por la sentencia dictada. La Sala Constitucional, en otras sentencias, ha establecido su competencia para ratificar, modificar o revocar sentencias que resuelvan controversias respecto a la violación o amenaza de violación de garantías constitucionales de un determinado sujeto de derecho, provocada por actos de terceros. Pero esta competencia revisora que el numeral diez del Artículo 336, le atribuye a la Sala Constitucional, le permite sólo y exclusivamente pronunciarse acerca del debate o de la controversia propuesta con el recurso de amparo y, aplicando *las normas sustantivas y procesales precedentes a la resolución del caso*, confirmar o revocar la sentencia de amparo revisada. No puede, absolutamente, en ejercicio de esta atribución, hacer algo distinto a la de resolver, en última instancia, la controversia de amparo que le proponen las partes. Esta atribución no autoriza a la Sala, de ningún modo, para crear normas jurídicas, generales y abstractas, no solamente porque ello significaría violar la reserva legal de la Asamblea Legislativa, sino que, haciéndolo, incurriría en la más grave de las injusticias, como sería la de crear normas jurídicas a las cuales deben amoldar su conducta las partes, cuando ellas hayan sido puestas en práctica con anterioridad a la creación de la norma.

Debemos, por lo tanto, necesariamente, concluir, aplicando los razonamientos que hemos expuesto en este Capítulo, en que ninguna norma, ni constitucional ni legal,

atribuye a la Sala Constitucional competencia para dictar normas de carácter general y abstracto, sean éstas sustantivas o adjetivas, procesales. Por lo tanto, sí la Sala Constitucional, violando este principio de exquisito rango constitucional según el cual la creación de normas de derecho generales y abstractas compete a otros órganos del Poder Público Nacional o Estatal, aprovechara o tomara como excusa, la realización de una atribución que le es propia, como la de dictar una sentencia de amparo como tribunal revisor, para crear normas de rango legal, incurría, de manera flagrante, en la violación del texto cuya vigencia le corresponde defender, mantener y aplicar.

V. DEFENSA DE LA JURISDICCION NORMATIVA

La Sala Constitucional defiende la facultad que se ha atribuido de dictar normas generales y abstractas, susceptibles de coacción, para regular conductas, como lo hace en la sentencia que hemos ya citado y parcialmente transcrito, con los argumentos siguientes: “A esta especie de ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, se le critica que a), es fuente de incertidumbre, b), que no se encuentra prevenida (sic) en la Ley y c), que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad”. (Fin de la cita) Para rechazar las críticas que se hacen a la Jurisdicción Normativa, la sentencia citada, alega: “Sobre la crítica, la Sala considera que: a) el Artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa sobre todo en relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviera a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala; b) por aplicación inmediata de los principios constitucionales; c) resulta una crítica tendenciosa la supuesta incertidumbre que causa la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funciona cuando no exista ley que desarrolla la norma constitucional, o ello sea contraria a la Constitución y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adaptan a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.... “Ha sido así, que esta Sala, fundada en los Artículos 335 Constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, *ha ido creando interpretaciones vinculantes que llenan los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales*, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de la misma, producto de la ley”. (Fin de la cita)

Según nuestra opinión las razones transcritas, que persiguen justificar la Jurisdicción Normativa, carecen de cualquier validez para quitarle fundamento a las que hemos expuesto y expondremos. En los párrafos siguientes señalaremos las razones que, según nuestra opinión, vacían de contenido las argumentaciones de la Sala Constitucional para defender la Jurisdicción Normativa, de las críticas a las que ha sido sometida, debiendo advertirse que la primera y la tercera de ellas, a que hace referencia la sentencia cuyos párrafos hemos transcrito: a) que es fuente de incertidumbre y c) que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad; se analizarán como una sola ya que la incertidumbre, la falta de certeza que crea la Jurisdicción Normativa, en los sujetos de derecho, respecto a las normas sustantivas que habrán de regular su comportamiento antes y fuera del proceso y respecto a los comportamientos que las partes y el juez deberán observar durante su desarrollo, resulta evidente al desconocer tales sujetos de

derecho, cuáles son los comportamientos que deben poner en práctica, antes y fuera del proceso, para lograr los fines que la norma jurídica persigue garantizar y cuales los que deberán observar los sujetos del proceso (juez y partes), para conseguir el desarrollo de la función jurisdiccional y la adecuada resolución de las controversias jurídicas.

Hemos ya demostrado en el Capítulo III de estos comentarios, que el texto del Artículo 335 Constitucional, no ofrece base legal alguna para legitimar la Jurisdicción Normativa, mediante la cual la Sala Constitucional se ha atribuido facultades privativas de la Asamblea Nacional. De allí que la constatación de este hecho es, desde el punto de vista jurídico, argumento determinante para vaciar de contenido su legalidad. La crítica que, según la misma Sala, se hace a dicha Jurisdicción, es absolutamente coherente y justificada. En efecto, el principio de la legalidad ha sido aceptado en todos los países civilizados y en nuestra Constitución lo consagra sus Artículos 2 (dos), según el cual: “Venezuela se constituye en un estado democrático y social *de Derecho y de Justicia*, 3 (tres) según el cual: “El Estado tiene como fines esenciales... la garantía del cumplimiento de los principios, de derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”... por el Artículo 7 (siete) según el cual: “La Constitución es la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público (encontrándose entre ellos la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) están sujetos a esta Constitución”. Por su parte, los principios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cuyas normas constituyen derecho común de cualquier ley adjetiva, supliendo con sus normas la regulación de los supuestos de hecho que no estén regulados en la ley especial, se encuentran los principios de la legalidad de las normas de los actos procesales, por lo que ningún acto de este género produce sus efectos propios, cuando no sean satisfechas tales formas esenciales, como lo dispone el Artículo 7 en concordancia con el Artículo 206 *ejusdem* y el principio de la legalidad según el cual... “...en sus decisiones los jueces (y debe entenderse que es una norma que regula el comportamiento de todos los jueces) deben atenerse a las normas de derecho a menos que la ley los faculte para decidir con arreglo a la equidad”. (Artículo 12)²⁵.

La Jurisdicción Normativa que se atribuye un órgano jurisdiccional, a quien compete, exclusivamente, resolver controversias mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, constituye la máxima incertidumbre ya que, creando normas jurídicas, ya sean de naturaleza procesal, ya sean de naturaleza sustantiva, para resolver controversias respecto a conductas que se han externado cuando tales normas no existían, constituye fuente absoluta de tal incertidumbre. La certeza jurídica, que el principio de la legalidad protege, consiste, precisamente, en crear las normas reguladoras que deberán observar, en el futuro, sus destinatarios, cuando se verifiquen los supuestos de hecho que son causa del precepto normativo. El pretender que esta conducta, sea fuera y antes del proceso, sea durante el proceso, se regule según normas que los sujetos jurídicos desconocían, provoca el mayor grado de incertidumbre. Esta incertidumbre, que es absoluta, vacía de contenido la seguridad jurídica que se persigue asegurar con el principio de la legalidad.

25. El texto de los Artículos 26, 27 y 257 Constitucional, no comportan derogación alguna del principio de la legalidad de las formas procesales ya que sus normas se limitan a ratificar el contenido en 206 del Código de Procedimiento Civil, según el cual para que un acto procesal sea declarado nulo, quien lo realiza debe haber omitido la satisfacción de una formalidad que es esencial para garantizar la obtención del fin que tuvo presente el legislador, cuando creó el acto procesal de que se trate.

Constituye una evidente violación del principio de la legalidad el afirmar que la Jurisdicción Normativa se aplica sólo cuando no exista ley que desarrolle la norma constitucional o ella sea contraria a la Constitución y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro..”. El principio de la legalidad establece que cuando no exista una ley que regule un determinado supuesto de hecho, corresponde crearla a la Asamblea Nacional y no al Tribunal Supremo de Justicia. Es un principio generalmente aceptado, el de la suficiencia del ordenamiento jurídico según el cual las lagunas legales que, eventualmente existieren en dicho ordenamiento, deben ser colmadas por el juez, mediante la aplicación analógica de normas que regulen supuestos de hecho semejantes, consagrada en el Artículo 4, que también establece que, en caso de duda acerca de la existencia de normas que regulen casos semejantes, se aplicarán los principios generales del derecho.

Si la norma que se pretende aplicar es inconstitucional, la Sala debe sólo limitarse a declararlo, anulándola, no pudiendo, en ningún caso, crear una nueva norma que la sustituya.

Finalmente, es incierto que la norma creada por la Sala quede proyectada al futuro. En todo los casos en que ella ha usurpado la función de legislador, ha aplicado, en el juicio en que tal creación se verifica, la norma creada. En el caso negado que fuera cierta esta afirmación, la incertidumbre no sólo permanece, sino que se acrecienta ya que la Sala, resolviendo en el futuro una controversia distinta, pudiera darle una nueva interpretación a la norma ya interpretada originalmente, lo que comportaría una nueva modificación del ordenamiento jurídico que, a su vez, pudiera ser nuevamente modificado, cuando se ofreciera una nueva interpretación de la misma norma y así sucesivamente.

Resulta pues evidente que, con base a los argumentos expuestos, la Jurisdicción Normativa constituye una clara y grave violación del principio de la legalidad, consagrado constitucionalmente y, en consecuencia, una clara y grave violación de la reserva legal, violaciones ambas que consagran la máxima incertidumbre jurídica.

VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA

En este capítulo analizaremos una de las sentencias emblemáticas dictada por la Sala Constitucional, para fundamentar la denominada Jurisdicción Normativa, con el fin de demostrar, de la manera más objetiva, las consecuencias prácticas que su mantenimiento y extensión ocasiona.

Haremos referencia a la sentencia que hemos analizado en algunas de sus partes en este escrito, que la misma Sala cita como la decisión en la que la Jurisdicción Normativa ha encontrado su planteamiento teórico y práctico (*Caso José Amando Mejía*). En la decisión mencionada la Sala, so pretexto de aplicar algunos principios y garantías constitucionales, modifica el procedimiento de amparo, haciéndolo más engorroso del objetivado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sancionando una marcada violación del debido proceso y del derecho de defensa que el Artículo 49 Constitucional garantiza.

Así se expresa la sentencia referida: “Por mandato del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el procedimiento de la acción de amparo

constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades. Son las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente con la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”. Acto seguido la sentencia que analizamos saca como conclusión de la premisa transcrita, la siguiente: “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*”. Pareciera indiscutible que, al afirmar lo que hemos literalmente transcrito, la Sala Constitucional se está atribuyendo una función que ni la Constitución ni las leyes le otorgan. Lo único que puede hacer la Sala Constitucional, para imponer rigurosamente la norma citada, es declarar nulas aquellas normas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que colidieran con el Artículo 27. Lo que no le está permitido a la Sala Constitucional, por carecer de las atribuciones requeridas para ello, es crear, *inventar*, un nuevo proceso de amparo ya que, como hemos afirmado a lo largo de todo este escrito, la creación de la norma constituye reserva legal de la Asamblea Nacional y de los demás órganos que la Constitución y las leyes establecen. El hecho de que sean anuladas las normas de la Ley Orgánica de Amparo que sean contrarias a las disposiciones del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que tal declaración cree un vacío legal, no es razón suficiente para conferir a la Sala Constitucional la facultad de crear un nuevo procedimiento de amparo, ya que este comportamiento violaría abiertamente la reserva legal que hemos mencionado. Pero es que, además, en este punto la sentencia que analizamos, es absolutamente inmotivada ya que no dice cuáles normas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, coliden con el Artículo 27 cuya aplicación invoca. En efecto, la sentencia no dice cuál de los preceptos contenidos en la ley citada, viola los principios de oralidad, publicidad, brevedad, gratuidad y el por qué las formas procesales que ella contempla, hacen inaplicable el requerimiento establecido en dicho artículo según el cual el proceso de amparo no debe estar sujeto a formalidades.

Tampoco puede justificarse la violación de la reserva legal que corresponde a la Asamblea Nacional, con los razonamientos de la sentencia que comentamos, contenidos en este párrafo: “por otra parte 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 Artículo 49”. (Fin de la cita) Estas afirmaciones de la sentencia quedan suspendidas en el aire ya que, después de haber señalado que el debido proceso es el único que deben poner en práctica los jueces para resolver las controversias que se le planteen, ningún examen o análisis o consideración hace que permita llegar a la conclusión que el proceso, contenido en la ley de amparo, no tiene las características del debido proceso. Nada dice ni establece que nos permita entender cuál de sus normas contraría el precepto contenido en el Artículo 49 citado por ella. Debe, por lo tanto, considerarse que la creación de nuevas formas procesales o la modificación de las existentes, es absolutamente inmotivada ya que ninguna relación lógico-analítica establece entre el contenido de los Artículos 27 y 49 del texto constitucional y las modificaciones del

proceso de amparo que en dicha sentencia se objetivó. Pero además el párrafo transcrito contiene una serie de afirmaciones absolutamente discutibles. En primer lugar, el Artículo 49 establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, señalando, seguidamente, cuáles son sus características. Respecto a esta norma caben dos interpretaciones posibles: la primera de ellas consiste en considerar que el Artículo 49 contiene una norma programática, en cuyo caso corresponde a la Asamblea Nacional desarrollar los principios contenidos en él. Si se considerara, por el contrario, que dicha norma produce efectos inmediatos, la Sala Constitucional, cuando así se le solicite, y no actuando de oficio, establecerá cuál norma específica, de un determinado proceso, viola la norma constitucional y declarará su nulidad, omitiendo suplir la labor del legislador, por la propia.

Pareciera que el criterio de la Sala Constitucional es que la norma en cuestión es de aplicación inmediata. Esto se colige de la frase contenida en la sentencia que analizamos que al referirse al Artículo 49 Constitucional afirma “que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo, se aplicará sin discriminación a todas las actuaciones judiciales... deben estar en el proceso de amparo y como, por lo tanto, las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del Artículo 49”.

Si la Sala hubiere querido ser coherente, ha debido señalar, concretamente, respecto a qué supuesto de hecho la Ley Orgánica de Amparo no se corresponde con las características que el Artículo 49 atribuye al debido proceso. Pensamos que la Sala difícilmente, razonando objetivamente, hubiere podido señalar cuál norma de dicha ley, hubiere sido distinta, de aplicarse las normas que caracterizan el debido proceso. En efecto, nadie podría afirmar que la defensa no está consagrada en los diferentes grados que componen el proceso de amparo. En él se requiere tanto la notificación del agravante como del fiscal del Ministerio Público, quienes pueden acceder a las pruebas documentales que acompañe el agraviado, en tiempo suficiente para ejercer su derecho, como lo establece el Artículo 23 de dicha ley que otorga el plazo de 48 horas a partir de la respectiva notificación, para que el demandado informe respecto a la pretensión del demandante. El plazo de 48 horas, no puede considerarse insuficiente en un proceso de extrema urgencia, para el demandante, como es el de amparo. En dicho informe el agravante realizará una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales fundamente su pretensión el agraviado. En el proceso de amparo no existe norma alguna que haga presumir la culpabilidad del agravante la cual, necesariamente, debe ser comprobada ante el juez de la causa. Se permite, como se desprende de la lectura de su normativa, que las personas que en él participan, sean oídas con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente (48 horas para informar y 96 horas para la audiencia constitucional en las que ambas partes participan, en igualdad de condiciones y en contradictorio). El proceso de amparo establece, con toda claridad, quién es el juez competente que debe conocer de la controversia de que se trate (véanse los artículos del 7 al 12 inclusive). Dicho juicio no permite que una persona sea obligada a participar en él sin conocer la identidad de quien la juzga. Acudir al Tribunal competente según la ley, excluye que las partes sean juzgadas por tribunales de excepción o por comisiones creadas al efecto. El proceso que analizamos, no obliga a ninguna de las partes a confesarse culpable ni establece sanciones por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. En el proceso de amparo la Cosa Juzgada es una defensa perfectamente legal y el mismo puede hacerse valer contra cualquier acto jurídico que provenga del Estado. Con él se

puede pretender el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificado.

Pareciera, pues, evidente que el proceso de amparo que regula la materia, actualmente vigente, se compadece con el modelo del debido proceso establecido en el Artículo 49 de la Carta Magna.

Por otra parte, si la Sala, como pareciera desprenderse de la sentencia que analizamos, encontrare que alguna norma de la Ley de Amparo es incompatible con alguna de las exigencias que caracteriza el debido proceso consagrado en el Artículo 49, ha debido limitarse a anularla y no a sustituirla, como ha ocurrido en el nuevo proceso de amparo creado por la sentencia que analizamos.

Debemos también detenernos de nuevo, en una de las premisas que establece la sentencia que comentamos según la cual “por mandato del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y *no sujeto a formalidades*. Son las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, con la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”. (Fin de la cita)

Es evidente, en el pensamiento de la Sala Constitucional, que también esta norma no es programática, (de lo cual diferimos) sino de aplicación inmediata. Aún admitiendo, *gratia arguendi*, que la Sala tenga razón, el texto en cuestión tiene que ser interpretado de tal manera que no vacíe de contenido el procedimiento o la norma jurídica, a la que el texto constitucional deba aplicarse. Quisiéramos fijar, brevemente, la atención, acerca de la norma que establece que la acción de amparo no debe estar sujeto a formalidades. Esta frase (absolutamente inapropiada de acuerdo con la opinión de quien escribe) no puede ser interpretada literalmente en el sentido que pretende darle la sentencia, según la cual el procedimiento de amparo no puede revestir forma alguna. Esta interpretación, permítaseme el atrevimiento, constituye un absoluto disparate, ya que no hay manifestación del espíritu humano, de la voluntad humana, (e, indudablemente, los actos procesales que conformen cualquier procedimiento constituyen manifestaciones del espíritu y de la voluntad del hombre) que vaya dirigida a terceros y deba ser comprendida por este tercero, que no requiera, necesariamente, una determinada forma. Aún cuando esta no es la sede para discutir el problema de las formas procesales, puede afirmarse que no existe, ni ha existido, ni existirá proceso regulado por normas jurídicas, que no esté rodeado de formas procesales, para poder conocer la voluntad de quienes en él participan. Dichas formas pueden ser más o menos sencillas, más o menos complicadas, pero su presencia es absolutamente indispensable. Tan lo que afirmamos es verdad, que es la misma Constitución de la República que en su Artículo 49 impone el debido proceso “a todas las actuaciones judiciales y administrativas” y por lo tanto también el proceso de amparo, que nadie se atrevería a afirmar que no constituye un proceso. Es la misma sentencia que invoca, como analizamos precedentemente, la necesidad de aplicar el debido proceso, también cuando se controvierta acerca de garantías constitucionales, en un proceso de amparo. No se requiere una particular capacidad de entendimiento para darse cuenta que los ocho numerales que establecen las características del debido proceso, consagrado en el Artículo 49, contienen un elenco minucioso de formas procesales. Por lo tanto, aún cuando el constituyente haya, sin conocimiento de causa, afirmado que el procedimiento de amparo no está sujeto a formalidades, el intérprete y, en este caso, la Sala Constitucional, no puede aplicar

dicho precepto sin la debida adecuación a lo que es la realidad jurídica objetivamente considerada. Pretender que un proceso, de cualquier género, carezca de formalidades, significa que la justicia deje de reinar, que la aplicación de la norma jurídica sea una entelequia y que los justicios queden en manos de un Poder Judicial que actuaría caprichosamente, olvidándose de un principio fundamental que constituye la razón ética que justifica la existencia del ordenamiento jurídico: su certeza.

Pero admitiendo que la carencia de formas procesales signifique, y no puede ser de otra manera, que ellas deben ser lo más sencillas posible, de manera que no puedan interferir una rápida y eficaz administración de justicia, debemos recordar que crear este tipo de procedimientos, corresponde a la Cámara Legislativa y no a la Sala Constitucional, por lo que si ésta se sustituye a aquélla, origina un acto absolutamente inexistente, por violar la reserva legal de la Cámara Legislativa. Creemos que al hacer referencia la Sala Constitucional al Artículo 27 de la Carta Magna, no lo hizo con el fin de establecer el principio según el cual en todos y en cualquier proceso de amparo, corresponde al juez establecer, única y exclusivamente para el caso que le corresponde decidir, cuál es el proceso al que deben adaptar sus conductas las partes. Pretender esto sería acabar, de una vez por todas, con el principio de la legalidad y, por lo tanto, con el mismo ordenamiento procesal. Pero es que además esta convicción parte de lo establecido en la misma sentencia, allí donde afirma "... 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 (la sentencia en la parte que nos ocupa, no interpreta norma jurídica alguna sino que crea un nuevo procedimiento de amparo) *las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República*". (Fin de la cita) Debe, por lo tanto, descartarse que la Sala haya querido interpretar el Artículo 27, por lo que se refiere a la omisión de formas procesales que deben caracterizar el proceso de amparo, en el sentido de que corresponde a cada juez, en cada caso, establecer las formas procesales pertinentes al específico juicio de que se trate. Esto nos conduce, necesariamente, a ratificar la contradicción palmaria que se evidencia de los términos de la sentencia, cuando parte de la aplicación simultánea del Artículo 27, que establece el principio de la informalidad del proceso de amparo y la del Artículo 49 que establece las formas que deben, necesariamente, observarse en el debido proceso las cuales, precisamente por su carácter, deben aplicarse también en el proceso de amparo.

En la sentencia que analizamos, la Sala Constitucional se ha sustituido a la Asamblea Nacional creando un nuevo proceso de amparo distinto al vigente hasta la fecha en que dicha sentencia se dictó. Que ésta sea la finalidad que se ha propuesto la Sala, en la parte de la sentencia que criticamos, no puede dudarse. Para convencernos es suficiente llamar la atención sobre algunos términos contenidos en la decisión de la Sala, que citamos a continuación: "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 49*". "Por otra parte, 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”.... “Ante esas realidades que emanan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *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 sí se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente manera”. (Fin de la cita)

A continuación señalaremos cuáles son aquéllas disposiciones de la sentencia que constituyen modificaciones de la ley antes mencionada y, en consecuencia, dan vida a un nuevo proceso de amparo.

1. En primer término, la sentencia crea dos procedimientos de amparo distintos, dependiendo del acto contra el cual se proponga la pretensión.

En el punto uno del capítulo denominado “Procedimiento en el Juicio de Amparo Constitucional”, se establece cuál es el que debe seguirse cuando el amparo *no se interponga contra sentencias*, mientras que en el numeral dos del mismo capítulo, *se establece el procedimiento que debe seguirse cuando el amparo se proponga contra sentencias*. Esta creación de dos procedimientos distintos, dependiendo del acto o comportamiento que lesione o amenace lesionar la garantía constitucional del querellante, es una novedad, una invención, ya que la diferenciación entre estos dos procedimientos no estaba contemplada ni regulada en la ley de la materia, que establece uno solo, cualquiera que sea el acto que haya provocado la amenaza o la violación de la garantía constitucional del actor. La creación de estos dos procedimientos, no puede ser consecuencia de la interpretación de norma alguna, ya que la ley de la materia establece la unicidad del procedimiento que deba seguirse, cualquiera que sea el acto impugnado. La creación de estos diferentes tipos de procedimientos, como de cualquier tipo de procedimiento, corresponde hacerlo a la Asamblea Nacional, exclusivamente y no, como se pretende de la sentencia que analizamos, a la Sala Constitucional.

2. Adicionalmente, la Sala establece nuevas y distintas formas procesales a las cuales deberán acoplarse las voluntades de las partes al dar vida a los actos procesales que se requieran, variando así mismo tales formas procesales dependiendo de cual de los dos juicios de amparo, según la nueva modalidad establecida en la sentencia, desee llevar adelante el demandante.

Dicha sentencia establece que, “con relación a los amparos que no se interpongan contra sentencias, tal como lo expresan los Artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el proceso se iniciará por escrito o en forma oral, conforme a lo señalado en dichos artículos; *pero el accionante, además de los elementos prescritos en el citado Artículo 18, deberá también señalar en su solicitud oral o escrita, las pruebas que desea promover, siendo ésta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviere y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose, entre los instrumentos a producir, los auténticos*”. (Fin de la cita).

Antes de exponer los argumentos que conducen a la demostración de la novedad de la norma transcrita respecto a la ley de amparo, quisiéramos evidenciar que la sentencia,

mediante la creación de los procedimientos de amparo que estamos analizando, viola, abiertamente, la norma que ella misma pone como fundamento para crear tales procesos. Al iniciar el Capítulo “Procedimiento en el Juicio de Amparo Constitucional”, la sentencia hace referencia a la aplicación del Artículo 27 Constitucional, haciendo hincapié en la ausencia de formalidades que debe caracterizar a este proceso. Pareciera, pues, que partiendo de esta premisa, la sentencia arremetería contra las formas procesales que establece la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que con el nuevo procedimiento que ella crea, no solamente ratifica formalidades ya establecidas en la mencionada ley, (véase las referencias a los Artículo 16 y 18) sino que agrega otras, que hacen más engorroso y lento el proceso establecido en la mencionada ley orgánica, como cuando crea, en el actor, la carga de señalar en su solicitud, las pruebas que desea promover, so pena de preclusión, carga formal ésta que no está establecida en la Ley de Amparo. Pero, no solamente crea nuevas formas procesales en relación con la promoción y evacuación de las pruebas, sino que además señala al juez como debe apreciarlas, ratificando un principio que, tendencialmente, abandona el Código del 87, como es el de la regla legal expresa para apreciar el mérito de la prueba o como solía decirse *prueba tarifada*, al ordenar al juez que en su apreciación de los instrumentos, debe privilegiar a los autenticados sobre los privados, reglando así, de esta manera, la libertad que debe tener el juez al apreciar esta prueba. Si bien es cierto que el Código Civil establece que el juez debe necesariamente admitir y, por lo tanto, poner como fundamento de su decisión, los hechos que aparezcan comprobados con documentos públicos y privados; dicho Código, en ninguna parte, ordena al juez privilegiar los documentos auténticos sobre los privados, ya que éstos últimos, cuando no sean desconocidos, adquieren idéntica fuerza probatoria que los autenticados (véase al respecto lo dispuesto en el Artículo 1362 del Código Civil). Obsérvese, pues, que la sentencia no aplica el Artículo 27 sino que, por el contrario mantiene formas procesales ya existentes y crea nuevas, que, según su intención, dan una mayor garantía al derecho de defensa de las partes, que es lo que se logra concreta y sólidamente, con la creación de las formas procesales.

El Artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo establece cuáles son las formas que debe contener la demanda, no exigiéndose al actor, para la validez de este acto, que anuncie las pruebas que pretende promover, como tampoco el artículo en cuestión, ni ningún otro de la norma referida, sanciona que la omisión de esta formalidad, provoca la preclusión establecida por la sentencia.

Así mismo, la sentencia crea nuevos actos procesales al establecer que “los tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, por aplicación de los artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admitirán o no el amparo, ordenará que se amplíen los hechos y las pruebas o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud para lo cual señalarán un lapso también preclusivo”. (Fin de la cita).

De una lectura de los Artículo 17, 18 y 19 de la ley citada, se observa que ninguna de dichas normas faculta al juez para ordenar que el demandante amplíe los hechos y las pruebas promovidas. El Artículo 17 sólo faculta al juez para ordenar la evacuación de pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siempre que tal ampliación no signifique un perjuicio irreparable para el actor, condición ésta que ha sido eliminada en los actos que se faculta realizar al juez. El Artículo 19 de la ley establece que se le concederá al demandante un lapso de 48 horas para realizar las correcciones que el juez considere pertinentes. No deja al juez, según su voluntad,

establecer el lapso que considere conveniente ya que, de tal manera el juez, podría reducir dicho lapso, lo que significaría violar el derecho de defensa del demandante, o ampliarlo a su voluntad, con evidente perjuicio del demandado. Estas dos posibilidades las evitaba el legislador al establecer un término fijo (48 horas) para tal corrección.

La sentencia en cuestión suprime el acto que la ley de amparo creaba a favor del agravante, que le permitía presentar su informe dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, informe que, como es sabido, constituía el acto de contestación a la demanda de amparo. Esta supresión evidencia una clara violación del derecho de defensa del demandado al ser suplido por uno distinto, que deberá fijarse el día que el juez decida y verificarse también el día que éste acuerde, debiendo realizarse tanto la fijación como el desarrollo del acto, dentro de las 96 horas siguientes a partir de la notificación del agraviado. Llamamos la atención acerca del hecho de que esta norma elimina el acto de la contestación de la demanda, para dar paso a una audiencia constitucional (que es la que establece el Artículo 26 de la ley) que no supone, realmente, un acto de contestación de la demanda sino está destinado a la presentación, en contradictorio, de las conclusiones de ambas partes. En efecto, en el párrafo de la sentencia que comentamos, se establece “en la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes..”. redacción ésta que evidencia que dicha audiencia no es únicamente para el demandado sino también para el demandante y ella está destinada a que ambas propongan sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el Tribunal que conozca de la causa, sin que se entienda con claridad por que deba colocarse al demandado en absoluta desventaja respecto al demandante, quien tiene dos oportunidades para alegar y razonar, confiriéndosele al demandado sólo una (la Audiencia Constitucional), violándose también el derecho de defensa de este último que debe acudir a la audiencia constitucional desconociendo las alegaciones y las pruebas que el agravante esgrima, para contradecir su pretensión.

Esta disposición, no solamente cambia radicalmente el procedimiento establecido en la ley de la materia, según la cual el demandado deberá presentar su informe dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, castigando la falta de comparecencia en dicho lapso con la confesión ficta, teniendo ambas partes la carga de presentar sus informes dentro de las 96 horas siguientes a la última actuación señalada; sino que, además, crea una incertidumbre que antes no existía, al no señalarse con precisión el lapso para que el agravante comparezca el tribunal y enterarse de cuando se fijará la audiencia y cuando ella se verificará.

Por otra parte, la sentencia crea maneras de citar al agravante que no están previstas en nuestro ordenamiento procesal y que, si fueran admitidas en el futuro, provocarían notables incertidumbres respecto a la verificación de un acto tan trascendental como es la citación del demandado. Aparece evidente que esta incertidumbre ocurriría si se le citara por teléfono, por fax, por telegrama, correo electrónico u otro medio de comunicación interpersonal. Ninguno de estos medios garantiza que el acto de citación se haya realmente verificado.

Los actos que se señalan en el párrafo que a continuación transcribimos, no están previstos en la ley de la materia y ellos, no solamente constituyen la creación de una serie de formalidades procesales que supuestamente quería eliminar la sentencia *in comento*, sino que contribuyen, de manera ostensible, a complicar y alargar el proceso de amparo, contradiciendo de manera palpable su requerimiento fundamental de la abreviación en su desarrollo. Para evidenciar lo que afirmamos, bastará una lectura comparativa del texto que transcribimos y de la ley, lo que pondrá de relieve que los

actos y las formas establecidas en dicha sentencia, constituyen clara innovación es del texto de la ley. En efecto, dice la sentencia: “En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el Tribunal que conozca de la causa en Primera Instancia, y *ésta o éste decidirá si hay lugar a pruebas* (la ley no faculta al tribunal para decidir si hay o no lugar a pruebas, ya que la promoción y evacuación de éstas, constituye uno de los derechos fundamentales de las partes en cualquier juicio) *caso en que el presunto agravante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes ya que éste es el criterio que rige la admisibilidad de la prueba*. Los hechos esenciales para la defensa del agravante, así como los medios ofrecidos por él, se recogerán en un acta al igual que las circunstancias del proceso”. (Fin de la cita). Obsérvese que, según este dispositivo, pareciera que el demandante no tendría derecho a objetar y a oponerse a las pruebas que promoviere su contraparte, lo que comporta una nueva violación de su derecho de defensa.

Establece la sentencia que “la falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento a menos que el tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir (no se sabe a quién), sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público, el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias”. (Fin de la cita) De todas las afirmaciones contenidas en la sentencia que criticamos, quizá la que mayor gravedad tenga es la que acabamos de transcribir, porque con ella se quiere decir, nada más y nada menos, que el Estado Venezolano, a través de sus magistrados, podrá ejercer o hacer valer las garantías constitucionales de todos los habitantes de la República, principio éste que de sólo imaginarlo, nos pone a temblar a todos aquéllos que deseamos vivir en una colectividad regida por un ordenamiento jurídico formado por normas que tengan, como característica fundamental, la certeza de su contenido y sus efectos.

La sentencia que comentamos, por lo que se refiere a la creación del nuevo procedimiento de amparo, se olvida que cuando se habla de garantías constitucionales quiere decir que el ordenamiento jurídico pone en manos de sus titulares las armas necesarias para que sean respetados y, por lo tanto, para que los titulares de tales garantías y derechos logren la satisfacción de los intereses que ellas aseguran. Pero, hasta hoy, universalmente, (entendiéndose con este término los países civilizados) el ejercicio de tales garantías y derechos, es potestativo del titular de los mismos, sin que nada ni nadie pueda prescindir de la voluntad de su titular, para hacerlos valer coactivamente. Sólo quien es titular del derecho o de la garantía, obedeciendo a su libertad interior, puede decidir si quiere valerse de la protección que el ordenamiento le ofrece. El día en que se permita al Estado hacer valer los derechos subjetivos de los ciudadanos, aún contra la voluntad de éstos, nos encontraremos ante la más monstruosa dictadura que ninguna mente haya podido imaginar.

Todos los derechos, aún aquéllos regulados por normas de orden público, son ejercidos cuando quien se beneficia con su ejercicio, así lo solicite. Por lo tanto, concluimos, si quien demanda la protección de una garantía constitucional mediante un recurso de amparo, no comparece a la audiencia constitucional porque, basándose en las nuevas normas que regulan el proceso de Amparo omitiendo su presencia está seguro de que se considerará terminado el proceso, siempre, gracias al buen juez, diligente y comprensivo, estará obligado a continuar a ser parte de un juicio que dio por terminado.

Esto equivale a decir que el demandante no tiene la libertad de desistir de un juicio que haya iniciado, con el fin de obtener la satisfacción de una garantía constitucional, porque ella está regulada por normas de orden público. Mayor violación del derecho de defensa es inimaginable.

Los mismos argumentos caben respecto a todos los demás actos procesales y formalidades de este género, que contiene la sentencia que analizamos, regulando también los recursos que la Sala Constitucional crea contra la sentencia de amparo. La sentencia concluye estableciendo el segundo tipo de proceso de amparo que ofrece cuando el amparo se proponga contra sentencias, bastándonos, sin necesidad de recurrir a un análisis de la sentencia, recordar que la ley de amparo no establece procedimientos diferentes, dependiendo de la naturaleza del acto contra el cual se ejerza la acción.

VII. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA

La fundamentación de la Jurisdicción Normativa que adversamos, encuentra su desarrollo teórico en una publicación del Profesor René Molina, ya citada, en la cual, luego de realizar una serie de consideraciones teóricas, más de naturaleza política, que jurídicas, afirma: “Estos instrumentos normativos internacionales (hace alusión a diferentes acuerdos internacionales suscritos por Venezuela) a semejanza de la Constitución, anuncian algunos principios fundamentales que una jurisdicción deberá garantizar. Juez, Constitución y Pactos Internacionales de Derechos Humanos, forman entonces una trilogía legítima *en la que por definición es al Juez a quien corresponde armonizar y hacerla efectiva. Este no ha de contentarse con aplicar unas leyes, sino que tiene el ineludible deber de comprobar su conformidad con un derecho superior contenido en los principios consagrados en el matrimonio indisoluble de la Constitución y Pacto Internacional de Derechos Humanos. En esta circunstancia, la ley hace implosión y se fracciona en dos direcciones opuestas: por una parte, unos principios fuera del alcance del legislador común y, por la otra un derecho más concreto y más operativo. Quiérase o no, lo cierto es que el juez actualiza la obra del legislador y se convierte en un colegislador permanente*²⁶ y más adelante, “Se verifica así un fenómeno importantísimo: la jurisdicción *ya no desarrolla solo una función declarativa del derecho preexistente, y resulta ampliamente creadora de nuevo derecho*”²⁷. (Fin de la cita).

Estos razonamientos no guardan relación alguna con la realidad jurisdiccional venezolana. Auspician, contribuyen, como lo está demostrando la Jurisdicción Normativa mediante la cual la Sala Constitucional se hace eco de esta teoría, la mayor y más imperdonable de las injusticias. En efecto, los sujetos de derecho acuden ante los órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, sólo cuando dos o más de ellos, refiriéndose a comportamiento a los cuales han dado vida antes y fuera del proceso, disputan acerca de la satisfacción de la voluntad concreta de ley, de la cual se dice titular el demandante. Mediante la demanda recurren al órgano jurisdiccional para que este reconozca, declare, dicha voluntad concreta de ley y la imponga coactivamente al sujeto pasivo, el cual, por su parte, al intervenir en el

26. MOLINA, R., *ob. cit.*, p. 34.

27. MOLINA, R., *ob. cit.*, p. 94.

proceso, pretende, por las razones que considera pertinentes, que se basan en circunstancias de hecho y de derecho que han ocurrido antes y fuera del proceso, que regulaba su conducta antes y fuera del proceso, se le exima de la pretensión del demandado. Con la Jurisdicción Normativa la partes deben soportar que su voluntad, la satisfacción de sus intereses, quede arbitrariamente sometidos a la voluntad del juez, al cual se le atribuye la facultad de establecer la norma a la que han debido someter su comportamiento, en el pasado, antes de conocer esta nueva norma creada por el *colegislador permanente*. Pocas veces se ha pretendido una aplicación retroactiva de la ley más chocante, aplicación retroactiva que está prohibida en el Artículo 24 Constitucional. Es cierto que lo que la Constitución fulmina de nulidad, cuando prohíbe la aplicación retroactiva, es a la ley, pero no se entiende el porqué los principios que regulan el desprecio por la ley retroactiva, no puedan, ni deban, regular el desprecio, la inconstitucionalidad, por las normas que este nuevo Dios, el Juez, crea como *colegislador permanente*.

Pero el absoluto rechazo a la Jurisdicción Normativa y a la doctrina que la sustenta, no sólo nace de unos conceptos elementales, pero profundos e indispensables para salvaguardar la libertad individual, como son el principio de la legalidad, la certeza jurídica y la división de los poderes, sino que, además, se desprende del análisis histórico que, desapasionadamente, se ha hecho en Venezuela, acerca de los comportamientos que, desde siempre, ha puesto en práctica la mayoría de los integrantes del Poder Judicial venezolano en todos sus grados, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, análisis que siempre lo has dejado mal parados por su evidente, constante y servil politización y por su proverbial falta de conocimientos. Se quiere, burlando la Constitución y principios elementales de justicia, acabar con la distribución de la Soberanía del Estado entre tres poderes independientes, que se controlan recíprocamente, para eliminar el legislativo y dejarlo en manos del ejecutivo y del judicial, lo que sólo sucede en las culturas primitivas en la que el juez crea y aplica la norma, burla que sube de punto en Venezuela, donde el poder judicial ha desarrollado el lamentable papel que comúnmente se reconoce.

Debemos, por lo tanto, concluir, afirmando que la prestación de la Jurisdicción Normativa, carece de cualquier base legal, moral o filosófica. Ella contradice, viola, principios constitucionales evidentes y atenta, de manera directa, contra la libertad de los sujetos del derecho. Permitir y defender su desarrollo e instauración definitiva en Venezuela, significa propiciar, solidificar un execrable Estado Autoritario, una dictadura en la que sólo sobrevivirán los siervos del poder.

Concluiremos estas breves observaciones acerca de la Jurisdicción Normativa, citando al ilustre jurista italiano, Giovanni B. Ferri²⁸ según el cual “Democracia significa igualdad efectiva (no solamente formal) entre los ciudadanos, significa sobre todo gobierno del pueblo (y ello en el doble sentido de participación del pueblo, a través de sus representantes, en el gobierno de la cosa pública y de control de los gobernantes de parte de los gobernados). *Un régimen democrático, si es tal, expresa, a través de la actividad legislativa, la voluntad popular, la ley por lo tanto asume una fuerza casi sagrada, como expresión de esa voluntad y por lo tanto la misma interpretación de la ley no puede no ser rigurosamente y textualmente formalística para no correr el riesgo de tergiversar (o sea de violar) esta voluntad. En definitiva, en un régimen democrático, el sistema que por su indeterminación, elasticidad, ductilidad y*

28. FERRI B., Giovanni, “Persona e Formalismo Giuridico”. Saggi di Diritto Civile, entre los que se encuentra *Antiformalismo, Democrazia, Codice Civile*. Ediciones Maggioli Editores, p. 48.

manumitibilidad aparece menos adecuado, es precisamente aquel que se fundamente en principios generales, sobre leyes-cuadro, y que tenga, en consecuencia necesidad de la actividad libremente creadora del juez. Si bien se mira, precisamente sobre estas instancias democráticas se fundaba la rigurosidad interpretativa, el codicismo de la Escuela exégeta en Francia y la consecuencial desconfianza en el juez (que más libertad tiene, mas aparece como un potencial violador de la voluntad popular) y estas actitudes, proyectadas bajo tales luces, aparecen menos vacías e inútilmente miopes, de cuanto no se hayan considerado habitualmente”.

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)*

Domingo García Belaúnde
Profesor de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos de Lima, Perú

I. LIMINAR

Como se sabe, el control de la constitucionalidad, es quizá el más formidable problema que ha tenido el siglo XX en materia constitucional (para utilizar libremente la frase empleada por Mauro Cappelletti). Control en sentido doble, por un lado, de la jerarquía normativa, con lo cual se vigila que las normas de inferior jerarquía (leyes, decretos y resoluciones), no afecten a las superiores, y en última y principal instancia, a la Constitución. Y por otra, defensa de los derechos fundamentales, que si bien fue tradicionalmente confiada a los jueces ordinarios, existe una tendencia que estima preferible que lo hagan órganos *ad hoc* situados, por lo general, fuera de la esfera del Poder Judicial.

Dentro de este amplio espectro, la América Latina ha tenido un desarrollo singular, desde fines del siglo XIX hasta mediados y fines del siglo XX, y en este sentido, son modélicos los casos de México y de la Argentina. Y por cierto, también de Venezuela, o más en concreto, de lo que se denomina como modelo colombo-venezolano. Y esto permite acreditar una importante contribución de la América Latina al conjunto teórico de la problemática. Contribución que, sin embargo, no es pareja ni uniforme, sino que tiene multitud de variantes, por lo que cabría hablar de modelos o esquemas nacidos de la experiencia latinoamericana, o si se quiere, de un modelo latinoamericano, con diversidad de variantes (clasificación que aquí apuntamos y cuyo desarrollo dejamos para otra oportunidad).

Pero estos enfoques nacidos en la América Latina, y que son legítimo orgullo de sus juristas, no son algo que surgieron de la nada, sino que tienen una doble fuente: por un lado, su propia experiencia histórica, jurídica y política, y por otro, la influencia de los Estados Unidos, tan importante en materia de Derecho público en todo el siglo XIX (curiosamente así, ya que en materia de Derecho privado, la influencia francesa fue determinante en todo el siglo XIX, y manteniéndose ambas en el siglo XX, se añaden a ellas las influencias alemana e italiana, que subsisten hasta ahora).

Esto significa, que en el siglo XIX, y en el origen del planteo latinoamericano del control de la constitucionalidad, se encuentra la influencia de los Estados Unidos a tra-

* Gran satisfacción me ha dado saber que se preparaba un justo homenaje a mi viejo amigo Allan R. BREWER-CARÍAS, autor de una prolífica obra en Derecho Público, y que tantas aportaciones ha hecho a nuestra disciplina. Dentro de ella, creo que, en lo que a mi respecta, la que más me agrada, por su novedad, es la relacionada con los sistemas de control constitucional y sus características, así como el estudio detallado de cada uno de ellos, y de sus principales modalidades. Dentro de ellas, ha hecho referencia al modelo cubano, pero tan sólo de pasada, como era explicable en una obra general. Por eso, entrego ahora para su homenaje, un texto sobre la materia, que he revisado y completado especialmente para esta ocasión, y que espero sea del agrado de mi dilecto amigo.

vés de múltiples fuentes. La primera, es la experiencia directa de muchos que vivieron o viajaron por los Estados Unidos, en especial de líderes políticos, ensayistas y juristas. En segundo lugar, la grande influencia del libro notable de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (si bien muy leído en francés desde su primera edición de 1835, fue pronto traducido al castellano en 1837, y desde entonces circuló muy ampliamente). En tercer lugar, *The federalist papers*, de los cuales se hicieron versiones a otros idiomas. Y finalmente, diversos libros de vulgarización que circularon en nuestro medio, así como de contribuciones de alto nivel, como son los notables comentarios de la Constitución norteamericana de Joseph Story, del cual hay dos versiones al castellano. La primera, sin nombre de traductor, se publicó en un solo volumen en México y en 1879. La segunda fue realizada por el jurista argentino Nicolás A. Calvo y publicada en Buenos Aires en 1888, y en dos tomos.

Y este dato es significativo, ya que lo único novedoso que existía en el siglo XIX en esta materia, era el ejemplo norteamericano, lo que dio nacimiento a lo que con posterioridad se llamó el modelo americano, que hoy se encuentra ampliamente difundido y estudiado. Y por cuanto en esa época, nada existía en Europa sobre esta materia, por lo menos a nivel de derecho positivo (siendo dable recordar aquí el proyecto de Sieyés, en plena Revolución francesa, que por lo demás no tuvo ningún eco).

Pero lo importante, es que este modelo norteamericano que fue pronto conocido en nuestra América, no fue adoptado mecánicamente, sino que fue cotejado con la realidad, y además, se hizo creador. Esto es, no fue una copia servil, sino una recepción crítica y creadora, como lo han puesto de manifiesto diversos estudiosos.

Y dentro de este proceso creativo, Cuba ocupa un lugar especial, que es lo que precisamente ha motivado el presente trabajo.

II. ¿POR QUÉ CUBA?

Existe, pues, una cierta originalidad relacionada con el control de la constitucionalidad en América Latina, la cual se inicia en el siglo XIX, sobre la base de diversas influencias, en especial, la creación jurídica norteamericana.

Y esto se ha dado en muchos países, con grados diversos. Y por cierto, ha sido estudiado en forma muy amplia, en veces con bibliografía que llega a lo exhaustivo. Son los casos, ya mencionados, de México y de la Argentina. Y en menor medida, pero no menos importantes, de Colombia y Venezuela. A los que podría agregarse el Brasil.

Pero sobre Cuba no se ha dicho nada o casi nada. Por cierto, no se ignora el ejemplo y han existido estudios sobre dicho modelo, pero hay muchas razones para olvidarlo.

Lo primero es que el modelo cubano, como veremos más adelante, fue una creación lenta, laboriosa y enormemente creadora, que demoró muchos años. Pero que, en contraste, y para efectos prácticos, acabó en 1952, a raíz del golpe de Estado de Batista perpetrado ese año. Más tarde, en 1959, caería el batistato, al compás de la revolución castrista de ese año, pero muy pronto la Isla adoptó otro rumbo, desactivó finalmente las instituciones existentes (las cubanas eran, a ese momento, más nominales que reales), y se enderezó a un modelo político distinto que, en materia de control constitucional, era la antípoda de la tradición existente en Cuba y de lo que pasaba en el resto de la América Latina. Dicho en otras palabras, la trayectoria jurídica cubana que culmi-

nó con la creación, en 1940, del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, fue interrumpida, no volvió más, y el país se enrumbó por otros senderos.

La radical modificación política-jurídica que se inicia en 1959 hace que los estudios, al interior de Cuba, ya no le presten atención, y en el exterior, deje de interesar, pues se ha convertido en un dato o pieza arqueológica. Cuba, por cierto, sigue interesando, pero por otros motivos. No precisamente por el aspecto del control de constitucionalidad, pues ya no es ejemplar ni modélico en este campo.

Y a ello se suma la dificultad de acceder a las fuentes, numerosas pero no muy accesibles, que no sólo se han convertido en raras y escasas, sino que no hay interés, ni dentro ni fuera de Cuba, en rescatarlas.

Sin embargo, y no obstante esto, es evidente que Cuba, más allá de sus carencias económico-sociales, e incluso de sus numerosos vaivenes políticos, tuvo un movimiento intelectual muy vigoroso, una pujante industria editorial que publicaba numerosos textos, incluso traducidos de otros idiomas. Y además, una activa vida académica, que se reflejaba en los numerosos eventos, tanto nacionales como internacionales, que se llevaron a cabo desde los años treinta (impulsados o tolerados por la dictadura de Machado). Y eso hizo que Cuba fuese respetada en el Caribe, tanto a nivel artístico (música, pintura, teatro, etc.) como en el campo de las humanidades, de las ciencias sociales y el derecho. Actividad que existió a despecho de lo que pueda decirse de ella, y que además, tuvo gran influencia en sus países vecinos del Caribe y Centro América.

De ahí nuestro interés en rescatar este corto, pero fecundo periodo constitucional de Cuba, por lo que él representa, y sin más ánimo que hacer una alta divulgación de esa interesante experiencia, tan poco conocida entre nosotros.

III. UNA AGITADA HISTORIA

La historia de Cuba es de las más agitadas que tiene nuestro continente. De hecho, es un largo período de tiempo en donde lo que más llama la atención son los sobresaltos y las convulsiones. Primero, como parte del Imperio español, y luego como república independiente.

Como se sabe, el Imperio español (y creemos que debe llamarse así, no obstante que algunos, sobre la base de rebuscados argumentos jurídicos, pretenden otra cosa) ejerció un dominio colonial sobre América de alrededor de trescientos años. Pero la invasión napoleónica a la península en 1808, precipitó diversos movimientos contestatarios (en Quito, Sucre, etc.) que finalmente concluyeron, tras diversas vicisitudes, con la victoria americana en los campos de Ayacucho en 1824, en la sierra peruana, en donde se termina, final y formalmente, con el dominio español en el continente. Que muchos llevaron a cabo inicialmente, con la colaboración de otros, pero que tocó a Bolívar dar el toque final. Dentro de este amplio mapa de países, sólo quedaron sujetos al yugo español, dos importantes islas: Puerto Rico y Cuba. Y Filipinas, en el Asia.

Si se analiza la historia de la Corona española en el siglo XIX, sobre todo en relación con su política exterior para sus colonias de Ultramar, sólo cabe calificarla como torpe. Fue así que mediante un aparente boicot en el buque norteamericano *Maine* (que explotó en la bahía de La Habana, por causas ajenas a la mano humana, como ahora se sabe), empezó la guerra entre Estados Unidos y España, que culminó con el Tratado de París de 1898, que entre otros aspectos, rompió los vínculos de España con las dos islas del

Caribe. España fue más lejos, pues pidió a los Estados Unidos que no concediera la libertad a esas islas, con la idea de defender la propiedad de los españoles ahí residentes. Por su parte, los Estados Unidos, dentro de la línea del *destino manifiesto*, tenían intereses en anexarse las dos islas del Caribe. Esto pudo hacerse con facilidad en Puerto Rico, pero no con Cuba, en donde existía toda una larga lucha contra todo tipo de anexionismos, y fuerzas políticas actuantes, encabezadas por el Partido Revolucionario Cubano, fundado en 1892 por José Martí, y que no obstante la muerte de su líder en 1895, mantuvo en alto su resistencia a todo tipo de imperialismo. Todo esto obligó a los Estados Unidos a permitir a Cuba su constitución como república independiente, si bien en forma algo accidentada.

Así, la independencia se da en 1898, pero sólo en 1902 las tropas norteamericanas abandonan la Isla, aun cuando no por mucho tiempo.

La primera Constitución de Cuba es de 1901 y su primer presidente, en 1902, es Tomás Estrada Palma. Esa primera Constitución, si bien libérrima por donde se le mire, nació en parte viciada por la Enmienda Platt, debido al nombre del senador norteamericano que la propuso, y que duró hasta 1934, en que fue dejada de lado al compás del *new deal* que propiciaba el presidente Roosevelt por aquellos días. De hecho, hubo invasiones de tropas norteamericanas en períodos posteriores: 1906-1909; 1912, 1917-1920; y 1933-1934. Y después de esta época, existirá una presencia norteamericana indirecta, pero no menos efectiva. Acompañada -hasta el día de hoy- de fuerzas norteamericanas en la bahía de Guantánamo, considerada como un enclave en la Isla.

A la Constitución de 1901, la primera de Cuba republicana e independiente (y a la que preceden otras que no tuvieron vigencia efectiva ni duradera) suceden las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935, la Constitución de 1940, la de 1952 y la actual y vigente de 1976, reformada sustancialmente en 1992, tras la caída de su antiguo aliado, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

En realidad, la suerte de Cuba fue problemática desde que nació a la vida independiente. Y su largo periplo estuvo signado por la presencia perturbadora de los Estados Unidos (hasta mediados de los años treinta), y con posterioridad por la presencia de Fulgencio Batista. A partir de la caída de éste (1959) empieza un largo periodo signado por la presencia de Fidel Castro, con un modelo político distinto, con alzas y bajas, y situaciones complicadas que no es del caso analizar ahora, pues escapa a los límites de este trabajo. Pero sí podríamos decir que en su corta vida independiente Cuba, aparte de los problemas que ha tenido, ha vivido asediada por los Estados Unidos, en forma directa, luego sujeta a los caprichos dictatoriales de Batista, y en los últimos cuarenta años, bajo la arbitrariedad y veleidades de Castro. Y por cierto, con ninguno de ellos se han solucionado sus problemas (si bien algo se ha avanzado en los últimos años y en ciertas áreas).

IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN

Al igual que los demás pueblos de la América Latina, Cuba fue influenciada por los Estados Unidos en muchos aspectos, y en especial, en el tema del control de la constitucionalidad, que apareció en este país mucho antes de la independencia cubana, y que se concretó en 1803, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, que redactó el célebre juez Marshall.

Y esta influencia se aprecia de manera especial en México, Centro América, Argentina y Brasil, que con diversos matices, adoptaron lo que luego se ha conocido como control indirecto de la constitucionalidad, o control difuso. Pero lo importante de Cuba, es que tomando esa fuente, no se limitó a hacer un traslado mecánico, sino que fue más allá, y en larga como cuidadosa evolución, tuvo un desarrollo sorprendente, del cual la Constitución de 1940 representa una culminación, y que seguramente hubiera ido más adelante, si la dictadura de Batista no hubiera bloqueado esa iniciativa. Y por supuesto, si no se hubiera enrolado el país en el modelo socialista, que representaba alejarse del modelo constitucional que, con sucesivas marchas y contramarchas, había ido forjando trabajosamente la élite intelectual cubana. Y de hecho, cuando la Isla apunte hacia una institucionalización futura y desaparezca su actual régimen autoritario, es indudable que este antecedente servirá como referente para cualquier reforma que se quiera hacer en el futuro. Pero volvamos al punto.

Como he señalado, la primera Constitución cubana es de 1901, en cuanto país libre y republicano, no obstante lo cual tenía su soberanía recortada por la llamada Enmienda Platt, que dio origen a un tratado entre la Isla y los Estados Unidos, en 1903, y que finalmente fue anulado por iniciativa del presidente Roosevelt en 1934, como ya lo he anotado. La Carta de 1901 rigió, casi inalterable, hasta 1928, se volvió a ella en 1933, y luego se aprobó una nueva Ley Fundamental en 1934.

Esta Constitución de 1901 señala en su artículo 83 que la defensa de la Constitución queda encargada al Poder Judicial (inciso 4) “cuando fuere objeto de controversia entre partes”, precepto que fue luego desarrollado por la Ley de 31 de marzo de 1903, que precisó que el control de la constitucionalidad se analizaría diferenciando el tema dentro o fuera de actuaciones judiciales fijando de esta manera su configuración autónoma. Así, si se realizaba dentro de un proceso judicial, el control de constitucionalidad procedía a través de un recurso de casación o apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia. Si esto ocurría fuera de actuaciones judiciales, se recurría directamente al Tribunal Supremo, a través de un *recurso de inconstitucionalidad*. Lo resuelto en estos casos, tenía los alcances y la fuerza de una sentencia, con lo cual y con el tiempo, se hizo obligatorio el seguimiento de los precedentes judiciales. Posteriormente, la ley de 17 de marzo de 1922, al analizar la consecuencia de los fallos judiciales en estos casos (lo que suponía una inaplicación), señalaba que la norma debía derogarse formalmente. Y si esto no sucedía, la sentencia adquiría, en esta virtud, efectos *erga omnes*.

Pero la acción pública de inconstitucionalidad aparece en la Ley Constitucional (en realidad, una Constitución) de 3 de febrero de 1934, y se reafirma en la posterior Constitución de 1940, donde se faculta a 25 ciudadanos para que directamente pidan la anulación de una ley, y a sólo un ciudadano, si la ley se refería o atentaba a los derechos individuales.

En detalle, la Ley Constitucional de 1934 contemplaba las dos situaciones:

a) El artículo 78 señalaba que la parte afectada o 25 ciudadanos, podían interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo en pleno, y si ese recurso se declaraba fundado, no podía aplicarse más (inciso quinto).

b) El artículo 38 estableció la acción pública a favor de un solo ciudadano, cuando se atentaba los derechos individuales, dejando a salvo la procedencia, en su caso, del Habeas Corpus, que existía desde 1898. Cabe señalar que esta modalidad desapareció en la posterior Ley Constitucional de 1952, sancionada por Batista, sobre la base de que en el fondo resultaba una reiteración innecesaria de la primera (criterio, por cierto, que considero acertado desde un punto de vista teórico).

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO

La Constitución de 1940 trajo indudables avances, como ya se ha indicado. Lo primero que hizo fue mantener lo que existía desde siempre, o sea, el recurso de inconstitucionalidad, que se desarrolló normalmente durante los años anteriores, como vemos en el siguiente cuadro que tomamos de Eloy G. Merino Brito (*cf. El recurso de inconstitucionalidad*, Cultural S.A., La Habana 1938).

Sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el pleno del Tribunal Supremo

1903	5	1912	21	1921	10	1930	72
1904	5	1913	49	1922	31	1931	105
1905	6	1914	21	1923	37	1932.	52
1906	1	1915	33	1924	23	1933	27
1907	6	1916	14	1925	23	1934.	54
1908	8	1917	21	1926	23	1935	51
1909	14	1918	31	1927	18	1936	111
1910	24	1919	9	1928	17	1937	55
1911	37	1920	19	1929	11	1938	

Y a esto, agregó la posterior creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Detengámonos en este punto:

a) De acuerdo a los antecedentes y testimonios de la época, el nombre fue tomado literalmente de la constitución española y republicana de 1931, que entonces ya no estaba en vigor. Recordemos que el Tribunal de Garantías Constitucionales español se crea con la Carta de 1931, se instala en 1933 y termina bruscamente en 1936, con el inicio de la guerra civil española.

b) En cuanto al nombre, se nota una diferencia. El modelo español se llama Tribunal de Garantías Constitucionales. El cubano lo mantiene, pero agrega una palabra al final: sociales. Con lo cual, el nombre completo era “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”. Y esto obedecía a que dicho Tribunal resolvía también problemas sociales (laborales, previsionales, etc.). O sea, hubo un notorio aumento de competencias.

c) Pero mientras el tribunal español reflejaba al típico modelo concentrado de corte kelseniano, esto es, independiente del resto de los poderes del Estado, y por cierto, independiente del Poder Judicial, en Cuba, el Tribunal era parte integrante del Poder Judicial, constituido como una de las Salas del Tribunal Supremo. Algo así como un antecedente de la Sala Constitucional de Costa Rica, creada en 1989, y que tanto influencia ha tenido en América Latina.

Ahora bien ¿por qué siendo el nombre prácticamente el mismo, el modelo cubano se aparta sustancialmente del modelo español, en el que dice inspirarse? La única explicación está dada por el contexto histórico-cultural de la Isla, y por la influencia norteamericana, que confiaba en el juez, a diferencia de la europea, que desconfiaba de éste. Este es, pienso, el motivo fundamental. La creencia en el valor de la judicatura explicará muchos de los intentos y las innovaciones latinoamericanas, y esto también se hará presente en las demás innovaciones a partir de la década del sesenta del siglo veinte. Y cada vez que se llegue más lejos, es porque se estarán alejando de la concepción judicialista del control, o simplemente, porque se desengañan totalmente de la judicatura (como es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales que el Perú incorpora en 1979, como ente al margen del Poder Judicial).

Conviene señalar que el control de constitucionalidad sólo lo hacía el Tribunal Supremo, precisamente a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (que era una de sus salas). Y no lo podían ejercer los jueces inferiores (o sea, de las demás instancias) ni tampoco las demás Salas del máximo Tribunal que en éste punto dependían del Tribunal de Garantías. Cuando algún cuestionamiento constitucional llegaba a manos de los jueces, éstos suspendían el trámite y elevaban el expediente en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. El control se efectuaba sobre todo tipo de normas, sin excepción alguna. Y en otras situaciones más, en las que aquí no nos explayamos.

VI. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940

El Título XIV de la Constitución de 1940 está dedicado al Poder Judicial. La Sección Primera, en sus disposiciones generales, dice que la justicia se administra en nombre del pueblo y su dispensación será gratuita. Los jueces son de carrera.

Algunos dispositivos de interés, son los siguientes:

a) El artículo 171 anota que el Poder Judicial se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Superior Electoral y demás tribunales y jueces que la ley establezca. Agrega que una de estas Salas, constituirá el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que cuando conozca de asuntos constitucionales, será presidida necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrada por menos de quince magistrados. Cuando se trate de asuntos sociales, no podrá constituirse por menos de nueve magistrados (con lo cual se explicita los dos temas que tiene el Tribunal, esto es, no sólo constitucionales, sino también sociales).

b) El artículo 174 al señalar las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, indica, entre otras (inciso d), la siguiente:

Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, ordenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario. Enunciado general que queda precisado con el artículo 182, que vemos a continuación.

c) El artículo 182 está dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que le competen, entre otros puntos, conocer en exclusiva los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos o garantías consignadas en esta Constitución, o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. Igualmente:

- conocerán los recursos de Habeas Corpus, en vía de apelación,
- la validez del procedimiento y de la reforma constitucionales, y
- los recursos contra los abusos del poder.

d) El artículo 183 señala que pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales:

- El Presidente de la República, los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes, Alcaldes, etc.
- las universidades,
- toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional, entre otros casos.

Sin embargo, el articulado constitucional agrega que “las personas no comprendidas en algunos de los incisos anteriores, pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presten la fianza que la ley señale”.

Con lo cual, si bien la legitimación procesal activa está limitada, en la práctica, y mediante el pago de una fianza, está abierta a cualquiera, lo cual, en mi opinión, desnaturaliza el acceso al control de la constitucionalidad, que debe ser siempre limitado, en cuanto a las personas. Y limitado, en cuanto a las causas.

La Sección VII está destinada al tema genérico de la inconstitucionalidad. Y ahí se precisa en su artículo 194, que la declaración de inconstitucionalidad, podrá pedirse:

- a) por los interesados,
- b) por veinticinco ciudadanos,
- c) por la persona a quien afecta la disposición que estime inconstitucional.

Se añade que los jueces y tribunales están sujetos a la Constitución y deben preferirla a las leyes y demás normas de orden inferior. Agregando que cuando un juez o tribunal considere inaplicable cualquier ley o norma alguna, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, a fin de que se declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión, y devuelva el asunto al remitente, para que continúe el procedimiento

Los recursos de inconstitucionalidad se interponen directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Toda norma declarada inconstitucional no podrá ser aplicada bajo ninguna circunstancia, bajo pena de inhabilitación en el desempeño de cualquier cargo público.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, obliga al funcionario, entidad u organismo que la haya dictado, a derogarla, bajo responsabilidad. En todo caso, se agrega textualmente, la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se declarará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia, en los estrados del Tribunal.

VII. VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES

La Constitución de 1940 fue ejemplar por muchos motivos. El primero, sin lugar a dudas, es que por encima de vacíos y problemas económico-sociales que vivió el país, tuvo una observancia regular por parte de los actores políticos. Lo segundo es que intentó, sin mucho éxito, crear un modelo político con rasgos parlamentarios, lo que ha llamado la atención de los estudiosos extranjeros. Y finalmente, por su sistema de justicia, sobre todo, en lo relativo al control de la constitucionalidad.

En todo caso, la Constitución de 1940 constituía, como en tantas situaciones parecidas, un alto en el camino, que por un lado representaba la concreción de diversas experiencias que venían desde atrás, y que se concretaron en diversos hechos realmente positivos. Y por otro, sentaba las bases para un desarrollo futuro que fuese más perfeccionado, más armonioso y sobre todo, de mayor consistencia.

Dicho en otras palabras, la Constitución de 1940 trajo una bocanada de aire fresco y con vientos democratizadores, que si bien no llegaron a asentarse en forma definitiva, y

tuvo multitud de carencias, constituía un primer paso importante para la democracia cubana de cara al futuro. Prueba clarísima de esto, es que el entonces joven abogado y rebelde Fidel Castro, defendió la Constitución de 1940, a la que consideraba progresista y legítima, en su famoso discurso de 16 de octubre de 1953 ante la Sala Primera de Urgencia de la Audiencia de Santiago de Cuba y que luego tituló “La historia me absolverá” (varias ediciones, utilizo la publicada por Editora Política, La Habana 2000, pp.12, 14, etc.).

Igual puede decirse del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que fue una experiencia interesante, en consonancia con el pasado jurídico y judicial de Cuba. En esta línea, y después de diversos debates, finalmente fue sancionada la Ley núm. 7 de 31 de mayo de 1949, firmada por el Presidente Carlos Prio Socarrás, que desarrolló y perfiló de manera expresa el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, así como los demás aspectos de carácter operativo (el control de la constitucionalidad, por cierto, no se había detenido, pues de acuerdo a la disposición transitoria del Título XIV, mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales no fuese creado, sus funciones las asumiría el pleno del Tribunal Supremo (cf. Andrés M. Lazcano y Mazón, *Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, Edit. Lib. Selecta, La Habana 1949; que es el gran comentario exegético de la ley).

Todo este desarrollo lento, lineal pero no regresivo, fue cortado bruscamente con el golpe de Estado que en 1952 dio el entonces general Fulgencio Batista, que dejó sin efecto la Constitución de 1940, y la reemplazó por la Ley Constitucional de 1952 (en el fondo una Constitución, pero dada por un gobernante de facto); que curiosamente mantuvo mucho de la Carta de 1940, y en lo relativo al control de la constitucionalidad, resultó prácticamente idéntica que su predecesora. Pero aquí la formalidad fue en realidad un juego de artificio, pues si bien existía el control a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en la práctica el Tribunal, a través de magistrados complacientes, no controló nada y se dedicó a avalar los estropicios del régimen. Hasta que cayó en un descrédito total.

Lo que pasó es historia (relativamente) reciente, y en todo caso, bastante fresca para el público lector. Las corruptelas de Batista, y los excesos del régimen fueron tan notorios, que al final terminó acosado por diversos estallidos revolucionarios, hasta el extremo que el mismo Batista huyó del país los primeros días de enero de 1959, dejando la Isla abandonada a su suerte. Cuando las huestes de Fidel Castro entraron a La Habana días después, lo hicieron sin disparar un solo tiro, y en medio de los vítores de la multitud. Más que tomar el poder, se limitaron a recogerlo del suelo, a donde lo habían dejado los gobernantes que se habían dado a la fuga.

Lo importante es que el nuevo gobierno revolucionario cubano se apresta a instaurar una nueva legalidad, y para ello no encuentra mejor idea que restaurar la vieja Constitución de 1940, a la cual hace muy pequeñas modificaciones (permitiendo concentrar las funciones legislativa y ejecutiva en la nueva cúpula revolucionaria), incluyendo dentro de ella al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y como tal figura en la denominada Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959. Ahí aparece el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en forma casi idéntica a la Constitución de 1940 y con iguales atribuciones. Por cierto, una de las primeras medidas del régimen fue defenestrar a los más altos funcionarios, y fue entonces que el Tribunal de Garantías fue cubierto con gente nueva y adicta al gobierno.

Y así el Tribunal empezó a funcionar nuevamente. Pero como había personal nuevo, y todos los cambios se hacían por ley expresa, que además introducía medidas innovado-

ras que la propia Ley Fundamental de 1959 permitía a través de determinados artículos introducidos al calor de la revolución, no hubo prácticamente nada que objetar a nivel constitucional. Pero por otro lado, el régimen a fines de 1961 se identificaría con el sistema soviético y empezó a depender de él, como lo demuestra la crisis de 1962, momento en el cual, los misiles instalados en Cuba por la Unión Soviética fueron desmantelados como producto de la negociación entre Nikita Krushev, secretario general de la Unión Soviética, y John F. Kennedy, Presidente de los Estados Unidos. Negociaciones que se hicieron al margen de Fidel Castro y sin conocimiento de éste, lo que hizo ver, desde entonces, el verdadero grado de autonomía de la Isla (en realidad, si Cuba tuvo alguna autonomía, aun cuando relativa, lo fue sólo en el período de la Constitución de 1940, ya reseñado; y quizá ahora y desde 1992, cuando colapsaron las llamadas democracias populares del Este y cesó la dependencia del *Soviet*).

Cabe anotar, con todo, que si bien en teoría la Cuba de Castro mantenía el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en la práctica no funcionaba. Hasta que finalmente fue desactivado formalmente en 1973, ya que además, el régimen impuesto en la Isla no aceptaba controles ni tampoco este tipo de tribunales (que, sin embargo, existían en algunos países alineados o cercanos al antiguo bloque soviético, como eran los casos de Yugoslavia, Polonia, Hungría, etc).

Finalmente, instalada la Isla en un nuevo *status* político, lo natural era que se diese formalmente una Constitución, que reflejase el nuevo orden de cosas. Y así, fue preparado largamente un proyecto, que fue sancionado en 1976, Constitución que sigue vigente, y en donde definitivamente se eliminó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y se adoptó el sistema socialista de control de la constitucionalidad, que se conoce como modelo político, y que se mantiene hasta ahora. Cabe añadir que la Constitución ha tenido importantes modificaciones en 1992, incorporadas únicamente para reflejar la nueva estructura de poder, y su ubicación en el nuevo escenario político internacional, acorde con la caída del Muro de Berlín en 1989, la crisis de la Unión Soviética, que determinó la suspensión de todo tipo de ayuda a Cuba, y el desplome de la URSS, en 1991.

Hoy por hoy, el experimento socialista cubano, más allá de cualquier valoración, está definitivamente concluido, y en cierto sentido en crisis y con poco futuro. Más aún ahora, que los modelos y esquemas teóricos que la alimentaron, han desaparecido definitivamente del horizonte.

Sin embargo, es indudable que Cuba está cambiando lentamente y ha tenido una notable apertura al mundo exterior, y lo hará aun más el día de mañana, cuando el grupo de dirigentes fundadores ya no estén en el poder, y se adopten otros rumbos, mucho más liberales. Es probable que entonces el modelo de control de la constitucionalidad de la Carta de 1940 se reimplante, o sirva de estímulo para nuevas formas constitucionales.

Pero si no sucediese esto, recordar esta experiencia, valiosa como antecedente y como esquema conceptual, es algo estimulante dentro de la historia de la jurisdicción constitucional en América Latina, que tantos aspectos creadores ha tenido y tiene todavía.

VIII. ¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Algunos estudiosos de nuestra experiencia latinoamericana, entusiasmados por el precedente cubano, han señalado que estamos aquí ante un verdadero tribunal constitucional, en puridad, el primero que existe en América Latina. Y claro, desde un punto de vista amplio, esta tesis puede tener cierto predicamento y a mí mismo me sedujo en algún momento. Sin embargo, cuando califiquemos a un ente como tribunal constitucional, hay que tener presente ciertos supuestos y rasgos definitorios, que aquí desarrollaremos brevemente.

Lo primero que debemos reconocer es que el tribunal constitucional es una creación kelseniana, en rigor europea, del periodo de entreguerras (si bien existen antecedentes que se remontan a la época de Sieyès). Y aun más, que esa experiencia primigenia (1919-1939), fue interesante, pero fallida, y además escasa. El Tribunal constitucional austríaco funcionó poco, y en puridad, tan sólo desde 1921 hasta 1933. El checoslovaco casi no funcionó, y emitió una sola sentencia. Y el tribunal español tuvo una vida efímera, truncada por el estallido de la guerra civil española (1936).

De esta experiencia, lo que tuvo presente la clase dirigente cubana, fue la española, pero de manera muy *sui generis*, como ya lo he señalado.

Y así tenemos que:

- a) los tribunales constitucionales tienen autonomía administrativa, legal y económica. Esto es, no dependen de otros cuerpos.
- b) en consecuencia, tienden a ser órganos autónomos de naturaleza constitucional.
- c) sus magistrados tienen un proceso especial de selección, y son distintos a los comunes.
- d) sus competencias son distintas a las de los demás, pues los otros jueces no las comparten.
- e) actúan en instancia única,
- f) sus miembros son elegidos por un determinado periodo, y normalmente no son reelegibles. No existe una carrera administrativa para ser magistrado.
- g) tienen en exclusiva los aspectos básicos del control de la constitucionalidad, y también de temas conexos (la defensa de los derechos fundamentales, etc)
- h) tienen una composición y atribuciones básicamente jurisprudenciales.
- i) sus decisiones son definitivas y contra ellas no cabe recurso o impugnación alguna.

Estas son algunas de las características que en lo sustancial identifican a los tribunales constitucionales. Por cierto, alcanzan y son válidas en términos amplios y admiten matizaciones y ciertas excepciones, que generalmente no hacen más que confirmar la regla. Así, tenemos que como norma general el tribunal constitucional es independiente, pero hay veces en los cuales está ubicado dentro del Poder Judicial, como se da en Alemania y Colombia. Pero en el primer caso, desde la década del cincuenta del siglo pasado, el Tribunal Constitucional Federal se hizo cada vez más independiente, y actúa de esa manera, pues no tiene ningún lazo administrativo ni financiero con el Poder Judicial, y el *status* de sus miembros también es distinto. Y en cuanto a Colombia, la Corte Constitucional es parte de la llamada *rama judicial*, a la que pertenece por una razón

que podríamos llamar de organigrama o de organización, pero que en todo lo demás, es autónoma.

En el modelo cubano tenemos, entre otros aspectos, los siguientes:

a) Originalmente, la constitucionalidad estaba encargada al Tribunal Supremo, y luego pasó a una de sus Salas, con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

b) Dicho Tribunal (o Sala), dependía en todo de la Corte Suprema.

c) Sus miembros eran los mismos, y no se diferenciaban en nada del resto.

d) El Tribunal (o Sala) tenía una dependencia total del Poder Judicial (administrativa y económica).

e) Para poder fallar en los temas de control de constitucionalidad, el Tribunal de Garantías y Sociales necesitaba aumentar el número de sus miembros (bien que temporalmente) con otros magistrados supremos.

f) Los estatutos de sus miembros era exactamente los mismos que el resto de los jueces.

g) Los jueces no tenían competencia para efectuar el control de constitucionalidad: sólo lo hacía el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, del que incluso dependían las demás Salas del Tribunal Supremo.

h) La competencia del Tribunal no se reducía a lo constitucional: también resolvía asuntos sociales.

Por tanto, lo que en rigor existió en Cuba a partir de la Constitución de 1940, era una Sala Constitucional, pero con otro nombre. Que era un embrión de tribunal constitucional y que pudo haberlo sido, sino hubiera pasado lo que pasó. Pero que sólo llegó a eso.

En realidad, lo que consagró la Carta de 1940 era una especie de control concentrado en una sala al interior del Tribunal Supremo (y de ahí su gran diferencia con el modelo norteamericano, que es difuso). Y en tal sentido, el caso cubano es un planteo original en el tema del control de constitucionalidad, no sólo por lo que avizoró, sino porque creó una figura intermedia, que hoy por hoy tiene su más relevante expresión en la Sala Constitucional que existe en Costa Rica, desde 1989. Y que desde entonces otros países han imitado (Paraguay, Venezuela, etc).

IX. EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO

He señalado anteriormente lo que es el modelo cubano, y cómo se desarrolló, lentamente desde 1901, en su primera Constitución, hasta 1940, en que alcanzó uno de sus mejores momentos, los cuales, lamentablemente fueron bloqueados, por la subsiguiente dictadura de Batista, y por el cambio de rumbo político a partir de 1962. Pero hagamos algunas especulaciones, sobre lo que pudo haber pasado con el modelo cubano.

En efecto, si bien hacer un diseño de lo que pudo haber sido y no fue, puede ser un juego inocente y en cierto sentido una utopía, ello no nos puede privar del placer intelectual de intentarlo.

Cuba tuvo un avance notable en el tema del control de la constitucionalidad, teniendo como referencia la experiencia norteamericana, que tan bien conocía. Pero lo importante es que partiendo de ese esquema, fue acercándose, poco a poco, al denominado mo-

delo europeo o concentrado, toda vez que encomendó a una de las salas del Tribunal Supremo, a la que llamó Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, la exclusiva del control de la constitucionalidad. Además, hizo que tuviesen legitimación procesal activa un número determinado de personas y autoridades. Y adicionalmente, sus resoluciones tenían efectos, *erga omnes*, con características derogatorias. Aún más, el nombre que adoptó el Tribunal en 1940, fue tomado directamente, como lo señalan sus autores, de la Constitución española de 1931, que es la primera que por influencia de Kelsen y de la experiencia austriaca, incorpora el modelo concentrado en el mundo iberoamericano. Por tanto, aun cuando el modelo no fue más lejos y es difícil decir qué hubiera sucedido si el devenir político hubiera sido distinto, todo hacía pensar, a la altura de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX, que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba evolucionaría algún día hacia un tribunal constitucional en la matriz europea. Esto no sucedió, pero sin lugar a dudas, estaban sentadas las bases para que así sucediera.

Ahora bien, ¿cuál era la situación de la jurisdicción constitucional en América Latina en esa época?

Por influencia norteamericana, el control de la constitucionalidad estaba muy arraigado en ciertos países latinoamericanos, en forma preponderante, como es el caso de México, Argentina, Brasil, Colombia y el Brasil. En estos casos, existía un desarrollo que había concebido figuras muy interesantes (como el recurso extraordinario en el Brasil y en la Argentina), o el Amparo (en México). Y en Venezuela, como más tarde en Colombia, se llegó, desde fines del siglo XIX, a un control difuso y a un control concentrado, pero al interior del Poder Judicial, y a cargo de la Corte Suprema (experiencias que pudieron haber influido en la élite intelectual y política cubana).

Pero el esquema cubano fue más allá. No sólo tuvo los mismos desarrollos, sino que llegó a crear un sala especial dentro de la Corte Suprema, con muchas de las características del modelo concentrado, que a mayor abundamiento tomó el nombre de un típico modelo europeo, como era el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931), que curiosamente, cuando fue adoptado por los constituyentes en Cuba, la institución ya no existía en España. Esto es, tomaron como modelo algo que había perecido (el Tribunal español quedó paralizado en 1936: tres años después, se instalaría definitivamente el gobierno de Franco, por casi cuarenta años).

Así, primero se encargó al Tribunal Supremo el control de la constitucionalidad, y luego, en 1940, se trasladó esa competencia a una Sala del mismo Tribunal. Con lo cual, la lógica consecuencia hubiera sido que tal Sala hubiera terminado como Tribunal Constitucional independiente (este desarrollo se ve claro en el ejemplo colombiano, que empezó de esa manera, y terminó con una Corte Constitucional en 1991).

Por tanto, el caso cubano se presenta, en 1940, como el primer y más elaborado esbozo de modelo concentrado en América Latina, a través de una sala constitucional y bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Años después, el Ecuador, en su Constitución de 1945, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero lo hizo como un órgano consultivo, que se limitaba a hacer recomendaciones, pero que al final no decidía nada. Al año siguiente, la Constitución de 1946 lo derogó, y tal derogación se mantuvo hasta 1967, en que la Constitución de ese año, restableció el Tribunal con similares atribuciones. Volvió a aparecer en la Constitución de 1978, en vigencia desde 1979, en forma por demás tímida, y que tuvo diversos vaivenes, que aquí no vale la pena reseñar (en rigor, tan sólo en 1996 el Tribunal

Constitucional ecuatoriano adquiere la calidad de tal, y así lo confirma la vigente Constitución de 1998).

Más bien, en 1965 se crea la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, que, en puridad, es el primer tribunal constitucional que se crea en América Latina, bajo la inspiración del modelo europeo.

Pero el modelo guatemalteco tenía funciones limitadas y era por demás endeble, y sólo se reunía esporádicamente, de vez en cuando, y sólo si existían causas que resolver. Por tanto, tenía períodos prolongados de inactividad. Además, sus miembros eran los mismos jueces de carrera del Poder Judicial, provenientes en parte de la Corte Suprema y en parte de otras instancias. Tan sólo en 1985 con la Constitución de ese año, la Corte de Constitucionalidad, adquirirá el perfil de un verdadero tribunal constitucional.

En Chile en 1970, se creó un Tribunal Constitucional de muy corta vida (1970-1973), pero muy limitado, y casi sin competencias. Reapareció en la Constitución de 1980, si bien con un perfil muy similar y así se mantiene hasta ahora.

En el Perú, por el contrario, la Constitución de 1979 crea, siguiendo el modelo español, el Tribunal de Garantías Constitucionales, como ente autárquico y al margen del Poder Judicial, que ha tenido una evolución interesante. Y que en rigor, es la primera vez que en América Latina se da el modelo concentrado en su mejor expresión. Que luego, otros han seguido.

Por tanto, el itinerario del modelo concentrado en América Latina, podría esquematizarse de la siguiente manera:

- a) Antecedentes en la experiencia colombiana y venezolana (siglo XIX).
- b) Perfiles bastantes definidos en el caso cubano que se inicia en 1903 y plasma en 1940 (creación de la modalidad de la Sala Constitucional, que otros países han seguido).
- c) Primer caso de modelo europeo de tribunal, en Guatemala y en 1965.
- d) Primer caso de modelo europeo, *stricto sensu*, en la Constitución peruana de 1979 (y que continúa la vigente Constitución de 1993).

Todo esto, considerado dentro de un gran conjunto, representa, parafraseando a Grant, la contribución modesta pero interesante, que hace la América Latina a la teoría del control de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

La historia de Cuba debe entenderse, en un primer momento, dentro del gran escenario de la historia de la América española, primero, y la América independiente después. Cuba fue prácticamente la primera tierra que los españoles conocieron al descubrir el Nuevo Mundo, y la última que abandonaron, en 1898. Panoramas generales son, entre otros, los siguientes: Carlos Pereyra, *Historia de la América española*, 8 volúmenes, Madrid 1920-1926 y su posterior síntesis *Breve historia de América*, Aguilar editor, Madrid, 1930; hoy ediciones posteriores; también en Edit. Zig-Zag, Santiago (Chile), varias ediciones; Luis Alberto Sánchez, *Historia general de América*, 3 tomos, Emisa, Lima 1987 y la versión resumida del mismo autor, *Breve historia de América* Edit. Losada, Buenos Aires 1965 (con numerosas reimpresiones); Salvador de Madariaga, *El auge y el ocaso del imperio español en América*, Edic. Espasa - Calpe, Madrid 1979;

Tulio Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Editorial, Madrid 1972; Juan Vicens Vives (director), *Historia social y económica de España y América*, Libros Vicens-Bolsillo, Barcelona 1982, en especial el tomo V que trata los siglos XIX y XX en América independiente; F. Chevalier, *América Latina, de la independencia a nuestros días*, FCE, México 1999; Germán Arciniegas, *Biografía del Caribe*, Edic. Libro Libre, San José 1986; Oliver Dabéne, *América Latina en el siglo XX*, Editorial Síntesis, Madrid 2000; Pierre Chaunu, *Historia de América Latina*, EUDEBA, Buenos Aires 1994; Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin America*, Penguin Books, London 1992 (trae un interesante capítulo sobre Cuba).

Desde un punto de vista institucional y político; cf. Jacques Lambert, *América Latina*, Edit. Ariel, Barcelona 1972; Manuel Fraga Iribarne, *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962 (2da. ed. 1971); Luis Sánchez Agesta, *La democracia en Hispanoamérica*, Edic. Rialp, Madrid 1987; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991; Manuel Alcántara, *Sistemas políticos de América Latina*, Edit. Tecnos, Madrid 1999, 2 vols.

Sobre Cuba; vid. Antonio Bachiller y Morales, *Cuba, monografía histórica*, La Habana 1952; J. Le Riverend, *Breve historia de Cuba*, Edit. Ciencias Sociales, La Habana 1997; Oscar Pino-Santos, *Historia de Cuba*, Edit. Nacional de Cuba, La Habana 1964; José Canton Navarro, *Cuba, el desafío del yugo y la estrella*, Edit. Simar, La Habana 1996; L.A. Pérez, *Cuba: between reform and revolution*, Oxford University Press, N.Y. 1995; T.Szulc, *Cuba: de la utopía al desencanto*, U.A. del Estado de México, México 1993; Fernando Portuando, *Historia de Cuba*, Ed. Minerva, La Habana 1950 (a partir de la sexta edición de 1965, que tiene varias reimpressiones, se elimina la parte posterior a 1898); Hugh Thomas, *Cuba, or the pursuit of freedom*, Da Capo Press, New York 1998 (hay versión castellana, cubre desde 1762 hasta 1968). El *Manual de la historia de Cuba* de Ramiro Guerra y Sánchez, cuya última edición es de 1938, pero que ha sido reimpresso numerosas veces, es el clásico en la materia (el mismo Guerra, conjuntamente con otros estudiosos, han publicado una completa *Historia de la nación cubana*, en diez volúmenes, en La Habana 1952, de gran interés, pero desigual). De gran utilidad, cf., Leslie Bethell, ed. *Cuba: a short history*, Cambridge University Press, N.Y. 1998 (selección de los capítulos pertinentes de la Cambridge History of Latin America, a cargo de Hugh Thomas, Luis E. Aguilar, Lous A. Perez Jr. y Jorge Domínguez). Panoramas sobre los aspectos jurídicos en general; cf. Julio A. Carreras *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Edit. Ministerio de Educación Superior, La Habana 1981; José L. Escasena *La evolución de la legalidad en Cuba*, Edit. de Ciencias Sociales, La Habana 1990.

Para la parte documental, cf. Andrés María Lazcano y Mazón, *Las Constituciones de Cuba*, Edic. Cultura Hispánica, Madrid 1952 (con prólogo de Manuel Fraga); Academia de la Historia de Cuba, *Constituciones de la República de Cuba* (edición facsimilar), La Habana 1952; Andrés María Lazcano y Mazón, *Constituciones políticas de América*, 2 tomos, Edit. Cultural, La Habana 1942 (en especial el tomo 1). La Ley Fundamental de 1959 se encuentra en Juan Ovidio Zavala *Las Constituciones vigentes*, Editorial Perrot, tomo I (América), Buenos Aires 1961.

Sobre los antecedentes en materia de control; cf. Angel C. Betancourt, *Recurso de Inconstitucionalidad*, Imp. y Papelería de Rambla, Bouza y Co; La Habana 1915; Carlos M. Piedra y Piedra, *La Constitución y el Tribunal Supremo*, Cultural S.A., La Habana 1951. Sobre el texto de 1940; cf. Andrés M. Lazcano y Mazón, *Constitución de Cuba*

(con los debates sobre su articulado y transitorias en la Convención Constituyente), 3 tomos, Cultural S.A, La Habana 1941; complementado por el mismo autor con su *Diccionario de la Constitución*, Cultural S.A., La Habana 1941 (trae el texto oficial e índices para el manejo de los tres tomos); Eloy G. Merino Brito *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Ed. Cultural S.A., La Habana 1938.

Sobre la Constitución de 1940; cf: Gustavo Gutiérrez Sánchez, *Constitución de la República de Cuba*, Editorial Lex, La Habana 1941; Juan J.E. Casaus *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, Edit. Cultural, La Habana 1946; Emilio Menéndez Menéndez, *La nueva Constitución cubana y su jurisprudencia (1940-1944)*; Jesús Montero editor, La Habana 1945; Joaquín López Montes *El mecanismo de defensa de la Constitución en México y en Cuba*, UNAM, México 1965; Mario Nin y Abarca, *El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940* en *Revista Cubana de Derecho*, nº IV, octubre-diciembre de 1941; y Emilio Menéndez, *El Poder Judicial y la Constitución*, en *Comparative Juridical Review* vol 2, 1965 (un gran panorama, que analiza la experiencia cubana a esa fecha, por quien había sido presidente del Tribunal Supremo de Cuba). Sobre la problemática reciente, véase la revista *El otro Derecho*, Bogotá, Nº 2, 1994 (íntegramente dedicada a Cuba, con colaboraciones de diversos autores.)

Como información válida al momento en que se sanciona la Constitución de 1940, cf. *Cuba en la mano*, Enciclopedia Popular Ilustrada, E.R.O. La Habana 1940.

El texto de Andrés M. Lazcano y Mazón *Las Constituciones de Cuba* (1952), cit; ofrece en su estudio preliminar un gran recorrido histórico-constitucional. El libro fundamental en este punto es el de Ramón Infiesta *Historia constitucional de Cuba*, Cultural S.A., La Habana 1951. Con posterioridad, esa línea no ha sido continuada; cf. con todo, Juan Vega *Cuba, su historia constitucional*, Ediciones Endymion, Madrid 1997 (este libro, escrito por un profesor de la Universidad de La Habana, no obstante alguno datos de utilidad, es sobre todo una obra de propaganda).

Sobre el control de constitucionalidad, es clásico el libro de James A.C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Una contribución de las Américas a la Ciencia Política)*, UNAM, México 1963. Véase además; cf. Francisco Fernández Segado *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo 2000; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coord.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit Dykinson et alter, Madrid 1998; Héctor Fix-Zamudio *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, (1940-1965)*, UNAM, México 1968 y *Protección jurídica de los derechos humanos*, Edic. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999; así como el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” (4 números, 1997-2000) y el “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” (6 números, 1995-2000).

Un tema interesante, pero colateral, es la institución del Amparo en Cuba, que curiosamente se ha mantenido hasta el día de hoy en su vieja matriz hispánica, como un típico instrumento civil, de carácter interdictal, para defender la propiedad. A diferencia de México, que supo evolucionar del Amparo colonial al Amparo moderno que todos conocemos, y que tanta influencia ha tenido, Cuba ha conservado el Amparo en su versión tradicional, no obstante que muchos de sus juristas, entusiasmados por el amparo mexicano y centroamericano, han propugnado su modernización (cf. Cecilio A. Caneda Acosta *El Amparo y su jurisprudencia*, Cultural S.A., 2da edición, La Habana 1953). Pero el Habeas Corpus, de origen sajón, fue introducido como consecuencia de la ocupación norteamericana en 1898, y se mantiene con esas características hasta nuestros

días. Sin embargo, se ha sostenido que el Habeas Corpus es en la Cuba actual una pieza de museo, y supérstite de la legalidad burguesa, ya que dentro del régimen socialista no existen detenciones arbitrarias (cf. Jorge Bodes Torres, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Edit. de Ciencias Sociales, La Habana 1996, pág. 212 y ss).

La experiencia cubana, fue bien conocida en el resto de la América Latina, y también en España, como puede verse, entre otros, en los siguientes libros: A. Jorge Alvarado *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Edit. Reus, Madrid 1920 y Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Edit. Espasa- Calpe, Madrid 1934 (ambos incluyen en el apéndice la pionera ley cubana de 1903).

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Edgar Carpio Marcos
Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Lima

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de aceptarse la enorme relevancia del reglamento parlamentario en el proceso de elaboración de las leyes¹, existen serias resistencias, especialmente en la jurisprudencia constitucional comparada², para admitirla entre las normas que conforman el parámetro de control en la acción abstracta de inconstitucionalidad.

Desde luego, distintas son las razones que se han esgrimido para justificar tal rechazo. Y aunque muchas veces estos planteamientos obedecen al tratamiento realizado con el reglamento parlamentario en cada sistema constitucional, normalmente el debate suele plantearse a partir de cuestiones tales como su naturaleza y la posición que ocupa entre las demás fuentes del derecho³.

Según el primer punto de vista, el reglamento sólo estaría en capacidad de integrar el canon de control a condición que se acepte su status de fuente formal del derecho. En cambio, si sólo se le concibiese como una norma interna, corporativa o estatutaria, entonces no estaría en capacidad de establecer límites y condiciones al legislador, ya que no tratándose de un acto legislativo del Estado, su infracción no podría sustentar una sanción de invalidez formal.

Según el segundo, es preciso, además, que ocupe el mismo rango de las fuentes primarias, pues si se tratase sólo de una fuente secundaria, esto es, una norma subordinada a la Constitución y a la ley, entonces cualquier transgresión del reglamento resultaría irrelevante, en tanto que la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la infracción de una norma jerárquicamente inferior.

Por cierto, no son los únicos argumentos que se han tejido para desplazar del parámetro al reglamento parlamentario. Aunque aquí no vayamos a detenernos en este aspecto, hay quienes sugieren que las transgresiones al Reglamento no son susceptibles de con-

1. CRISAFULLI, Vezio, "Giustizia costituzionale e potere legislativo" en *Diritto e Società*, nº 1, 1978, pp. 55-57.

2. Cf. un planteamiento general, válido hasta la década de los ochenta, en Stefano María CICCONE, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania Federale, Italia)*, CEDAM, Padova 1979. Últimamente, dentro de un contexto general, Eliseo AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona 1998.

3. Cf. SCIORTINO, Antonella, "Brevi note sui regolamenti parlamentari come parametro e come oggetto del giudizio di legittimità costituzionale", en AA. VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino 2000, pp. 567-568.

trol externo (doctrina de los *interna corporis*)⁴, pues de otro modo se podría afectar, y muy sensiblemente, la autonomía del órgano legislativo.

Como podrá observarse, cualquiera sea el frente del que se trate, todas estas posiciones conducen a un mismo fin: negar la capacidad del reglamento parlamentario para fijar límites al legislador en el proceso de producción de las leyes y, por tanto, de integrar el parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, el propósito de este trabajo es ofrecer una visión panorámica de cómo tal problemática puede ser resuelta en el ordenamiento peruano, teniendo en cuenta cómo se ha encarado tal tópico en el derecho comparado.

II. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO?

El origen del problema acerca del *valor* del reglamento parlamentario o, lo que es lo mismo, su naturaleza jurídica⁵ se retrotrae a la experiencia constitucional inglesa⁶, de donde es oriunda la institución parlamentaria⁷. Como se sabe, el derecho parlamentario es fruto de la formulación teórica y práctica en torno a los privilegios parlamentarios, esto es, de las garantías que, a modo de *lex privata* y a golpe de costumbres, a lo largo de siglos se rescata con el objeto de asegurar, por un lado, el normal y autónomo desenvolvimiento de las cámaras; y, de otro, la libertad de acción de sus miembros, previniéndose a su favor un régimen jurídico singular, compatible con “la naturaleza de la institución y necesaria para que llene cumplidamente sus fines”⁸.

4. Cf., FLORIDIA, Giuseppe, y SORRENTINO, Federico, “Interna corporis”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, 1989, pp. 1 y ss. También, TORRES MUÑOZ, Ignacio, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 43, Madrid 1995, pp. 51 y ss. ESPOSITO, Carlo, *La validità delle leggi (Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale)*, Giuffrè editore, Milano 1964 (ristampa inalterata della edizione del 1934), pp. 296 y ss. VIRGA, Pietro, “Sindacato sugli ‘interna corporis’ e poteri di indagine della Corte Costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pp. 994 y ss.

5. La bibliografía en torno a la naturaleza del reglamento parlamentario es abundante. Sin perjuicio de la que más adelante se cite: ROMANO, Santi, “Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari”, en *Scritti Minori*, vol. I (Raccolti e pubblicati a cura di ZANOBINI, Guido, premesso un discorso commemorativo di Vittorio ORLANDO, Emmanuele, ristampa dell’edizione del 1950), Giuffrè Editore, Milano 1990, pp. 261 y ss. GARCÍA DE ITURROSPE, Coro Cillán, “Teoría general sobre la naturaleza de los reglamentos parlamentarios”, en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Cortes Generales, Madrid 1985, pp. 355 y ss. En este mismo volumen, MANZELLA, Andrea, “Diritto Parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro costituzionale” (p. 21-34). *Ibidem*, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 23 y ss.

6. Un panorama de lo que sucede en Inglaterra y, en general, en los países anglosajones, en Giuseppe FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè Editore, Milano 1986, p. 2-33. Sobre la problemática que aquí se pretende abordar, GROGAN, John, “Note sul sindacato giurisdizionale degli atti del Parlamento nei paesi anglosassoni”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, Giuffrè editore, 1959, pp. 218 y ss.

7. Por lo demás, “...El vastísimo debate doctrinal que desde inicios del ochocientos se desarrolla sobre la materia está caracterizada por radicales disensos, también sobre los más esenciales aspectos del reglamento parlamentario, que, como ha escrito no sin ironía ARNDT, K.F., ha experimentado toda calificación imaginable (hat dabei jede denkbare Qualifikation erfahren)”. FLORIDIA, Giuseppe, y SORRENTINO, Federico, “Regolamenti Parlamentari”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 1.

8. TORRES DEL MORAL, Antonio, “Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 10, Madrid 1986, p. 11.

Estas costumbres, cuya data de aparición es incierta, hasta bien entrado el siglo XIX básicamente descansó en una tradición no escrita. Por ello, cuando la concepción inglesa del derecho parlamentario se trasladó al derecho continental, los primeros esfuerzos destinados a esclarecer la naturaleza del reglamento parlamentario culminaron en la tesis de que éste constituiría un conjunto de convenciones y prácticas, con los alcances propios de toda fuente consuetudinaria: “criterios de cortesía y ceremonial no obligatorios”, sin valor jurídico alguno, pues así como puede “mantenerse en cien casos” (puede) no aplicarse en el siguiente”⁹.

Tal criterio, pese a la actual tendencia de codificar en un documento escrito las normas que regulan a la institución parlamentaria, no necesariamente ha culminado con su abandono¹⁰. A partir del carácter *instrumental* del reglamento, que en el plano de la *praxis* parlamentaria se materializa en la flexibilidad de algunas de sus disposiciones (esto es, la existencia de prácticas, acuerdos y decisiones adoptadas al lado y, muchas veces, en superposición a sus normas), cierto sector de la doctrina ha concluido en negarle la condición de una auténtica norma. Desde esta perspectiva, si las disposiciones del reglamento pueden no observarse y no existe sanción alguna, antes bien, cierta justificación derivada de la posición del Parlamento entre los demás poderes públicos; entonces, la capacidad de obrar como una norma sobre la producción jurídica se presentaría sino desprovista de sentido, al menos de manera bastante limitada¹¹.

A similar conclusión llegan quienes sostienen la tesis de que el reglamento es una norma *interna, estatutaria o autonómica*¹². Según este planteo, el reglamento no sería más que un derecho de emanación propia, integrada por normas producidas por las mismas cámaras, sin la intervención de los otros poderes, fundada no sobre una posición de autonomía del órgano sino simplemente por un *natural poder auto-organizador*¹³. En la medida que su ámbito de aplicabilidad no se extiende más allá del fuero parlamentario, a juicio de algunos, éste no podría considerarse como un *acto legislativo estatal*, esto es, una norma que integra el ordenamiento jurídico. Por el contrario, se trataría de una manifestación de *derecho corporativo o estatutario*¹⁴, semejante al que crean las personas jurídicas de derecho privado y, en esa medida, incapaz de servir al Tribunal Constitucional para juzgar si su transgresión puede culminar con la declaración de inconstitucionalidad formal.

Por cierto, el problema de la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario no ha estado ausente del debate en la jurisprudencia constitucional, como antes se ha dejado entrever. Resabios de ella se encuentra, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, una de cuyas primeras sentencias (en concreto la N° 27, de 1952) llegaría a sostener que, tratándose de la inconstitucionalidad formal de la ley, el parámetro no comprende a otras disposiciones del reglamento parlamentario que no

9. PÉREZ SERRANO, Nicolás, “Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario”, originalmente publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, n° 105, Madrid 1960, ahora reproducido en sus *Escritos de Derecho Político*, T. 2, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984, pp. 987 y ss, por donde se cita; en particular, p. 1022.

10. Sobre los problemas y limitaciones de trasladar la concepción inglesa del derecho parlamentario al derecho continental, Cf. FLORIDIA, Giuseppe y SORRENTINO, Federico, “Regolamenti Parlamentari”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 3-4.

11. Cf. MANETTI, Michela, “Regolamenti parlamentari”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè editore, Milano 1988, pp. 659-668.

12. MANETTI, Michela, “Regolamenti parlamentari”, *cit.*, pp. 661-662.

13. FLORIDIA, G., y SORRENTINO, F., “Regolamenti parlamentari”, *cit.*, p. 6.

14. TORRES DEL MORAL, Antonio, “Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios”, *cit.*, p. 10.

sean, a su vez, reproducción de preceptos constitucionales, pues de conformidad con la Ley Fundamental de Bonn el reglamento no es más que un *estatuto autónomo*¹⁵.

En conclusión, según este modo de entender las cosas, el reglamento parlamentario no es una fuente formal del derecho, ya sea porque se trata de una norma interna, ya porque carece de fuerza normativa. Y porque no lo es, su infracción no puede culminar en una sanción de invalidez en sede de la justicia constitucional. Ni el Parlamento tiene en el reglamento una norma que, al tiempo de regularlo, limite su actividad ni, después de todo, el ordenamiento capacidad para exigir externamente (*rectius*: jurisdiccionalmente) el cumplimiento de esas disposiciones.

III. LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin embargo, la posibilidad de que el reglamento parlamentario funja como norma paramétrica en la acción abstracta de inconstitucionalidad no sólo se ha ligado a la problemática en torno a su naturaleza jurídica. La antes citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán, además, ha dejado entrever la necesidad de que éste ocupe una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico; en concreto, la condición de fuente primaria¹⁶.

Según el mismo Tribunal¹⁷, dado que el reglamento del *Bundestag* constituye un estatuto autónomo, “de tal naturaleza jurídica... se deriva que se encuentra en un grado inferior a la Constitución y a la ley”; o, lo que es lo mismo, que la autorización al *Bundestag* para darse su propio reglamento, prevista en el artículo 40 de la Ley Fundamental de Bonn, “vale sólo en el respeto de la Constitución y de las leyes”¹⁸.

De este modo, una violación del reglamento parlamentario sólo devendría relevante en aquellos casos en que la infracción del procedimiento legislativo constituya, al mismo tiempo, transgresión de una disposición constitucional pero no en los demás casos, presupuesto su carácter de norma subordinada a la ley.

Desde luego, detrás de esta formulación, subyacen vestigios de legitimidad del viejo Estado liberal de Derecho y de sus instituciones, en particular, aquélla que hacía de la ley formal la norma central del ordenamiento y, al mismo tiempo, condenaba a las demás fuentes a un nivel inferior. No teniendo el reglamento la condición de un *acto legislativo estatal*, aún cuando se pudiese tratar de una norma elaborada por el Congreso,

15. La cita en el texto de la jurisprudencia constitucional alemana, en CICCONE, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, Cedam, Padova 1979, p. 84. En general, puede verse: AA.VV. *Esperienze di giustizia costituzionale*, T.1, (a cura di Luther, Romboli, TARCHI), Giappichelli, Torino 2000, en particular, pp. 171 y ss. Cf., asimismo, la contribución de WEBER, Albrecht en el libro colectivo dirigido por AJA, *Eliseo Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona 1998, pp. 53 y ss.

16. Cf., CICCONE, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, citado, pp. 91 y ss. “La insindacabilità dei regolamenti parlamentari”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, pp. 1411 y ss., en particular, pp. 1421 y ss.

17. CICCONE, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, citado, p. 84.

18. Tendencia, por cierto, que se mantiene invariablemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Cf., DE BERNARDIN, Lucia, “La giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* e del *Bundesverfassungsgericht* in tema di regolamenti parlamentari”, en *Diritto e Società*, n° 3, 2001, pp. 453-456.

o por cualquiera de sus cámaras (tratándose de Parlamentos bicamerales), su posición no puede ser sino la de un nivel inferior a la ley. Después de todo, en su esclarecimiento, ayudaba incluso su *nomen iuris*: se trataba de un *¡reglamento!*.

IV. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho

Por cierto, la tesis de que el reglamento parlamentario no constituye una fuente formal del derecho, ya sea porque se trata de una norma cuyas disposiciones son más o menos flexibles, ya porque se trata en esencia de una norma interna, no parece ser plausible en el Estado Constitucional de Derecho¹⁹.

En primer lugar, la mayor o menor flexibilidad de las disposiciones del reglamento parlamentario o, a su turno, las de otras fuentes, no entraña un problema estructural que termina por negar su condición de fuente formal del derecho. Afecta, por cierto, al plano de su eficacia, que es, ciertamente, una cuestión distinta.

En segundo lugar, como tempranamente argumentara Jellineck²⁰, el Parlamento no es una corporación ni las disposiciones del reglamento parlamentario únicamente regulan la vida interna de las cámaras. El Parlamento es un órgano constitucional y, como tal, se encuentra vinculado a la Constitución. No se trata de un órgano autárquico ni tampoco de un órgano *independiente*, en el sentido que sea soberano. Goza de autonomía, que no es lo mismo, lo que le permite regular las condiciones de su organización y funcionamiento así como el *status* jurídico de sus miembros²¹. Se trata de una autonomía, por cierto, singular, ya que a diferencia de otros órganos constitucionales, igualmente autónomos, las cámaras y el Parlamento pueden autoregularse mediante sus reglamentos sin que quepa interferencia de algún otro poder público²². Pero de ello no se puede concluir que el reglamento constituya un cuerpo de normas internas separadas del ordenamiento jurídico estatal.

Y es que en el Estado constitucional un acto legislativo tiene la condición de fuente formal del derecho, sólo si tal condición se la ha otorgado la Constitución y no porque su ámbito de aplicación sea más o menos extenso²³. Como afirmara Vezio Crisafulli²⁴,

19. FLORIDIA, Giuseppe, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè editore, Milano 1986, *passim*. GALEOTTI, Serio, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè editore, Milano 1985, (Ristampa inalterata del 1957).

20. Cf. FLORIDIA, Giuseppe y SORRENTINO, Federico, "Regolamenti parlamentari", *cit.*, pp. 4-5.

21. Al respecto, ÁLVAREZ CONDE, Enrique y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, "Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional", en AA.VV. *Parlamento y justicia constitucional* (Francesc Pau i Vall, coordinador), Aranzadi, Barcelona 1997, pp. 41 y ss. CANO BUESO, Juan, "El principio de autonormatividad de las cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario", *cit.*, pp. 85 y ss.

22. Cf. MIDIRI, Mario, "Sull'autonomia organizzativa degli organi costituzionali: la prassi recente" en *Diritto e Società*, n° 3, 2000, pp. 435 y ss.

23. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino 1998, pp. 196 y ss. PALADIN, Livio, *Le fonti del diritto nel diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 367 y ss. PIZZORUSSO, Alessandro *Delle fonti del diritto*, Zanichelli-El Foro Italiano, Bologna-Roma 1977, pp. 403 y ss.

24. CRISAFULLI, Vezio, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960, p. 775.

no son razones lógicas o cuestiones inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, los que hacen que éstos sean considerados como fuentes del derecho, sino porque así lo dispone, de una vez por todas, el ordenamiento jurídico, en base a una decisión de naturaleza esencialmente política. Por ello, siguiendo a Carlos Alfonso Pinazo²⁵, puede afirmarse que el reglamento parlamentario es una auténtica norma, "...dotada de juridicidad como consecuencia de ser el producto de la actividad normativa de un poder del Estado con facultades a tal fin expresamente reconocidas en el texto constitucional. Por esto, el reglamento encuentra su justificación no ya únicamente en la teorización de la autonomía parlamentaria sino sitúa su justificación jurídica en ser una norma directamente vinculada a la Constitución por expresa previsión de ésta".

2. El reglamento parlamentario como fuente primaria

Tampoco parece ser plausible asignar al reglamento parlamentario, más allá del debate en torno a su naturaleza jurídica, la condición de fuente secundaria, esto es, una norma que se halla por debajo de la Constitución y la ley.

En efecto, en la mayoría de ordenamientos constitucionales, el reglamento parlamentario es una norma prevista y disciplinada directamente por la Constitución, por lo que sólo se encuentra subordinada a ella. Ese es el caso de la Constitución peruana de 1993, cuyo artículo 94 establece que "El Congreso elabora y aprueba su reglamento". En ese sentido, sus relaciones con las demás fuentes, también creadas y disciplinadas directamente por la Constitución, deben de articularse no sobre el principio de jerarquía, sino sobre el principio de competencia.

La articulación bajo el principio de competencia supone la existencia de dos o más fuentes del mismo rango, a cada una de las cuales la Constitución ha instituido en su favor una reserva de competencia normativa. "En virtud de tal *reserva de reglamento*, la materia en cuestión (...) no puede ser disciplinada por alguna otra fuente (con la sola excepción, se entiende, de las leyes de reforma constitucional). En particular, la ley está prohibida de disciplinar el procedimiento de aprobación de ella misma"²⁶.

Los alcances de la materia reservada a favor del reglamento parlamentario es variable, pues depende de lo que a este respecto cada Constitución haya establecido: ¿sólo reserva para disciplinar el procedimiento legislativo o también para la regulación de la organización y funcionamiento del Congreso -y de sus cámaras, si ese fuera el caso?

Pero lo que es indudable es que habiéndose previsto directamente por la Constitución y reservado la regulación de (algún aspecto de) la materia parlamentaria, el reglamento no se encuentre subordinado a la ley²⁷. Y es que, como ha recordado Ignacio de Otto,

25. DE ALFONSO PINAZO, Carlos, "El tratamiento del Tribunal Constitucional a las denominadas normas interpretativas y supletorias del reglamento parlamentario", en AA.VV., *Parlamento y justicia constitucional*, Edit. Aranzadi 1997, p. 398.

26. GUAISTINI, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè editore, Milano 1998, p. 628. MANZELLA, Andrea, *Il Parlamento*, citado, pp. 20 y ss. TOSI, Silvano, *Derecho Parlamentario*, PORRÚA, Miguel Angel, México 1996, pp. 76 y ss.

27. Precisamente en estos argumentos se ha basado las duras críticas que cierto sector de la doctrina italiana ha realizado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y es que si las relaciones entre ley y reglamento parlamentario no se resuelven bajo los alcances del principio de jerarquía, sino por el de competencia, entonces es irrelevante, *prima facie*, cuál sea la posición del reglamento en el ordenamiento, en orden a considerar si éste integra o no el parámetro de control. Y es que no porque el reglamento parlamentario (si ese fuera el caso) se ubique entre las fuentes secundarias, por ello adolece de la capacidad para establecer condiciones y límites al pro-

mediante el principio de competencia el ordenamiento constitucional establece “los terrenos dentro de los cuales puede un sujeto crear válidamente derecho, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera del campo así acotado son nulas”²⁸.

En definitiva, el reglamento parlamentario es una fuente primaria porque la Constitución la ha creado directamente y sólo se encuentra subordinada a ella.

V. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Por cierto, la polémica sobre si el reglamento parlamentario es o no una fuente formal del derecho y cuál sea la posición que ocupe en el sistema normativo, es un tópico que no ha suscitado mayores problemas en el ordenamiento peruano²⁹. Se trata, en efecto, de un tema resuelto por la propia Constitución de 1993, que la ha calificado como una *norma con rango de ley* (inciso 4º del artículo 200).

Formalmente, en efecto, al tiempo de establecerse que el reglamento parlamentario ocupa el mismo nivel de las fuentes primarias -esto es, se trata de una norma con rango de ley y, por tanto, sólo sometida a la Constitución-, la Norma Suprema resuelve implícitamente lo concerniente a su naturaleza jurídica, ya que la considera como *una* de las fuentes que integran el ordenamiento jurídico estatal y no, por cierto, que sólo se trata de una ordenación interna del Parlamento.

En ese sentido, ninguna consecuencia cabe inferirse del hecho que la Constitución la denomine *reglamento*. Se trata de una norma singular, *sub specie juris*, cuyo *nomen* se deriva de la propia Norma Suprema y, como tal, es distinta de las demás fuentes creadas por ella. De ahí que su comprensión no puede intentarse a partir de la estructura, ámbito de aplicación e incluso procedimiento de aprobación a los que se encuentran sujetas las demás fuentes primarias del ordenamiento, ya que ninguna de ellas puede comprenderse en relación a las demás, sino en cuanto a sus propias características constitucionalmente establecidas.

Se trata de una fuente cuyo ámbito material de regulación no es libre, sino restringida a la regulación de una materia específica, la que tiene que ver precisamente con la *materia parlamentaria*, es decir, con la organización, funcionamiento, recursos y estatuto jurídico de los miembros del Congreso. Por ello ninguna otra fuente, así sea de origen parlamentario, puede válidamente regular aquellas materias que la Constitución le ha reservado³⁰. Sin embargo, de ello no se desprende, como ha afirmado Ramón Punset,

ceso de producción legislativa; ya que tal capacidad -que no la tienen necesariamente todas las fuentes primarias, como veremos más adelante- se deriva del reenvío que una norma constitucional realiza. Por otro lado, no ha escapado tampoco a la doctrina que argumentos de esa naturaleza, destinados a preservar la autonomía parlamentaria en la vieja concepción decimonónica, puede terminar ocasionando perjuicios más graves que aquellos que se buscan preservar. En particular, el que se deriva de la posibilidad de admitir, bajo tal criterio, que temas propios del reglamento parlamentario terminen siendo regulados por normas que formalmente ocupen el rango de la ley (caso de los decretos legislativos, por ejemplo). Cf., CICCONE, Stefano María, *ob. cit.*, pp. 78 y ss.

28. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona 1997, p. 87.

29. GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, T. 2, Lima 1998, pp. 292-293. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T.4, PUCP, Lima 1999, p. 91.

30. Sobre el principio de competencia, a parte de la literatura ya citada, puede verse: SORRENTINO, Federico, *Le Fonti del Diritto*, ECIG, Genova 1999, pp. 16 y ss. MODUGNO, Franco, “Fonti del Diritto (gerarchia delle)”, *Enci-*

“superioridad formal alguna de los reglamentos parlamentarios frente a la eventual norma invasora, sino, simplemente, inferioridad de esta última respecto de la Constitución, que es quien ha establecido la reserva”³¹.

Por cierto, de tal reserva en favor del reglamento se deriva, también, el carácter vinculante de sus disposiciones, no sólo en relación al mismo Parlamento, que de esta forma queda limitado por la Constitución y su reglamento, sino también más allá de su fuero natural, trascendiendo por tanto al ámbito parlamentario³². Según Pizzorusso³³ tal eficacia externa del reglamento resulta “no sólo de la circunstancia que las disposiciones del reglamento parlamentario regulan a diversos sujetos que no son órganos de las cámaras que la han adoptado... sino también del hecho que las normas procedimentales allí establecidas regulan la formación (y, por tanto, inciden sobre la validez) de actos destinados a proyectar sus efectos en las relaciones de todos los ciudadanos”³⁴.

Por otro lado, la Constitución peruana también señala que el reglamento parlamentario tiene *fuerza de ley* (art. 94). En el constitucionalismo decimonónico, la expresión *fuerza de ley* denotaba dos características bien marcadas³⁵. A saber: a) una fuerza activa, traducida en la capacidad de innovar el ordenamiento jurídico estatal; y, b) una fuerza pasiva, esto es, capacidad para resistir frente a normas secundarias, en tanto que por encima de la ley no había norma distinta a la Constitución.

Según Ramón Punset, en la medida que las relaciones entre Ley y reglamento parlamentario no se articulan bajo los alcances del principio de jerarquía, sino por el principio de competencia, la expresión *fuerza de ley* es superflua³⁶, ya que entre ellas no existe ni fuerza activa ni fuerza pasiva. Sin embargo, aquello no quiere decir que tal caracterización carezca de significado. Sus consecuencias se proyectan sobre las demás normas del ordenamiento parlamentario, cuya creación regula precisamente el reglamento.

Desde esta perspectiva, la fuerza de ley del reglamento parlamentario impide que éste pueda ser alterado por actos o normas secundarias de origen parlamentario, esto es, de jerarquía inferior (como pueden ser los acuerdos de la mesa directiva, las resoluciones del Presidente, etc.), en tanto que sus disposiciones son capaces de resistir modificaciones y derogaciones provenientes de fuentes subordinadas. Y, de otro, que la capacidad para innovar el ordenamiento parlamentario -con excepción de las leyes de reforma constitucional-, sólo puede realizarse mediante el reglamento.

clopedia del Diritto, Aggiornamento, Giuffrè editore, Milano 1997, pp. 567 y ss. CELOTTO, Alfonso “Coerenza dell’ordinamento e soluzione delle antinomie nell’applicazione giurisprudenziale”, en MODUGNO, Franco *Appunti per una Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli editore, Torino 2000, p. 218.

31. PUNSET, Ramón, *Las Cortes Generales*, CEC, Madrid 1981, p. 93.

32. Sobre el carácter externo del reglamento parlamentario, PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle fonti del diritto*, citado, p. 406.

33. PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 409.

34. Aunque con referencia a la Constitución de 1979, pero cuya argumentación puede, en líneas generales, trasladarse para explicar la situación en la Carta del 93, sobre el valor externo de las normas del reglamento parlamentario a propósito de las comisiones de investigación parlamentaria, puede verse: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “Las comisiones de investigación parlamentaria: alcances, atribuciones y funcionamiento”, en el libro del mismo autor, *Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. Los retos de una democracia insuficiente*, CAJ, Lima 1990, pp. 255 y ss.

35. Cf., al respecto, RUBIO LLORENTE, Francisco, “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, en AA.VV., *Las fuentes del derecho*, Universitat de Barcelona, Barcelona 1983, pp. 31 y ss.

36. PUNSET, Ramón, *Las Cortes Generales*, citado, p. 94. V., también: CUOCOLO, Fausto, “Gli atti dello stato aventi `forza di legge””, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Año XI, 1961, p. 97-198, así como el trabajo de LLORENTE, Rubio, citado en la nota 34.

En definitiva, en cuanto fuente primaria, el reglamento parlamentario goza de la misma fuerza pasiva que cualquier otra fuente de su mismo rango, lo que se traduce en la capacidad para resistir derogaciones o modificaciones de fuentes (parlamentarias) de jerarquía inferior. A su vez, su fuerza activa, esto es, su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico se encuentra limitada constitucionalmente al ámbito que se le ha reservado, a saber, el que se desprende de la organización del Parlamento y la regulación del *status* jurídico de sus miembros.

VI. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL

Sin embargo, la eventual capacidad del reglamento parlamentario para integrar el parámetro de control no depende ni de la posición que la Constitución le asigne en el ordenamiento ni sobre las resultas del debate en torno a su naturaleza jurídica. Radica, por un lado, en el papel que la misma Constitución le asigna en el proceso de formación de las fuentes de origen parlamentario y, de otro, en la necesidad de garantizar principios y valores constitucionales insertos detrás de la regulación del procedimiento legislativo³⁷.

Según el primero, el reglamento parlamentario integra el parámetro de control constitucional sólo si la misma Constitución lo autoriza, explícita o implícitamente. Según el segundo, aún cuando no exista remisión constitucional, el reglamento parlamentario debe conformar el parámetro en todos aquellos casos en los que se pone en riesgo los principios constitucionales a los que el procedimiento legislativo y, entre ellos, y esencialmente por infracción del principio democrático³⁸.

Tales planteamientos, desde luego, no son excluyentes. Y es que si bien el primero de ellos obedece a la formulación clásica de la teoría de las normas interpuestas de la doctrina italiana, la segunda no es sino la respuesta a una exigencia derivada de una teoría del control constitucionalmente adecuada a las nuevas demandas de la Constitución de nuestros días³⁹, esto es, a la necesidad de evitar que el control de validez formal de las leyes se realice a espaldas a una concepción sustancial de la Constitución, incluso cuando ella establece los modos cómo debe crearse el derecho⁴⁰.

37. BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, CEC, Madrid 1991, pp. 23 y ss.

38. Sin perjuicio de la ulterior bibliografía que se cite, Cf., ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Edit. Tecnos, Madrid 1990. *Idem*, *La democracia como forma jurídica*, Working paper, Barcelona 1991. *Idem*, "La eficacia del principio democrático", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 24, 1988, p. en particular, pp. 27 y ss. BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang, "La democracia como principio constitucional", en su libro *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2000, pp. 47 y ss. Últimamente, REQUEJO, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Ariel, Barcelona 2000.

39. Alertando sobre la necesidad de revalorar la teoría del procedimiento por uno constitucionalmente adecuado, Cf., GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livrería Almedina, Coimbra 1999, pp. 900 y ss.

40. BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, cit., pp. 51 y ss. Similar tendencia en el plano de la teoría de las normas interpuestas también se ha advertido en cierto sector de la doctrina italiana. Cf., SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, cit., pp. 111 y ss. CARNEVALE, Paolo y CELOTTO, Alfonso, *Il parametro eventuale (Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi)*, Giuffrè editore, Milano 1998, en particular, pp. 119 y ss.

1. El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana

Probablemente sea Italia, uno de los países donde el tema de la parametricidad (o no) del reglamento parlamentario se haya planteado con especial énfasis, en franco diálogo con la tendencia defendida por su más alto tribunal de justicia constitucional. Los debates, que se remontan incluso hasta antes que la *Corte Costituzionale* entrara en funcionamiento, han sido arduos y si hay algo que la caracteriza, ese es que entre el planteamiento mayoritario de la doctrina y la respuesta brindada por la Corte, existen notorios desacuerdos.

Tal vez la opinión más compartida en la doctrina italiana, sea la propuesta por Carlos Lavagna⁴¹, con la teoría de las normas interpuestas, allá por la década de los cincuenta del siglo pasado. Según Lavagna, una norma es interpuesta si es capaz de establecer, por reenvío (o encargo) de la Constitución, límites y condiciones en el proceso de elaboración de las demás fuentes primarias: “normas con eficacia de la ley ordinaria que, por explícita disposición de la Constitución, vinculan y limitan a otras normas jurídicas”⁴². El adjetivo de *interpuesta* obedece a que en tal hipótesis, entre la Constitución, que actúa como parámetro, y la norma controlada, se interpone el Reglamento en el cánón del control. De modo tal que la eventual invalidez del objeto controlado deja de ser consecuencia de una transgresión directa y frontal de la Constitución, pues puede serlo también indirectamente, en la medida que no se respeta los límites y condiciones que la Constitución encargó establecer a aquella -normalmente una norma del mismo rango que la sometida al control.

Este planteamiento, acogido mayoritariamente por la doctrina italiana, fue aceptado por la *Corte Costituzionale* desde sus primeros pronunciamientos. Así, por ejemplo, tratándose del control constitucional de los decretos legislativos, la Corte sostuvo que el parámetro no lo integraba sólo la Constitución, sino comprendía también a la ley delegante, ya que a ella se había confiado establecer la materia sobre la que se legislará, el tiempo dentro del cual se podrá expedir y los principios y criterios directivos que deben inspirar la regulación de la materia delegada.

Pese a ello, cuando por primera vez tuvo que enfrentarse ante un supuesto de inconstitucionalidad formal derivada de la infracción del reglamento parlamentario, la Corte negó que éste constituyera una norma interpuesta (*sentenza* N° 9, de 1959⁴³). Recordando parcialmente la sentencia que en 1952 expidiera el Tribunal Constitucional alemán, sostuvo que una transgresión del reglamento es relevante sólo en aquellos casos que ésta constituye, a su vez, una transgresión de una disposición constitucional.

Según Cicconetti⁴⁴, en opinión que por cierto no comparte toda la doctrina italiana⁴⁵, tres fueron los principales argumentos sobre los cuales la Corte Costituzionale se apoyó

41. SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, citado, pp. 3-35. SORRENTINO, Federico, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 1998, p. 34.

42. LAVAGNA, Carlo *Problemi di giustizia costituzionale sotto el profilo della 'manifesta infondatezza'*, Giuffrè editore, Milano 1957, p. 29, cit. por SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 4.

43. Un extracto de la sentencia en MODUGNO, F., AGRÒ, A.S., y CERRI, A., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 1997, pp. 167-168.

44. CICCONE, S.M., *ob. cit.*, p. 167

45. Sobre el debate, Cf., MORTATI, Constantino, “Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1958, pp. 355 y ss. CICCONE, Stefano Maria, “La insindacabilità dei regolamenti parlamentari”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, pp. 1411 y ss. RAVERAIRA, Marg-

para negar la condición de norma interpuesta del reglamento parlamentario⁴⁶: a) Por un lado, una interpretación restringida de su competencia para evaluar la constitucionalidad de las leyes y las fuentes a ella equiparadas. Según la Corte, el control de los vicios en el procedimiento de formación de las leyes sólo comprende la observación de las reglas sobre el procedimiento previstas en las normas formalmente constitucionales. b) la reserva a favor del reglamento parlamentario no puede considerarse como una norma en blanco, con el resultado de que las disposiciones que aprueben las cámaras para regular el procedimiento interno de elaboración de la ley puedan asumir el valor de normas *materialmente* constitucionales. c) Finalmente, -no sin fuertes críticas⁴⁷- que correspondiendo a las cámaras la facultad de crear e interpretar las disposiciones del reglamento parlamentario, también les correspondía resolver los problemas derivados de su observancia o no, exceptuándose de ese modo cualquier forma de control externo⁴⁸.

Lo curioso de esta postura, invariablemente sostenida aún hoy por la Corte Costituzionale, es que ella se ha consolidado a expensas de admitir que otras normas sí pueden integrar el parámetro de control en calidad de normas interpuestas, sin que para ello haya tenido que rescatarse en su favor un supuesto *valor materialmente constitucional*⁴⁹. Como era de imaginarse, no se han hecho esperar las reacciones contra este temperamento jurisprudencial en la doctrina italiana. Y así como se destacó que con la *sentenza* N° 9 se cayó un antiguo fetiche (la de los *interna corporis acta*), también se ha destacado la insuficiencia de este avance⁵⁰.

Entre ellos, esto es, entre los planteamientos críticos a la postura de la Corte sobresale el formulado por Franco Modugno en la década de los 70. A diferencia de la doctrina que postula la condición de norma interpuesta del reglamento parlamentario sólo en aquellos casos en que existe un reenvío expreso de la Constitución al reglamento, Mo-

herita, "Le norme dei regolamenti parlamentari come 'oggetto' e come 'parametro' nel giudizio di legittimità costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pp. 1849 y ss. ESPOSITO, Carlo, "Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 1326 y ss. CERVATI, Angelo, "Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, pp. 1446 y ss. AMATO, G., "Questioni controverse intorno al controllo di costituzionalità sul procedimento di formazione della legge", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pp. 855 y ss.

46. Una de las primeras posturas llamando la atención sobre el *indirizzo* adoptado por la *Corte Costituzionale* y, al mismo tiempo, advirtiendo sus deficiencias, en BARILE, Paolo, "Il crollo di un antico feticcio (gli *interna corporis*) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, p. 240-249.

47. Cf. ORTEGA SANTIAGO, Carlos, "La inviolabilidad parlamentaria, las funciones propias de los parlamentarios y la doctrina de los *interna corporis acta* en la jurisprudencia reciente de la *Corte Costituzionale* italiana", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 3, 1999, pp. 165 y ss.

48. Para GEMMA, Gladio, "El reglamento...en cuanto expresión inmediata de la soberanía popular, es directo partícipe de tal soberanía, y los reglamentos, en cuanto desarrollo directo de la Constitución, tiene una peculiaridad y dimensión...que impide su control, si no se quiere negar que tal reserva constitucional de competencia reglamentaria se encuentra entre las garantías dispuestas por la Constitución para asegurar la independencia del órgano soberano de cualquier poder" Cf., GEMMA, Gladio "Regolamenti parlamentari: una 'zona franca' nella giustizia costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, citado, p. 1777.

49. Por ello, CICCONE, S.M., (*ob. cit.* pp. 169-170) ha sostenido que esta consideración de la *Corte Costituzionale* sólo puede entenderse a partir de la necesidad de garantizar la autonomía de la vida interna de las cámaras. En la *sentenza* n° 154 de 1985, la Corte sostendría: "La Constitución... ha instaurado una democracia parlamentaria y ha colocado al Parlamento al centro del sistema, haciendo de él, el instituto caracterizador del ordenamiento". Por ello, debe reconocerse a las cámaras "una independencia garantizada contra cualquier otro poder, por lo que debe entenderse excluido cualquier control de los actos de autonomía normativa".

50. La expresión de la caída del antiguo fetiche de los *interna corporis acta*, es de BARILE, Paolo "Il crollo di un antico feticcio (gli *interna corporis*) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", en *Giurisprudenza Costituzionale*, citado, pp. 240 y ss.

dugno sostendría que su capacidad para integrar el parámetro de control no se justifica en el reenvío, sino en el *valor materialmente constitucional* de sus disposiciones.

De acuerdo con Modugno, el valor materialmente constitucional de las disposiciones del reglamento parlamentario⁵¹ no se deriva tanto de las *materias* constitucionales que ella regula, sino más bien del *modo* cómo se determina el valor materialmente constitucional de una norma. A su juicio ello, acontece cada vez que un órgano “participando de la función de *indirizzo* político, ha recibido del ordenamiento el poder de desarrollar la norma fundamental, de modo tal de hacerla capaz de constituir límites y de fijar los fines de la legislación”. A su juicio, de esta condición participan las disposiciones del reglamento parlamentario, ya que si bien no son normas formalmente constitucionales, la Constitución ha previsto que su aprobación se realice bajo una mayoría especial, lo que significa que el legislador no puede abrogar ni dejar de observar las disposiciones del reglamento, “caso por caso, en virtud de una simple mayoría ocasional...lo que hace obligatoria para las cámaras las normas de su propio reglamento”⁵² y, en particular, las que disciplinan el procedimiento de elaboración de las leyes.

Un planteamiento similar, aunque de consecuencias distintas, es la tesis de Margherita Raveraira, según la cual, de la condición de norma con valor materialmente constitucional se deriva la superioridad jerárquica del reglamento parlamentario sobre la ley, pues de otro modo, esto es, si tuviera su mismo rango, la antinomia entre ellas debería dar lugar a una hipótesis de abrogación conforme a criterios cronológicos y no de invalidez⁵³.

Este planteo, que invierte en cierta forma la solución de la jurisprudencia constitucional alemana, aunque basado en otras razones, por cierto, es el mismo que, en España, Francisco Rubio Llorente ha querido destacar a propósito de ciertas normas que integran el bloque de constitucionalidad regulado por el artículo 28 de la LOTC⁵⁴. Ya no se trata de afirmar, como lo hiciera el Tribunal Constitucional Federal alemán, que el reglamento parlamentario no es una norma paramétrica porque se encuentra en un rango inferior a la ley. La cuestión es otra: integra el parámetro de control porque al tratarse de una norma con valor materialmente constitucional ocupa una posición superior a la ley dentro del sistema de fuentes.

Desde luego que ninguna de estas tesis han pasado inadvertidas en la doctrina italiana, una doctrina constitucional cuyas investigaciones sobre la teoría de las fuentes del derecho, como se sabe, se encuentra muy avanzada. Por ello, sin perjuicio de haberse extrapolado las mismas críticas que en su momento se vertió a la tendencia expresada

51. MODUGNO, Franco, *L'invalidità della legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale* Tomo I, Giuffrè editore, Milano 1970, p. 204.

52. *Ibidem*, p. 210.

53. RAVERAIRA, Margherita, *ob. cit.*, p. 1862. A partir de ello, y de otros argumentos, el autor llega a justificar la Sentenza 154/1985, Fund. Jur. 4, que excluye del control de constitucionalidad al reglamento parlamentario (V., nota n° 47).

54. Cf., RUBIO LLORENTE, Francisco, “Bloque de constitucionalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T.1, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 818, donde postula la tesis de que ciertas normas del bloque tienen formalmente rango constitucional, aunque se encuentran subordinadas a la Constitución, por lo que han de considerarse “normas constitucionales secundarias o de segundo grado”. V., también, su colaboración en el libro conjunto con FAVOREAU, Louis *El Bloque de Constitucionalidad*, Civitas, Madrid 1991, pp. 119 y ss. Sobre la necesidad de distinguir entre “bloque constitucional”, como normas de reconocimiento del sistema, y “bloque de constitucionalidad”, como un término operativo con una función procesal, en REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Bloque Constitucional y Comunidades Autónomas”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Monográfico sobre las perspectivas del Estado Autonómico, vol. II) Madrid 1998, pp. 119 y ss. DE CALVO DE LA VEGA, Antonio, “Nota sobre el bloque de la constitucionalidad”, en *Jueces para la democracia* n° 24, 1995, pp. 58 y ss.

por la jurisdicción constitucional alemana (en concreto, que el problema no es resoluble bajo el principio de jerarquía, sino el de competencia), se ha aducido además en diverso orden de razones. En suma, que entre la Constitución y el reglamento parlamentario no existe identidad de rango, pues sencillamente su origen es distinto. La Constitución emana del Poder Constituyente, en tanto que el reglamento del Congreso, que es un poder constituido⁵⁵.

A ninguno de estos planteamientos, por cierto, ha tenido que acudir la jurisprudencia constitucional española para admitir al reglamento parlamentario entre las normas que conforman el canon de control en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes⁵⁶. En la STC 99/1987⁵⁷ el Tribunal Constitucional español sostendría⁵⁸: “la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar la inconstitucionalidad de la ley, cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras”, toda vez el “carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político”.

VII. LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En el Perú, el parámetro de control de la validez constitucional de las leyes no sólo lo integra la Constitución formal y las reformas que a ella se introduzcan válidamente, sino también ciertas fuentes del mismo rango a las sometidas al juzgamiento ante el Tribunal Constitucional. Esa integración legislativa del canon de control se ha pretendido regular mediante el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), a tenor del cual:

al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control, (el Tribunal...) debe tomar en consideración también aquellas leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado (subrayado nuestro).

Ya en otra oportunidad hemos sostenido que dicha cláusula es supérflua e inútil, pues la referencia a las leyes que regulen la competencia y las atribuciones de los órganos del Estado no puede entenderse sino como remisiva a las leyes orgánicas. Y si una ley o cualquier otra fuente primaria colisionara con aquel *bloque de constitucionalidad* del artículo 22 de la LOTIC, éstas serían inconstitucionales (directamente) por haber regula-

55. GEMMA, Gladio, “Regolamenti parlamentari: una zona franca nella giustizia costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, p. 1784. Tales críticas, por cierto, no son extendibles al planteamiento de MODUGNO, quien no deduce del valor materialmente constitucional del reglamento ninguna consecuencia de orden formal, esto es, que ocupe la misma posición jerárquica de la Constitución (*L'invalidità della legge, cit.*, pp. 171-175).

56. Cf. sobre el particular, JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, “Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 3, Madrid 1989, pp. 143 y ss. Una perspectiva general, en BALAGUER, María Luisa, *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid 2001, pp. 108 y ss.

57. DE ALFONSO PINAZO, Carlos, “El tratamiento del Tribunal Constitucional a las denominadas normas interpretativas y supletorias del Reglamento parlamentario”, en *Parlamento y justicia constitucional*, Edit. Aranzadi 1997, p. 397-409.

58. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Las fuentes del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho*, PUCP, n° 52, Lima 1999, p. 357.

do una materia para la cual no tenían competencia y no, por cierto, porque su transgresión (a las leyes orgánicas) ocasionara un supuesto de inconstitucionalidad *indirecta*⁵⁹.

Tampoco es posible comprender al reglamento parlamentario -una fuente que tiene por propósito desarrollar las competencias y atribuciones del órgano parlamentario-dentro de los alcances del artículo 22 de la LOTC. Y es que ni el reglamento parlamentario es una *ley* -aunque tenga su rango, que es distinto- ni, prescindiendo de este argumento formal, el reglamento es la única fuente primaria que integra el parámetro, según parece ser la finalidad de aquel precepto de la LOTC⁶⁰.

Nada de lo dicho, sin embargo, debe entenderse en el sentido de excluir del canón al reglamento parlamentario.

En primer lugar, cabe señalar que, al igual de lo que se ha sostenido en Italia, Alemania o España, integran el parámetro aquellas disposiciones reglamentarias que, a su vez, constituyen reproducción de disposiciones constitucionales. En tal supuesto, en rigor, más que una *integración legislativa* del canón y, por tanto, de un supuesto de inconstitucionalidad indirecta (por infracción de disposiciones reglamentarias), se trata de un parámetro que se satisface sólo con la Constitución: Una ley es formalmente inconstitucional por no observar el procedimiento legislativo señalado en la misma Constitución, que el reglamento sólo ha reproducido.

Constituye, por cierto, un supuesto que se deduce inequívocamente de la misma Norma Constitucional. Por un lado, el inciso 4) del artículo 200 constitucional establece que el proceso de inconstitucionalidad procede contra las leyes y normas con rango de ley que *...contravengan la Constitución por la forma...* Y, de otro lado, del artículo 21.2 de la LOTC, que señala que la declaración de inconstitucionalidad formal de las leyes y normas con rango de ley, puede efectuarla el Tribunal Constitucional en todos aquellos casos en los que éstas *...no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución*". En todos estos casos, pues, la invalidez formal de la ley parlamentaria se deriva de infracciones al procedimiento legislativo regulado por la *Lex Legum*⁶¹.

No cabe aquí ninguna excepción. Cualquiera sea la infracción al procedimiento legislativo regulada por la norma constitucional, ella trae consigo efectos invalidantes, siendo tal consecuencia efecto natural de la fuerza normativa que anidan todas las disposiciones de la Constitución⁶².

59. Cf., CARPIO MARCOS, Edgar, "Normas interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (El caso peruano)", en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, Coordinador, *Constitucionalismo y derechos humanos*, Edit. Grigley, Lima 2002, pp. 31-34.

60. Sobre si cabe integrar el reglamento parlamentario en el bloque de constitucionalidad, en la doctrina española, V., el comentario de FERNÁNDEZ FERRERES, Germán en el libro coordinado por REQUJO PAGÉS, Juan Luis, "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado*, Madrid 2001, p. 399. Un extracto de las sentencias más importantes sobre el tema, en PULIDO QUECEDO, Manuel *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Anotada con jurisprudencia*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 165-166.

61. Supuestos de disposiciones que transcriben preceptos constitucionales son, por citar sólo algunos casos, los incisos a) y b) del artículo 81 del reglamento parlamentario.

62. Por cierto, no han faltado autores que, de la idea que la invalidez por vicios formales sólo deba practicarse en aquellos casos en que se ha producido una lesión de los principios constitucionales del procedimiento legislativo, han reclamado la necesidad de soluciones casuísticas y programáticas, aún tratándose de normas constitucionales. Sobre el particular, CERVATI, Angelo Antonio, "Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale", en *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova 1985, p. 189 y nota 11.

En segundo término, cabe preguntarse si otras disposiciones del reglamento parlamentario, en especial, las que regulan los elementos esenciales del procedimiento legislativo, también tienen la capacidad para integrar el parámetro en aquellos supuestos que resulten infringidos. Caso, por ejemplo, de ciertas disposiciones reglamentarias que *complementan* preceptos constitucionales que regulan el procedimiento legislativo, esto es, normas del reglamento a los cuales la Constitución reenvía y a las que, por tanto, el legislador se encuentra sometido; o, todo lo más, sobre las cuales, pese a no existir un reenvío expreso de la Constitución, sin embargo, por los valores y principios que detrás de ellos subyacen pueden considerarse como de observancia esencial.

Por cierto una cosa es indagar si ciertas disposiciones del reglamento parlamentario son capaces de solventar una declaración de inconstitucionalidad, en tanto que autorizadas para establecer condiciones y límites a la actividad legislativa y, en ese sentido, integrar el parámetro; y otra, muy distinta, indagar si cualquier infracción del reglamento parlamentario puede concluir con la invalidez formal de la ley. El primer aspecto se circunscribe al análisis de la problemática del reglamento parlamentario como norma paramétrica; mientras la segunda, sobre el tipo, la calidad o entidad de la anomalía que ocasiona un vicio formal susceptible de derivar con la declaración de invalidez formal de la ley. Como se podrá ya deducir, este último aspecto no será aquí abordado⁶³.

Pues bien, a nuestro juicio, los incisos 4), del Art. 200 de la Constitución, y 2) del artículo 21 de la LOTC no debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de excluir del parámetro a ciertas disposiciones del reglamento parlamentario.

Por lo que al Texto Constitucional se refiere, hay que indicar que la regulación que ella efectúa del procedimiento legislativo es extremadamente parca (no todos sus aspectos esenciales, en efecto, allí aparecen disciplinados), sino porque es ella la que abre la posibilidad (en algunos casos explícitamente), a que el propio reglamento establezca condiciones y límites al legislador. Implícitas, por ejemplo, tratándose de temas tales como la aprobación de leyes sujetas al cumplimiento de un *quorum* mínimo, su aprobación mediante una determinada mayoría (excepción hecha de la ley orgánica, cuyo art. 106 la disciplina directamente), el respeto del principio de publicidad en el debate parlamentario⁶⁴, etc. Remisión implícita, igualmente, puede deducirse de la propia racionalidad del artículo 22 de la LOTC, que si bien fue pensada para anidar a las leyes orgánicas en el parámetro de control, consigo trae -con mayor o menor fortuna- una vocación extensiva del canon de validez.

Entre los segundos, esto es, supuestos donde la Constitución explícitamente deja al ámbito del reglamento parlamentario la regulación de determinados aspectos, está por ejemplo el artículo 105 de la Constitución, según el cual “ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el reglamento del congreso”. En tal supuesto, una ley parlamentaria sería inválida formalmente siempre que no haya sido aprobada por la respectiva comisión dictaminadora, antes de su deliberación en el Pleno del Congreso, a no ser que tal aprobación no sea obligatoria porque así lo dispone el reglamento.

63. Según PIZZORUSSO, Alessandro, el problema de la inobservancia de las reglas que regulan el procedimiento legislativo “no consiste tanto en analizar los tipos de violaciones en los cuales estos puedan concretarse, sino en establecer cuáles de tales violaciones son relevantes para el juez constitucional” (*Delle fonti del diritto, cit.*, p. 237).

64. Cf., DE VEGA, Pedro, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 43, Madrid 1985, pp. 45 y ss.

De esta forma la Constitución reenvía al reglamento la determinación de aquellas materias que nunca (o no siempre) requerirán la aprobación de la comisión dictaminadora a fin de ser aprobadas por el Pleno, de manera que cada vez que se impugne un vicio semejante, el Tribunal Constitucional no sólo tendrá que expresar su decisión en lo dispuesto en la norma constitucional, sino también en las disposiciones del reglamento del Congreso que cumplen con regular aquellas materias.

En definitiva, el reglamento parlamentario actúa como norma interpuesta en todos aquellos casos en los que, además de reproducir normas constitucionales, también constituyen su *desarrollo*. Su integración en el parámetro obedece al hecho de que tales disposiciones completan la labor inconclusa del Poder Constituyente y, en ese sentido, por disposición o encargo de la Constitución, establecen límites y condiciones al Congreso en el procedimiento legislativo.

Sin embargo, no sólo las disposiciones del reglamento que reproducen normas constitucionales o, que por reenvío, han sido autorizadas para establecer límites en el procedimiento de formación de una ley, integran el parámetro de control. Como ha puesto de relieve Massimo Siclari⁶⁵, también forman parte aquellas normas reglamentarias que traducen o concretizan principios constitucionales y, en particular la que tiene que ver con la realización del pluralismo político, contenido esencial, a su vez, del principio democrático en el seno del procedimiento legislativo⁶⁶.

Y es que no se puede perder de vista que la finalidad del procedimiento legislativo “radica en conseguir que la ley sea el resultado de la integración de las distintas opiniones presentes en el Parlamento. Por constituir una proyección del principio democrático, considerado como regla para la toma de decisiones, el procedimiento legislativo tiene como finalidad conseguir que predomine la mayoría, pero exigiendo que ésta se forme mediante el debate público de las distintas opciones representadas en la Cámara, lo que inevitablemente conduce a reconocer los derechos de las minorías”⁶⁷.

Ello presupone, naturalmente, que se garantice (y tutele) la existencia de un debate plural y abierto⁶⁸. Y es que, como afirmara Rubio Llorente, lo que define a la potestad legislativa no es ya su función, ni su origen, sino su método, su procedimiento⁶⁹. “En una democracia pluralista..., el parlamento no es sólo un órgano del Estado, que adopta, como es lógico, sus decisiones por mayoría, sino también una institución representativa del pluralismo político de la sociedad”⁷⁰.

La concretización o proyección de este principio democrático, por cierto, no sólo es capaz de observarse en el proceso de deliberación de las leyes en el seno del Parlamen-

65. SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, cit., pp. 111 y ss.

66. BIGLINO, Paloma, “Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del TC en la Sentencia 99/87”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, Madrid 1988, p. 225.

67. ARAGÓN, Manuel, “Prólogo”, al libro de BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, cit., p. 11. Asimismo, véase, del mismo autor, *Constitución y democracia*, Editorial Tecnos, Madrid 1989, pp. 115 y ss.

68. Todo sistema democrático tiene, como principio esencial, la transparencia, ya que, como afirma BARILE, Paolo “la democracia es el gobierno del *poder visible*, el *gobierno del poder público en público*. En ese sentido, el “secreto” y la política de lo oculto sólo pueden resultar una opción constitucionalmente tolerable cuando a éste se concibe de manera excepcional, esto es, en aquellos casos en los que esté en riesgo principios y valores también dignos de protección constitucional. BARILE, Paolo “Democrazia e segreto”, en *Quaderni Costituzionali*, nº 1, 1987, p. 29.

69. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Función legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo”, en AA.VV. *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo 1994*, Congreso de los Diputados, Madrid 1997, p. 30.

70. ARAGÓN, Manuel, “Prólogo”, al libro de BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, cit., p. 11.

to. Está presente a lo largo de todo el procedimiento legislativo, desde el momento en que se formaliza la iniciativa legislativa hasta que, con la publicación, se perfecciona el proceso de elaboración de la ley⁷¹. Como establece el artículo 21.2 de la LOTC, aunque restrictiva en la comprensión de la iniciativa legislativa, “en el proceso de aprobación, promulgación o publicación de la ley”.

VIII. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR

En el plano jurisprudencial, hasta ahora la única oportunidad donde un asunto semejante se planteó al Tribunal Constitucional, fue con ocasión de la impugnación contra la Ley N° 26637. A juicio de un sector de la entonces minoría parlamentaria (33 congresistas), la Ley 26637 adolecía de un vicio formal, consistente en no haberse observado el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, según el cual “las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido... De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. *Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales..*”.

Aunque de la sentencia (Exp. 004-96-I/TC) no se recabe mayor información si se dispuso o no del cumplimiento de aquellos requisitos exigidos, conforme al mandato del último párrafo del artículo 75 del Reglamento, en aquella ocasión el Tribunal Constitucional sostuvo que dicha disposición del reglamento no integraba el parámetro por “no encontrarse comprendida dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, (...) por lo que la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202 (de la Constitución)”⁷².

Más allá de los reparos que pudiera realizarse por la implícita inserción de ciertas disposiciones del reglamento parlamentario en el llamado bloque de constitucionalidad, y de lo acertado o no que pueda tener el haber excluido del control de constitucionalidad lo relacionado con el cumplimiento de los requisitos del artículo 75 del reglamento, *por no encontrarse dentro de las competencias del Tribunal*, sin embargo, algunas conjeturas pueden destacarse de ese pronunciamiento:

En *primer lugar*, no es el Tribunal Constitucional el órgano llamado a remediar eventuales quebrantamientos o irregularidades del procedimiento legislativo -de haberse efectivamente producido- si es que tras de ello no se encuentran comprometidos valores o principios constitucionales. La apertura del control sobre los *interna corporis*, representado en la capacidad del Tribunal para juzgar violaciones al reglamento en el procedimiento legislativo, no significa que *cualquier* transgresión de ese procedimiento genere la invalidez de la ley.

En *segundo lugar*, es importante destacar que el Tribunal Constitucional no ha negado la inserción en el parámetro de ciertas disposiciones del reglamento. Aunque deriva-

71. Cf., BIGLINO CAMPOS, Paloma, “La publicación como fase del procedimiento legislativo”, en AA. VV. *V Jornadas de Derecho Parlamentario*, cit., pp. 539 y ss.

72. STC recaída en el Exp. 004-96-I/TC (Fund. Jur. 2 “g”), publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 25 de enero de 1997.

do de tratar de explicar, en el caso, la no integración del parámetro al hecho de no encontrarse relacionado con la regulación de un aspecto referido a la *competencia y atribuciones* del Parlamento, una lectura a *contrario sensu*, en cambio, abre las posibilidades de encontrar en tal pronunciamiento la posibilidad de admitir otras disposiciones reglamentarias en el canon de control, sobre todo en aquellos casos en los que la infracción incida sobre disposiciones que *determinan* la competencia o las atribuciones del Congreso.

Desde luego esta dirección, que no puede considerarse feliz (pero tampoco consolidada) debería replantearse, no a partir del *modelo* de bloque de constitucionalidad regulado por su LOTC, sino en dirección a una versión sustancial del concepto de Constitución: de considerar el carácter instrumental del reglamento a la consecución del principio del pluralismo político y, al Tribunal Constitucional, como *guardián* de ese pluralismo⁷³.

73. BIGLINO CAMPOS, Paloma “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del Parlamento” en AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. 2, UNAM- Universidad Complutense, Madrid 2000, p. 749. Cf., también: CARNEVALE, Paolo y CELOTTO, Alfonso *Il parametro eventuale (Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi)*, pp. 119 y ss. REQUEJO, Paloma *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, pp. 155 y ss.

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA*

Néstor Pedro Sagüés
Profesor de la Universidad de Buenos Aires
Argentina

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre ciertos temas del derecho internacional privado y del derecho constitucional son por cierto atractivas. La hace poco publicada tesis doctoral de Alfredo Mario Soto,¹ viene a replantearlos, de modo claro y acuciante. Ello estimula detenerse en la cuestión, que por cierto no está abordada con mucha frecuencia por los constitucionalistas.

Uno de esos asuntos es el control de constitucionalidad cuando, en virtud de una regla del derecho internacional privado, se aplica en el foro nacional una norma de derecho extranjero (*norma importada* que también puede rotularse como *convocada* o *reclamada*)².

Aquí se plantean dos tópicos. El primero es el de la aplicación del derecho extranjero contrario a la constitución nacional. El segundo, el del control de constitucionalidad de ese derecho extranjero, a la luz de la constitución del país extranjero.

II. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Sobre este tema, una fuerte tendencia sostiene que la aplicación de ese derecho extranjero debe realizarse aunque no coincida con la constitución nacional. Ello derivaría de un *principio constitucional no escrito* que autorizaría una especie de *apertura constitucional* en favor del derecho extranjero³.

* El presente trabajo se inserta dentro del marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1. SOTO, Mario Alfredo, *Derecho Internacional Privado. La importación del derecho extranjero*, ed., Universidad del Salvador - Ciudad Argentina, capítulo 2 de "Materias afines", Buenos Aires 2001, en especial pp. 205 y ss.

2. La expresión *norma reclamada* la tomamos de CARBONE, S., "Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata", publicado en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1965, pp. 685 y ss., cit. por SOTO, Mario Alfredo, *ob. cit.*, pp. 208.

3. Cf. BARILE, Giuseppe, *Costituzione e rinvio mobile*, ed., Celam, Padua 1987, p. 11, cit. por SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 206.

No obstante, un tope a la efectivización de ese derecho extranjero contrario a la constitución nacional, es el orden público nacional. Ello obliga a distinguir reglas constitucionales de orden público y normas constitucionales que no hacen al orden público, diferenciación que se sostiene, debe realizarse con cuidado,⁴ y que no siempre es fácil de hacer, sobre todo para quienes “el orden público argentino, expresa o implícitamente, está contenido en la constitución nacional”⁵. Además, hay normas de orden público en la legislación infraconstitucional, que a menudo, en esos temas, desarrolla o especifica principios constitucionales⁶. Estos preceptos subconstitucionales de orden público funcionarían también como tope de aplicación del derecho extranjero.

Para cierto relevante sector de la doctrina, en resumen, “aunque el orden público es un conjunto de principios, y si bien la Constitución nacional es la sede de los principios legislados..., no se debe creer que una ley extranjera que sería inconstitucional si fuese nacional, habría de violar nuestro orden público; por otra parte, para violarlo, no hace falta que fuera inconstitucional”⁷.

III. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS

En un tema decididamente polémico, se principia por recordar que el juez nacional (*juez del foro*) que debe aplicar una regla de derecho extranjero, está autorizado, por el derecho internacional privado, para fiscalizar la constitucionalidad de aquella regla, comparándola con la constitución del mismo país de origen de la *norma importada o reclamada*. Aquí tendría que operar como un juez de ese país de origen. En palabras de Boggiano: “así, el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo habría el juez foráneo”⁸.

4. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 5a. Depalma, Buenos Aires 1985, p. 158.

5. PERUGINI DE PAZ, Ana María y RAMAYO, Raúl, *Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público*, La Ley 1978-D-925.

6. PERUGINI DE PAZ, Ana María y RAMAYO, Raul, *El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable. (un enfoque normológico)*, en La Ley 1988-A-968.

7. GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. y p. cit.* El autor pone como ejemplo el caso de una ley extranjera que concediese al marido la autoridad marital absoluta, y que en Argentina sería inconstitucional, “pero no habría inconveniente en aplicarla en un caso aislado con elementos extranjeros, en razón de que resulta mucho más justo para una mujer analfabeta ser protegida por el marido que ser colocada en un pie formal de igualdad al que no corresponde la igualdad de hecho”. Esta tesis, expuesta antes de la reforma constitucional de 1994, no podría sostenerse hoy, atento lo prescripto por el nuevo art. 75 inc. 23 de la constitución, que exige enfáticamente, y con connotación de orden público, la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por su parte, MUÑOZ, Gerardo F., (“Derecho Internacional Privado y Constitución Nacional, en *Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario 1990, n° 15, pp. 39 y ss.), luego de compartir las enseñanzas de GOLDSCHMIDT, Werner, ejemplifica, recordando al mismo, que es posible que “una ley extranjera que como nacional resultaría inconstitucional -al conceder títulos de nobleza- no sería atentatoria al orden público internacional ‘aplicándola’ de acuerdo al derecho internacional privado, a un determinado y específico supuesto de hecho”, p. 43.

8. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, t. I., Buenos Aires, 2000, p. 495. El autor aclara que “el Derecho de un país extranjero es lo que problemáticamente sus jueces dirían que es... la remisión al derecho extranjero importa una referencia a la eventual decisión que concreta y efectivamente tomaría el juez extranjero. La imitación de su probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría” (*ob. cit.*, pp. 494/5). Recuerda también que según la Convención Interamericana sobre normas generales

Pueden darse, al respecto, distintas alternativas.

a) La primera de ellas se produce cuando en el país de origen de la norma aplicable en el país del foro, ella ya ha sido declarada inconstitucional. Henri Batiffol, por ejemplo, escribe que “Se trata siempre de determinar la ley que se encuentra efectivamente en vigor en el extranjero. Ninguna dificultad, por consecuencia, hay de admitir que los tribunales franceses descarten la aplicación de una ley norteamericana declarada inconstitucional por la jurisprudencia de los Estados Unidos”⁹.

La tesis es interesante, pero debe matizarse. En un país donde rija un control desconcentrado o difuso de inconstitucionalidad, precisamente como los Estados Unidos, que una ley haya sido declarada inconstitucional por un juez no significa que esté derogada, ya que el fallo se aplica, en principio, solamente para el caso concreto, *inter partes*, y nada impide que el mismo juez, u otro, puedan cambiar de criterio en otro caso, calificando como constitucional al precepto que antes fue declarado inconstitucional. La tesis de Batiffol podría tener sustento si se tratara de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declarase inconstitucional una ley, por la doctrina del respeto al precedente (*stare decisis*) de los fallos de ese máximo tribunal¹⁰.

En los países con control concentrado y especializado de constitucionalidad, sea por Corte Constitucional o por Sala Constitucional (Alemania, Austria, España, Costa Rica, etc.), el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad deroga a la regla inconstitucional, y en tal caso, es evidente que el *juez del foro* no podrá aplicar al precepto legal abolido. Por el contrario, si el Tribunal o Sala Constitucional reputó constitucional a la norma en cuestión, el asunto es más complejo. Hay países donde la declaración de una norma como constitucional por la Corte o Sala constitucional tiene efectos *erga omnes*, mientras que en otros la inconstitucionalidad del caso puede replantearse por una nueva parte afectada, sea cuestionando los mismos argumentos empleados por la Sala o Corte Constitucional para el anterior pronunciamiento de constitucionalidad (una norma generosa, al respecto, es el art. 87 de la Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica), sea solamente aportando argumentos nuevos o distintos.

b) una segunda variable se origina cuando la norma en cuestión no ha sido todavía reputada inconstitucional en el país de origen, o lo allí resuelto exclusivamente tiene resultados *inter partes* para el caso concreto, y por ende, el *juez del foro* (juez nacional de aplicación de la regla de origen extranjero) carece de una definición clara del problema en dicho país de origen¹¹.

de Derecho Internacional Privado, aprobada por la ley argentina 22.921, “los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable...” (*ob. cit.*, p. 615). V., también SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 206.

9. BATIFFOL, Henri, *Droit international Privé*, Lib. Gral. de Droit et Jurisprudence R Pichon et Durand-Auzias, París 1970, pp. 397.

10. Nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 217 y ss. En Argentina, aunque no rige el régimen del *stare decisis*, la Corte Suprema ha indicado que sus fallos deben ser seguidos por los tribunales inferiores, aunque ellos pueden apartarse dando razones valederas para hacerlo. Cf., SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 3a. ed., Astrea, t. 1, Buenos Aires 1992, pp. 185 y ss.

11. De todos modos, alerta SOTO (*ob. cit.*, pp. 212/3), si los precedentes judiciales del país de origen no son vinculantes, de todos modos “tendrán notable influencia sobre la convicción del juez del foro”. El autor afirma que el juez del foro difícilmente afirmará por primera vez la inconstitucionalidad de una norma extranjera, pero de haber una confrontación clara entre la ley y la constitución extranjera, acotamos, no le queda otra alternativa que declararla inconstitucional.

Buena parte de la doctrina justifica en tal caso que si el juez del foro nacional debe aplicar el derecho extranjero, ello significa “que él debe actuar en lugar del juez extranjero y como éste último lo haría”¹². Esto implica, para Maury y Niboyet, que un juez francés, que no está habilitado en Francia para declarar inconstitucionales a las leyes francesas,¹³ estaría sin embargo potenciado para reputar, por ejemplo, inconstitucional como lesiva a la constitución argentina, a una ley argentina todavía no declarada inconstitucional en Argentina, pero que debería aplicarse en Francia para resolver un caso, según el derecho internacional privado¹⁴.

La propuesta de Maury y de Niboyet deja de ser pacífica. Para discutirla, Batiffol apunta que la declaración de inconstitucionalidad de normas es una suerte de inicitiva o actividad *política*, que el juez francés difícilmente podría presumir de tener,¹⁵ (15) porque carece en Francia de tales competencias (que en cambio, sí tiene un juez norteamericano o argentino, *vgr.*).

No obstante, si se sostiene -para dar un ejemplo- que el juez francés tiene que aplicar el derecho argentino tal como lo haría un juez argentino, o sea, que “debe esforzarse de hacerlo de la misma manera como es aplicado en el territorio donde está en vigor, tal como lo interpreta la jurisprudencia de ese país”,¹⁶ estaría obligado a asumir tal control de constitucionalidad, por más que no lo tenga en cuanto el derecho francés.

El problema se complica cuando en el país de origen de la norma importada, el control de constitucionalidad no lo realiza un juez ordinario, sino, por ejemplo, un Tribunal, Corte o Sala Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad. En tal hipótesis, ¿es admisible que el juez nacional del foro evalúe la constitucionalidad del precepto extranjero, cuando el juez extranjero del país de origen no está autorizado para hacerlo?

Muchos pueden responder negativamente¹⁷. La corriente admisoría, a su turno, estima que el juez del foro (nacional) no debería suspender el procedimiento y remitir el asunto al Tribunal Constitucional del país extranjero de origen, sino que debe adoptar la decisión que, en última instancia, “se tomaría en el derecho extranjero declarado aplicable” (Franco Mosconi)¹⁸. Ello importa, desde luego, una suerte de conjetura jurídica. Para esta posición, en síntesis, las reglas procesales del país de origen que determinan quién está habilitado para reputar la inconstitucionalidad de una ley, no deben impedir que el *juez del foro* determine la validez de la norma extranjera que debe aplicar, según el derecho extranjero del caso (en la especie, de acuerdo con la constitución de ese país extranjero)¹⁹.

12 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 41.

13 En Francia, como se sabe, el control de constitucionalidad es normalmente de tipo *preventivo* (antes que la norma se sancione), y no es practicado por los jueces, sino por el Consejo Constitucional.

14 Sobre las opiniones de MAURY (*Règles générales des conflits des lois*) y NIBOYET, *v. BATIFFOL*, Henri, *ob. y p. cit.*

15 BATIFFOL, Henri, *ob. cit.*, p. 398.

16 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 41. El autor agrega que “...el juez (nacional del foro) se ve en la obligación de conjeturar lo que haría el juez extranjero” (p. 209).

17 Puede pensarse, y no sin razón, que el *juez del foro* mal podría asumir roles para enjuiciar constitucionalmente una norma extranjera de acuerdo con la constitución del Estado de origen, si en ese país extranjero el juez ordinario no está potenciado para ello.

18 *Cf.*, MORELLI, G., “Controllo della costituzionalità di norme straniere”, en *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tommaso Perassi*, vol. II, ed., Giuffrè, Milán 1957, pp. 171 y ss., *cit.* por SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 210.

19 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, pp. 210/1.

c) un tercer asunto surge cuando el *juez del foro* que debe aplicar la ley extranjera presuntamente violatoria de la constitución de ese país extranjero, no es competente, según el ordenamiento jurídico del país del foro, para declarar inconstitucionales a las leyes, puesto que el órgano autorizado para ello es otro (supóngase el caso de Costa Rica, donde esa competencia es de la Sala Constitucional de la Corte Suprema). En tal hipótesis, la duda es si debiera remitir los autos al órgano competente (la Sala Constitucional, en el supuesto de Costa Rica).

También aquí la respuesta es en pro del *juez del foro*,²⁰ Es él mismo quien debe efectivizar *todo* el derecho extranjero que le corresponde aplicar, y no la ley aislada del caso. Ese *todo* derecho extranjero implicaría tener en cuenta, incluso, la descalificación por inconstitucionalidad que tal derecho extranjero permite, por el órgano que sea. Naturalmente, esto implica ampliar las competencias del *juez del foro* en materia de control de constitucionalidad, claro está, en el caso que tratamos, que de control de constitucionalidad del *derecho importado* en razón de la constitución de ese mismo país, y no (en el supuesto que visualizamos) de la constitución nacional del juez del foro.

Esta conclusión puede extenderse al remoto caso en que la constitución del juez del foro reserve la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes locales, al Poder Legislativo (*control parlamentario* al estilo de la antigua URSS o Cuba, *vgr.*). Naturalmente, esta última afirmación es de por sí más controvertible que las anteriores.

IV. CONCLUSIONES

El presente aporte intenta abrir entre los constitucionalistas un debate hasta ahora inexistente o poco desarrollado (quizá porque cuantitativamente no sea en los hechos tan significativo, pese a su relevancia cualitativa), que sin embargo ya había atraído la atención y el estudio de los jusprivatistas.

La temática es a la vez muy interesante y hondamente discutible, ya que no existen principios dogmáticos a aplicar. Obviamente, detrás de todo subyacen los antagonismos entre monistas y dualistas, que repercutirán inexorablemente en las soluciones propuestas. También entran en juego posiciones conservadoras o activistas en torno al protagonismo de los jueces y su rol en materia de control de constitucionalidad. Todo este material controversial incita todavía más la discusión del asunto, por lo común bastante postpuesto, según vimos, en la esfera de los estudiosos del derecho constitucional.

20 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 212.

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

Antonio Canova González
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

I. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA

Basta una simple ojeada para constatar la presencia en las constituciones iberoamericanas de un listado amplio de derechos del hombre, enunciación, por cierto, a veces rayana en la demagogia. A pesar de la mayor o menor trascendencia práctica de tales derechos, no hay duda del carácter material de los textos supremos como uno de los rasgos típicos del constitucionalismo de la región.

Esta realidad actual es fruto de una larga tradición que arranca con los mismos orígenes de dichas naciones. Las ideas liberales esparcidas al mundo primordialmente por Norteamérica y Francia a finales del siglo XVIII, que ponen al hombre y a la consecución de su felicidad como el fin supremo de la estructura estatal, como se decía antes, caló hondo en el momento de la fundación de estos países, impulsando de hecho su formación como estados independientes. Desde entonces, hasta la actualidad, el liberalismo como teoría estatal ha estado en franco vigor en la América Ibérica, pese a las constantes interrupciones y a la distancia, a veces intolerable, entre las declaraciones constitucionales y la realidad social.

Lo cierto es que, con sus más y sus menos, ninguno de los países iberoamericanos escapó del traslado a su Constitución de un conjunto de derechos entendidos como inherentes a la persona humana. Con el pasar de los años, a más decir, siempre ha sido Iberoamérica un terreno fértil para el ensayo de nuevas formas de libertades de la persona. Así, una vez consolidada la relación primigenia de derechos humanos desde una concepción netamente individual, fue allí en donde por primera vez se elevó a la máxima categoría los derechos del hombre como componente de la sociedad o, incluso más recientemente, donde puede encontrarse un alto entusiasmo por las nuevas libertades humanas, en las cuales se exalta la solidaridad del hombre y de los pueblos¹.

Esta tendencia marcada al reconocimiento animoso de derechos inalienables de las personas, probablemente por el laberinto de sufrimientos que ha padecido esa región del mundo a lo largo de la historia, ha venido acompañada de fórmulas diversas para asegurar su vigencia, de intentos, más cercanos a la esperanza, para hacer que impere en el

1. Tres hechos significativos corroboran esta afirmación: Venezuela tuvo, en 1810, la tercera declaración de derechos del hombre en la historia de la humanidad. El constitucionalismo social tiene sus raíces en México, con la Revolución de 1917. Y Brasil ha sido uno de los primeros países en dar fuerza jurídica a varios de los derechos denominados como de tercera generación.

pueblo siquiera una porción de las libertades que prolijamente se le aseguran en los textos constitucionales.

Dejando de lado diferentes tipos de controles posibles para asegurar el acatamiento de las normas constitucionales, como los sociales y políticos, pareciera no suscitar mayores disputas la afirmación según la cual reside en los medios jurisdiccionales la verdadera garantía de su eficacia plena. Y es, sin duda, los tribunales en este trance desempeñan un rol de importancia enorme, pues constituyen éstos, por su independencia, imparcialidad y preparación, la más confiable trinchera ante las intenciones de violación de tales derechos².

Quizá la manera jurisdiccional más importante de alcanzar ese objetivo sea por intermedio de los medios de control de constitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas, que bien de modo particular, aunque en especial cuando sucede en abstracto, pone en capacidad a los tribunales de repeler regulaciones generales, y por ende de enorme incidencia, que restrinjan ilegítimamente la virtualidad que se desprende de las constituciones³. Esta opción ha sido transitada por la mayoría de las naciones iberoamericanas.

Pero, al hablar de una garantía subjetiva a tales derechos, pareciera que la convicción de que en los tribunales debía alojarse ha sido al menos tan fuerte como la certeza de que sería ello muy deficiente, acaso inverosímil, a través de los largos, complejos y costosos procesos ordinarios. El paso siguiente es sencillo de vislumbrar. Más temprano que tarde brotó la idea, insinuada ya en algunos países anglosajones, de utilizar mecanismos procesales específicos para tales efectos; de disponer medios dirigidos en exclusiva al amparo de los derechos superiores de las personas que reunieran las ventajas de las que adolecían las vías judiciales ordinarias. Esa llama se extendió de inmediato sin cortapisas por toda la región.

La primera materia que se vio vinculada a esta transformación en cuanto a su defensa procesal fue la libertad y seguridad personales. La trascendencia de este derecho y su inminente peligro en momentos de convulsión política hizo que, siguiendo la conseja inglesa de varios siglos atrás, desde los primeros tiempos de la formación de los nuevos países de la América Ibérica se hubiera percatado más de un líder alumbrado en la per-

2. Son muchas las maneras posibles para hacer valer los derechos constitucionales, pero, en la actualidad hay pocas dudas acerca de la disposición inmejorable de los tribunales para garantizarlos definitivamente. En los Estados Unidos, MADISON, James, estaba convencido de que la incorporación al texto constitucional de las primeras diez enmiendas contentivas de los derechos de los ciudadanos traía como consecuencia que "...unos tribunales de justicia independientes se considerarán a sí mismos, de manera peculiar, los guardianes de aquellos derechos; esos tribunales serán un valuarte impenetrable contra cualquier usurpación de poder por parte del legislativo o del ejecutivo". HUGHES, quien trae la cita anterior, hace suya esa noción y la explica del modo siguiente: "...en nuestro sistema, el individuo encuentra seguridad en sus derechos porque puede solicitar la protección de los tribunales, que representan la capacidad de las comunidades para dictar un fallo imparcial tan libre como sea posible de la pasión del momento y de las exigencias del interés o del perjuicio". HUGHES, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, F.C.E., México 1971, p. 164. Estas reseñas son citadas por FERNÁNDEZ SEGADO, quien seguidamente indica que esta verdad es predicable también en países ajenos al *common law*, para lo cual se vale asimismo de la opinión de LUCAS VERDÚ, Pablo. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución española de 1978)*, Ediciones Jurídicas, Lima 1994, p. 139.

3. Sobre la protección de los derechos fundamentales desplegada por los tribunales constitucionales en labores, principalmente, de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, es interesante, si bien limitada al ámbito europeo, la obra de FAVOREU, Louis, (ed.). *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 599-662. Traducción de AGUIAR DE LUQUE, Luis y RUBIO DE CASAS, María Gracia, *Cours constitutionnelles europeennes et droits fondamentaux*, 1982. En especial, véase el apreciable trabajo incluido en dicho libro colectivo de CAPPELLETTI, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", pp. 599-662.

tinencia de procesos judiciales especiales dispuestos a garantizar de modo efectivo la libertad de los individuos ante detenciones arbitrarias.

Los antecedentes en Iberoamérica de este instrumento excepcional, bautizado con la denominación sajona de *habeas corpus*, como relata García Belaunde, no deben hallarse en los fueros de Aragón, como en algunas oportunidades se ha sostenido, ya que la conquista española trajo al Nuevo Mundo las leyes de Castilla. Sus raíces, más bien, están en forma directa en las leyes constitucionales de Inglaterra y, subsidiaria o adicionalmente, en la práctica judicial y en la Constitución de los Estados Unidos de América⁴. La manera cómo surgió y fue explayándose esta garantía individual es expuesta perfectamente por el referido autor de la manera siguiente:

El antecedente más remoto en América Latina se encuentra en el seno de las Cortes de Cádiz, en las cuales el Diputado suplente por Guatemala don Manuel de Llano, propuso el 14 de diciembre de 1810:

‘Que para precaver en parte los males que, tantos años han afligido a la nación, se nombre una comisión que exclusivamente se ocupe de redactar una ley al tenor de la de Habeas Corpus que rige en Inglaterra, que asegure la libertad individual de los ciudadanos...’ (García La Guardia 1976, p. 198; Barragán 1976).

La ley no fue aprobada nunca, sino que en el fragor de las discusiones fue trasladada y unificada conjuntamente con otros tópicos yendo a parar al proyecto de Constitución integrando el Título V del texto definitivo que se refiere al Poder Judicial, y en donde si bien se reguló las protecciones contra las detenciones arbitrarias, la institución propiamente dicha no fue incorporada (Tierno Galván 1968, Revista de Estudios Políticos 1962).

El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código Penal del Brasil de 1830 (artículos 183-184) y más propiamente el Código de procedimientos penales del mismo país, sancionado en 1832, el cual en su artículo 340 señala que:

‘Todo o cidadão, que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de habeas corpus em seu favor’.

Poco tiempo después, el 1° de enero de 1837, y como fruto de un largo proceso, fueron promulgados en Guatemala los Códigos que Eduardo Livingston había formulado para el Estado de Luisiana, y cuyo Código Penal había traducido al castellano ya en 1831, don José Francisco Barrundia (García La Guardia 1978) (sin embargo, Guatemala consagra el Habeas Corpus a nivel constitucional recién en 1879)...⁵.

A partir de entonces sobrevino una rápida expansión de este instituto en toda la región iberoamericana. En El Salvador se consagró el *habeas corpus* en la Constitución de 1841, en Argentina, Costa Rica y en Honduras, en 1853 y 1865, respectivamente. Unos años más adelante, en 1879 y 1897, las legislaciones penales uruguaya y peruana introdujeron en esos países esta garantía de la libertad individual, que luego fue trasladada a las constituciones de Uruguay de 1919 y de Perú de 1920. En Panamá fue *constitucionalizado* el *habeas corpus* en 1904; en Bolivia, en 1938; y en 1947, en Venezuela.

Esta institución, en fin, se ha consolidado con el transcurso de los años y rige aún, si quiera formalmente, con diversos matices y variantes según los países, en todos los ibe-

4. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “La evolución legislativa del Hábeas Corpus en el Perú (1897-1979)” en HURTADO POZO, José, (ed.), *La nueva Constitución y el Derecho Penal*. Sesator, Lima 1980, p. 68.

5. *Ibidem*, pp. 68-70. Sobre las raíces del *habeas corpus* en Iberoamérica son también relevantes los artículos, de los cuales también da cuenta el trabajo precedente, de BARRAGÁN BARRAGÁN, Jorge Mario, “Estudio sobre la proposición para redactar una ley al tenor de la del Habeas Corpus en las Cortes de Cádiz” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 25-26, enero-agosto de 1976, p. 13-42; y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “El *habeas corpus* y el amparo en el Derecho Constitucional guatemalteco” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 41-68.

roamericanos, aunque respetando siempre unos rasgos comunes, como más adelante se detalla.

Algo semejante ha ocurrido con el resto de los derechos y libertades congregados en las constituciones. Además de la garantía suprema de la libertad individual, las otras también de jerarquía superior han contado desde bien temprano en la historia de la región con algún medio procesal específico para su resguardo.

El llamado amparo mexicano fue el instrumento que inició esta senda. Como más atrás se asomaba, el amparo se instituyó como un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, incluso contra leyes, en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, como un aspecto de la revisión judicial norteamericana. Sus preliminares pueden encontrarse en la obra de Manuel Crescencio Rejón, forjador de la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, y en la de Mariano Otero, plasmada en el Acta de Reformas a la Constitución Federal de 1824, y de 1847⁶.

Hacia el sur del continente se propagó también rápidamente esta vía expedita y específica para la defensa de los derechos constitucionales. Fix Zamudio relata la difusión de esta institución por los otros países iberoamericanos de esta manera: “El primer país que introdujo el amparo con posterioridad a México fue la República de El Salvador, en su Constitución de 13 de agosto de 1886; y le siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta Fundamental y Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala, en la reforma constitucional de 11 de marzo, y Argentina, en la provincia de Santa Fe de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su Constitución de 2 de enero de 1941; Costa Rica, en su Carta Suprema de 7 de noviembre de 1949; Venezuela en Ley Fundamental de 1961; Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus constituciones promulgadas en 1967, y por último Perú, en la Carta Suprema de julio de 1979, que entró en vigor en julio de 1980”⁷.

En los años subsiguientes a 1982, fecha en la que escribía el profesor mexicano, persiguió esta tendencia a la instauración del amparo constitucional en la región o, en todo caso, de otro proceso específico general para protección o tutela de los derechos constitucionales diferentes a la libertad y seguridad personales⁸. Así ocurrió en las constituciones de los países iberoamericanos de fechas posteriores, como sucedió en Colombia en 1991; a todo evento, se estableció en la legislación, como pasó en Uruguay en 1988; o, aún más, por vía jurisprudencial, tal cual se ha verificado en años recientes en República Dominicana.

6. Sobre la formación del amparo mexicano, véase la obra antes referida: FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993, en especial las pp. 22-30, 235-250, 351-363 y 409-413.

7. Termina el profesor mexicano este recuento histórico sobre la creación del amparo en los diferentes países iberoamericanos recordando que: “También se estatuyó el amparo en las dos constituciones federales de Centroamérica, es decir, en la constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada el 27 de agosto de 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921”. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México; Civitas, Madrid 1982, pp. 101-102.

8. Para esa fecha ya se habían creado en Brasil y Chile sendos procesos específicos de protección de los derechos constitucionales, a semejanza del amparo constitucional. El *mandado de securanca* brasileño y el *recurso de protección* datan desde 1934 y 1976, respectivamente. En el primer país indicado, por cierto, el *mandado de securanca* vino a limitar la amplitud que con anterioridad se daba al *habeas corpus*, en especial luego de su consagración en la Constitución de 1891, por el cual se protegía la totalidad de los derechos fundamentales. En esta postura extensiva del *habeas corpus* y de la necesidad de proteger los derechos fundamentales por medios específicos fue relevante la intervención de BARBOSA, Rui y LESSA, Pedro, según delata PINTO FERREIRA, Luiz. “Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil” en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 415-417.

II. REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En estos momentos, siguiendo la evolución que tiene germen en la misma creación de las naciones iberoamericanas, en todas ellas coexisten con los procesos judiciales ordinarios diferentes mecanismos procesales específicos para garantizar de modo subjetivo el vigor de los derechos humanos reconocidos en las constituciones respectivas.

No obstante la relevancia que el juicio ordinario puede poseer, y de hecho posee, en cuanto a la tutela de los derechos supremos de los ciudadanos, tanto indirectamente como, incluso, de modo directo, la opción unánime ha sido la de acrecentar las cuotas de protección de dichos derechos fundamentales con la adición de medios específicos, que puedan franquear las imperfecciones de aquéllos.

En muchos países de la zona se observa una tendencia marcada a la suplantación, simplemente, de los procesos ordinarios por los específicos en cuanto a la defensa de los derechos constitucionales, y es que, con el paso de los años, la apuesta pareciera centrarse en un incremento de éstos, desde todas las perspectivas imaginables.

Fix Zamudio da cuenta de este fenómeno hacia la expansión de los procesos específicos de amparo constitucional en Iberoamérica, parando mientes en tres aspectos: su operatividad en las relaciones entre particulares, el ensanchamiento de los derechos susceptibles de tutela y su aplicación a otros bienes más abstractos. Textualmente, señala: “En forma sucinta podemos mencionar que el derecho de amparo latinoamericano ha evolucionado para ampliar su esfera protectora, al menos en varios de los ordenamientos mencionados, en cuanto por una parte y de acuerdo con el precedente establecido por la Corte Suprema Argentina en el caso clásico de *Samuel Kot* resuelto el 5 de septiembre de 1958, cuando todavía no se legislaba sobre el amparo en el ámbito nacional, se ha ampliado la tutela del derecho de amparo a los actos de los *particulares*, que en estricto sentido se refiere a los grupos sociales en situación de predominio; en época más reciente también en cuanto a los derechos establecidos en instrumentos internacionales ratificados por los países respectivos, y finalmente también en relación con la tutela de los intereses (en realidad, derechos) calificados como traspersonales o difusos, frente a actos de autoridad que afecten a sectores sociales formados por personas indeterminadas”⁹.

El caso es que, como se apuntaba, esta predisposición para echar mano de procesos especiales de protección de derechos constitucionales es palmaria y pareciera animada a perdurar.

En la actualidad, según atrás se indicaba, todos los países iberoamericanos regulan en su ordenamiento constitucional una vía específica para contrarrestar las detenciones o privaciones de libertad arbitrarias, a la vez que ampara judicialmente de la misma forma distinguida los restantes derechos reconocidos en las leyes fundamentales.

El *hábeas corpus* está regulado actualmente en el artículo 43, último párrafo, de la Constitución de la Argentina. En Bolivia, el artículo 18 constitucional describe con bastante detalle esta misma garantía. El artículo 5, aparte LXVII, de la Ley Suprema brasileña advierte que: “Se concederá *habeas corpus* siempre que alguien sufriera o se creye-

9. FIX ZAMUDIO, Héctor. “Derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica” en *Instituto de Investigaciones Jurídicas-Biblioteca Jurídica Virtual*, Página de Internet; dirección URL: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/94/3.pdf> (2 de julio de 2001).

ra amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder”. Chile exhibe esta figura en el artículo 21 de la Constitución de 1980. Colombia, en el artículo 30.

El artículo 48 de la Constitución costarricense comienza, de modo simple pero rotundo, expresando que: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales...”. Una declaración similar está recogida en el artículo 11 de la Constitución de El Salvador. Mientras que Ecuador y Guatemala han optado, el primero en el artículo 93 y el segundo en los artículos 263 y 264, de sus respectivas Leyes Fundamentales, por regular con detenimiento esta garantía procesal especial. También con prolijidad es la regulación hondureña sobre el *hábeas corpus* o la *exhibición personal*, según se desprende del precepto 182 constitucional.

Por su parte, la Constitución nicaragüense, en el artículo 45, apenas da cuenta de tal mecanismo procesal, el cual denomina *recurso de exhibición personal*, y remite a su desarrollo legal. En Panamá es el artículo 23 de la Constitución el que defiende esta institución. Con sumo detalle, intentando inclusive una clasificación de los momentos en que puede funcionar, la Constitución paraguaya regula en su disposición 133 la garantía del *hábeas corpus*. Algo similar ocurre en Perú, de conformidad con el artículo 200 constitucional; y en la Ley Fundamental de República Dominicana, artículo 8, inciso 2, letra c, que textualmente establece: “Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona”.

“En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de *habeas corpus*, a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado”, destaca el artículo 17 de la Constitución de Uruguay; mientras que la nueva Constitución venezolana consagra esta garantía fundamental en el último párrafo del artículo 27.

Al margen de esta garantía específica para los derechos de locomoción o libertad y seguridad personales, todos los ordenamientos iberoamericanos también se han decantado por algún proceso especial para velar por los demás derechos consagrados constitucionalmente. El amparo constitucional, o sus equivalentes en algunos países, cumplen tal misión como proceso general, amplio y en cierta forma residual en esta tarea.

El mismo artículo 43 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, ha llevado a la máxima jerarquía esta garantía que tuvo un alumbramiento pretoriano, según se deduce de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los casos de *Ángel Siri* y *Samuel Kot S.R.L.*, de fechas 27 de diciembre de 1957 y 5 de septiembre de 1958, respectivamente.

En Bolivia, como en la mayoría de los países de la zona, el amparo tiene también un rango constitucional, como se indica en el artículo 19, que en su parte primera, de modo general, establece como garantía de las personas la siguiente: “Fuera del recurso de *habeas corpus* a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes”.

En Costa Rica, el artículo 48 de la Ley Fundamental expresa que además del *hábeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, se establece el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Cons-

titudin, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

También se regula esta vía procesal especial en el artículo 95 de la Constitución de Ecuador; en el 247 de El Salvador; en el 265 de Guatemala; en el 183 de Honduras. El amparo mexicano, como es bien sabido, ha ido desdoblándose en cuanto a sus funciones y es ahora un proceso complejo, que por algunos ha sido calificado como una verdadera *federación* de garantías. Su regulación corre entre varios preceptos de la Constitución, principalmente el 107, y la Ley de Amparo, vigente desde 1936.

La Constitución de Nicaragua prevé este proceso especial en el artículo 45; mientras que la de Panamá lo hace suyo en el artículo 50. En Paraguay, entre las garantías constitucionales, en el artículo 134 se enumera el amparo, que se regula, en su parte esencial, del modo siguiente: “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente”. Algo muy parecido ocurre en la Constitución de Perú, en el artículo 200, que trata de las garantías constitucionales, inciso 2, dedicado en exclusiva al amparo constitucional. En Venezuela, siguiendo la fórmula estrenada ya en la Constitución de 1961, en el artículo 27 de la vigente, de 1999, se sentencia con carácter general que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

En República Dominicana y Uruguay el amparo constitucional no está regulado en las constituciones correspondientes. En el segundo país, aunque algunos entienden que de modo implícito sí tiene cobertura en el Texto Supremo, bien sea en el artículo 7 o en el 72, a todo evento la legislación, Ley 16.011 de 1988, ha venido a cubrir esa carencia¹⁰. En República Dominicana, en cambio, solamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia avala esta figura, como se desprende de la sentencia de fecha de 24 de febrero de 1999, caso: *Productos Avon, S.A.*, que buscó respaldo en la disposición 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificado por dicho país y que alude al derecho de toda persona “...a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En Brasil, Chile y Colombia, finalmente, la garantía específica de los derechos se lleva a cabo por procesos denominados de manera diferente pero que, en lo general, reúnen las mismas características de los que se han reseñado más atrás, pues son instrumentos judiciales que permiten a los ciudadanos exigir la vigencia o el restablecimiento de los derechos y libertades enumerados en los textos supremos de tales Estados.

En Brasil, tal misión de tutela de los derechos constitucionales diferentes al de locomoción, protegido por el *habeas corpus*, y al de información, por el que vela el *habeas data*, se ejecuta por intermedio del *mandado de segurança*, que es un medio creado en

10. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Uruguay” en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, p. 920.

1934 y que está nombrado actualmente en el artículo 5, inciso LXVIII, de la Constitución de 1988¹¹.

El recurso de protección chileno es que hace de garantía constitucional específica para los derechos diferentes a la libertad individual, susceptible de *hábeas corpus*. Nació por Decreto-Ley 1552, de 13 de septiembre de 1976, y está previsto ahora en el artículo 20 de la Constitución vigente, de 1980¹².

En Colombia, por último, donde se ponía en falta algún proceso especial para la protección expedita y efectiva de los derechos fundamentales¹³, la Constitución de 1991, en el artículo 86, vino a saldar lo que se entendía una deuda con la sociedad con la concesión de la acción de tutela, que en su parte medular quedó descrita del modo que sigue: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Es menester finalmente expresar que, si bien es el amparo constitucional, o su equivalente en Brasil, Chile y Colombia, junto con el *hábeas corpus*, los dos procesos específicos de protección de los derechos constitucional que se repiten en todos los países iberoamericanos, siguiendo la tendencia que antes se anotaba en cuanto a la ampliación de la cobertura de tales libertades en algunos países, cuando no se ha ensanchando sin más la operatividad de esos medios tradicionales, se ha resuelto por introducir nuevos y diferentes procesos específicos.

Con estas nuevas garantías constitucionales, en el mejor de los supuestos, se ha intentado tapar lagunas que dejaban los medios preexistentes en virtud de las que se consideraban sus características innatas, como delataba, verbigracia, la recurrente incapacidad en muchos lugares para prestar tutela a intereses difusos o colectivos; o bien se pretendía proteger de mejor manera algunos derechos constitucionales concretos que eran amparados incorrectamente con anterioridad.

En esta corriente disgregativa habría que enumerar a países como Ecuador, Paraguay y Perú, que junto con el *hábeas corpus* y el amparo han instituido de modo diferenciado una garantía constitucional especial, conocida como *hábeas data*, que procede para cuidar por el respeto al derecho a la información o al acceso a los archivos públicos, aunque también para resguardar la información que descansa sobre una persona en algún órgano estatal o privado.

Igualmente, inevitable resulta aludir en este punto a la realidad de Argentina y Brasil, en donde, en paralelo con el *hábeas corpus*, el amparo general o el *mandado de segurança*, según el caso, y el *hábeas data*, se han contemplado como garantías constitucionales específicas, un *amparo* o *mandado de segurança colectivo*, para la tutela de derechos difusos o de incidencia general, y, en el segundo, además, una vía especial denominada *mandado de injucao*, para contrarrestar vacíos legislativos que afecten los derechos de alguna persona, además de otra bautizada como *acción popular*, que cuida por

11. La bibliografía sobre este instrumento brasileño es inmensa, pero al menos es pertinente nombrar el libro colectivo de: ALCALÁ ZAMORA, Niceto, (et al.). *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*. Universidad Autónoma de México, México 1963, 126 p.

12. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El recurso de protección en Chile”, *ob. cit.*

13. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, “La acción de tutela colombiana” en ABERASTURI, Pedro, (et al.). *La protección constitucional del ciudadano -Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela-*. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires 1999, p. 110-111.

la indemnidad de bienes constitucionales como el patrimonio público y la moralidad pública, el medio ambiente y la herencia histórica y cultural¹⁴.

Con todo y que la multiplicación de garantías constitucionales está en pleno apogeo¹⁵, pareciera claro que únicamente el *hábeas corpus* y el amparo constitucional, entendido éste de modo amplio, son las garantías específicas de protección de los derechos constitucionales comunes a todos los países iberoamericanos.

Las otras garantías constitucionales de las que se hablaba previamente, al final, o bien quedan englobadas en el amparo general o no pasan de ser una originalidad. A lo sumo, podría verse en ellas los albores de una corriente futura, por ahora no generalizada en la región, por lo que en las dos primeras vías procesales específicas, el *hábeas corpus* y el amparo, es que debe centrarse la atención por los momentos, como se hace a continuación, en los siguientes apartados.

III. RASGOS GENERALES DEL “HÁBEAS CORPUS” IBEROAMERICANO

Acaso sea posible hablar, como hacen algunos, de un *hábeas corpus* iberoamericano¹⁶. Pese a las semejanzas con el instituto anglosajón que le sirvió de inspiración, el desarrollo de este medio específico de protección de derechos fundamentales en los países de la América Ibérica ha estado rodeado de cierta peculiaridad que arroja al final un talante particular¹⁷.

Al indagar sobre las notas comunes en la región más resaltantes de esta garantía constitucional resulta forzoso reparar, al menos, en los siguientes aspectos: al ámbito de derechos tutelados y la diversidad de sus efectos, su relación con el Derecho Penal y la amplitud en cuanto a los sujetos procesales.

14. Algún sector de la doctrina brasileña ha cuestionado, con razón, la tendencia a crear diferentes medios procesales o “acciones”, cuando lo debido, respetando el carácter unívoco del concepto de acción, sería aludir a diferentes pretensiones, por más que pueda requerir cada una de éstas alguna variación en la regulación del procedimiento. V., en concreto, el trabajo de LOPES LOURENÇO, Rodrigo, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Editora Forense, Río de Janeiro 1998, p. 156-158.

15. La Constitución de 1999 de Venezuela, la última de la región, pareciera enmarcarse en esta tendencia, confirmándola, aunque la amplitud con la que se trata el amparo constitucional podría terminar por suponer, más que una disgregación, un ensanchamiento de éste. El nuevo artículo 26 habla ya de que el derecho genérico de acción debe ser útil para proteger derechos difusos y colectivos; luego el artículo 28 habla del derecho a la información de todos, dando pie a la creación autónoma del *hábeas data*, al cual se hace referencia expresa en el artículo 281 constitucional, entre las atribuciones del Defensor del Pueblo. También hubo alguna alusión a este medio específico aparte en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, elaborado por la Corte Suprema de Justicia en 1999 bajo la coordinación del ex-magistrado LA ROCHE, Humberto J., que con anterioridad se ha mencionado.

16. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “El *hábeas corpus* latinoamericano”, *ob. cit.*

17. *Ibidem*, quien en las conclusiones hace la siguiente reflexión: “Como puede verse del largo recorrido que hemos efectuado, el *hábeas corpus*, nacido dentro del *Common Law* y desarrollado dentro de esa familia jurídica, llegó al continente latinoamericano, con una fuerte tradición jurídica romanista, a principios del siglo XIX y encontró suelo fértil en donde germinó sin dificultad. Y creció en forma tan rica, que si bien guarda un aire de familia con sus orígenes, se ha distanciado tanto del modelo, que goza ya de una fisonomía y características propias”. p. 559-660.

1. **Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia**

En cuanto al primer punto, es constante la afirmación en las regulaciones nacionales de que el *hábeas corpus* procede para amparar el derecho de libertad física o personal ante detenciones ilegítimas o arbitrarias. La consecuencia de una lesión de este estilo no es otra que la liberación inmediata del afectado. Éste es el efecto natural de este proceso en todos los países de la zona.

Empero, a través de este medio de protección, que destaca por su efectividad, se da cobijo también a otros derechos fundamentales conexos y, por ende, su utilidad se extiende también hasta otras esferas.

En Argentina, verbigracia, según el artículo 43 constitucional, además del derecho de libertad física, el *hábeas corpus* se utiliza para repeler el agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o el de desaparición forzada de personas. El artículo 18 de la Constitución boliviana extiende este remedio especial a los casos de personas perseguidas.

En Brasil, el artículo 5, inciso LXVII, de la Constitución alude expresamente al derecho de libre locomoción o circulación, que se entiende susceptible de reparación, según desgrana el Código de Proceso Penal, en los artículos 647 y 648, cuando efectivamente esté alguien detenido, cuando la detención sea inminente o cuando esté ante cualquier otro tipo de coacción ilegal a su libertad de ir y venir. Esto ocurre, según enumera el último precepto, cuando no haya causa justa, cuando la persona haya estado presa por más tiempo del que determina la ley o cuando la persona que ordena la coacción no tenga competencia para hacerlo, entre otras posibilidades.

El *hábeas corpus* en Costa Rica es también especialmente amplio en cuanto a su manto protector y los efectos de la decisión judicial, según ha interpretado la jurisprudencia y explica la doctrina. En dicho país centroamericano, según el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional procede esta garantía procesal para garantizar la libertad e integridad personales, para contrarrestar las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que para proteger los derechos a la integridad personal, a la libertad de movimiento y a la permanencia, salida e ingreso del país. Además, el precepto siguiente, de modo residual, establece que: “Cuando en el *hábeas corpus* se alegaren otras violaciones que tengan relación con la libertad personal, en cualquiera de sus formas, y los hechos fueren conexos con el acto atribuido como ilegítimo, por constituir su causa o finalidad en esta vía se resolverá también sobre esas violaciones”.

Especialmente demostrativa de esta utilización extendida del *hábeas corpus* es la regulación en Guatemala y Paraguay, que está condensada igualmente en las Constituciones, en el artículo 263 de la primera, y 133 de la segunda. Aquel precepto aclara que procede este instrumento en el clásico estilo reparador; también de modo preventivo e inclusive de otro genérico, en virtud del cual se podrá demandar la rectificación de circunstancias que sin estar contempladas en los dos casos anteriores restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal, al mismo tiempo que en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. La última disposición, por su parte, deja sentado que por tal medio procesal se protege a quien se encuentre “ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley”, y que, según los casos, la actuación del tribunal competente consistirá en pedir la inmediata exhibición

ante sí del afectado “...a fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto”.

La amplitud en cuanto al ámbito de derechos tutelados por el *hábeas corpus* y, de suyo, la maniobrabilidad del tribunal competente en restablecer el orden constitucional se denota, finalmente, en Perú. La Constitución, sin mucho esfuerzo, se limita a indicar que tal garantía procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual “o los derechos constitucionales conexos”. Seguidamente la Ley 23506, que regula el *hábeas corpus* y amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982, aunque modificada luego por las Leyes 25011, 25315, 25398 y 26248; por los Decretos Legislativos 613, 824, 900 y por el Decreto Ley 25433, atiende a esta orientación constitucional de generosidad y, en el artículo 12, enumera o nombra, con la advertencia expresa de que se trata de un listado enunciativo, nunca taxativo, los derechos o variantes susceptibles de amparo por esta garantía constitucional.

Se indica así en el artículo 10 de dicha Ley 23506, de modo detallado, que el *hábeas corpus* sirve para velar o restablecer la violación de los siguientes derechos: 1) Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole; 2) Libertad de conciencia y de creencia; 3) El de no ser violentado para obtener declaraciones; 4) El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 5) El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; 6) El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; 7) El de no ser secuestrado; 8) El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado; 9) El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad; 10) El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de un día; 11) El de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones de alimentos; 12) El de no ser privado del pasaporte, dentro o fuera de la República; 13) El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley; 14) El de ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad; 15) El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual; 16) El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena; 17) El de que se observe el trámite correspondiente cuando se trate de procesamiento o detención de las personas¹⁸.

2. Relación del “hábeas corpus” con el Derecho Penal

Otra nota del *hábeas corpus* en los países iberoamericanos ha sido su tradicional vinculación con el Derecho Penal, tanto en cuanto a su regulación, que usualmente se lleva

18. La Ley n° 25398, finalmente, aclara en su artículo 18, que se entiende también que la detención es arbitraria cuando se dilata la liberación de un detenido, existiendo mandato judicial para ponerlo en libertad.

a cabo en los Códigos o Leyes procesal penal, como en lo atinente a los jueces competentes, que suelen ser los de la especialidad penal.

La relación manifiesta de esta garantía judicial con el detenido, con las funciones de policía judicial y los procesos penales, le han acercado en buena parte de los países del sub-continente al Derecho Penal desde épocas memorables. No en vano la regulación inicial de la misma ocurrió en el Código Procesal Penal brasileño de 1832. Conforme con ese empezar, en la actualidad el *habeas corpus* sigue mayormente anclado, en las diferentes naciones, en las leyes de procedimiento penal.

Sin embargo, como previene García Belaunde, se ha comenzado a presenciar en los últimos tiempos un viraje en la regulación de la materia hacia leyes de carácter procesal constitucional, siendo algunas de las legislaciones recientes de la región, como la de Argentina, Costa Rica, Guatemala, México, Perú y Venezuela, las más representativas. Según dicho autor, esta tendencia, si bien no generalizada aún, gana cada día más adeptos y encuentra fundamento o respaldo en una argumentación simple que parte del objeto propio del proceso penal y su falta de acomodo con la finalidad que se busca alcanzar por el *habeas corpus*¹⁹. En un futuro, realmente, es posible un cambio de perspectiva.

Esto último incide también en la competencia de los tribunales para resolver estos procesos constitucionales específicos. Por lo general son los tribunales penales los que resuelven estos procesos, así lo hagan como jueces constitucionales eventuales. De esta manera ocurre, entre otros, en Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela y apenas puede hablarse de excepción en Chile, donde son las Cortes de Apelaciones las competentes; en Costa Rica, que únicamente es atribución de la Sala Constitucional; en El Salvador, que bien sea en única instancia o en apelación compete a la Sala de lo Constitucional y en algún otro país²⁰.

3. Amplitud en cuanto a los sujetos

El último asunto que debe destacarse acerca del *habeas corpus* es el referente a los sujetos que intervienen en esta garantía especial, donde también sale a relucir la amplitud e inclusive el carácter de orden público de dicho proceso.

En algunos países de la región, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala, Uruguay y Venezuela, se mira con llaneza que pueda poner en funcionamiento el aparato

19. GARCÍA BELAÜNDE, luego de detenerse en el objeto del proceso penal y en la finalidad del *habeas corpus*, alcanza el corolario siguiente: "La conclusión es, pues, clara: el proceso penal busca aplicar la ley penal y ésta, como se sabe, disciplina todo lo referente a los delitos y las penas. Por tanto, si consideramos que el *habeas corpus* debe estar regulado en las leyes procesales penales, arribamos a una contradicción, ya que cuando así sucede y aún en los países que lo tratan en leyes especiales (...), los procesos de *habeas corpus* buscan la inmediata protección de la persona, pero no contemplan sanción alguna, sino que concluido el proceso sumarísimo, queda abierta la posibilidad -o la necesidad según los casos- de que se inicie un proceso penal para sancionar por esta vía al presunto responsable o eventual imputado. Por tanto, en esta hipótesis, el *habeas corpus* sería un proceso penal que, luego de terminado, requeriría otro proceso penal para precisar el delito y la correspondiente sanción. El absurdo salta a la vista, y sólo puede explicarse por razones históricas, por la natural vinculación de la protección de la libertad personal al ámbito penal y por el insuficiente desarrollo de la doctrina y de la legislación constitucionales en la América Latina". GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, "El *habeas corpus* latinoamericano", *ob. cit.*, p. 652-653.

20. Si bien, como se indicaba, en la gran mayoría de los países de la zona son los jueces penales los habilitados para resolver el *habeas corpus*, hay algunos otros, actualmente, en los que se aloja este medio específico, siquiera como revisión final, en el respectivo tribunal constitucional. Así sucede en Brasil, Bolivia, Nicaragua, Ecuador y Panamá.

judicial cualquier persona, sin que se exija siquiera una relación preexistente con el afectado en su derecho fundamental.

Ante esta peculiaridad, algunos entienden que rige para esta garantía constitucional una verdadera acción popular, en virtud de que hay ausencia de reglas en cuanto a la legitimación o cualidad; mientras que otros ven apropiado explicar esta circunstancia desde otra posición, como sería la de acudir a la figura de la representación sin poder, que operaría en este proceso en concreto en razón de la previsible dificultad para la víctima de una privación o restricción ilegítima de su libertad de acudir a los tribunales competentes por sí mismo o de habilitar correctamente a alguien para su defensa²¹. Cualquiera de las dos justificaciones anteriores, como puede apreciarse, lleva algo de razón, aunque lo realmente relevante es que ninguna de ellas modifica en algo la situación fáctica descrita.

La otra cuestión a resaltar sobre los sujetos en el *habeas corpus* iberoamericano es su predisposición de atajar los abusos cometidos por los órganos públicos, aún los de carácter jurisdiccional, al tiempo que las limitaciones a los derechos proferidas ilegítimamente por otros particulares. Esta anchura acerca de los sujetos imputados, que sigue una evolución creciente, va en consonancia, en fin, con el tratamiento extensivo que se da en la región a la defensa del orden constitucional y, en particular, a la protección de los derechos fundamentales²².

IV. RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

El proceso de amparo constitucional del que dispone, así sea con nombre diferente o alguna que otra variante, la totalidad de los países iberoamericanos, presenta también unas constantes importantes en diversos aspectos significativos. Esto da la posibilidad de analizar este instituto de modo unitario, a pesar de que en los distintos ordenamientos puedan presentarse algunas diferencias, a veces nada deleznales.

Con las debidas precauciones, pues, los aspectos de esta garantía judicial que ameritan ser estudiadas en conjunto, a los efectos de lograr un esbozo general del mismo, son las siguientes: la naturaleza de este medio procesal, los jueces competentes, los principios que determinan su procedimiento, los derechos constitucionales amparables, el espectro de actos susceptibles de control y los efectos de la sentencia.

1. El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional

La característica principal del amparo constitucional en los sistemas nacionales del continente iberoamericano es su concepción como un proceso inicial y alternativo a los ordinarios.

21. La posibilidad de iniciar el *habeas corpus* por una persona carente de relación con la víctima está prevista en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela, entre otros; siendo especialmente en Costa Rica, con base en el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde la doctrina claramente se pronuncia por la vigencia de una acción popular. V., especialmente: HERNÁNDEZ VALLÉ, Rubén, "La jurisdicción constitucional en Costa Rica" en GARCÍA BELAÜNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid 1997, p. 517.

22. GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, "El *habeas corpus* latinoamericano", *ob. cit.*, pp. 649-650.

Los procesos ordinarios son procedentes para tutelar y restablecer los derechos e intereses de las personas, por lo que también sirven para restablecer derechos de rango constitucional. Así, de hecho, debería suceder en principio. El amparo constitucional viene, sin embargo, a presentarse como una opción alternativa a aquella ordinaria. Se trata el amparo, pues, de un proceso especial, paralelo, que en ocasiones, atendiendo a las limitaciones que impone cada ordenamiento, puede suplantar el camino procesal general que está previsto.

Esto supone que el proceso de amparo, como el ordinario, es una primera instancia de conocimiento sobre el asunto debatido. A través de aquél, como de éstos, se lleva por primera vez la cuestión al orden jurisdiccional. Es fiel representante del derecho fundamental de accionar, de acceso a los tribunales para la defensa de situaciones jurídicas subjetivas o, si se quiere, del primer elemento que deriva del complejo derecho a la tutela judicial efectiva²³.

No se trata el amparo, por consiguiente, de un recurso procesal o medio de impugnación, sea ordinario o extraordinario. Su finalidad, al menos en su vertiente original²⁴, no es revisar sentencias judiciales. No comparte la naturaleza de un medio subsidiario, entendido por éstos los que sólo se admiten una vez que se haya hecho uso y hubiera discurrido hasta el fin toda la serie de acciones y defensas procesales para contrarrestar una concreta violación jurídica.

Esta disposición de alternabilidad del amparo constitucional frente a las vías judiciales ordinarias puede predicarse, con sus más y sus menos, en la totalidad de los países iberoamericanos. Así es reconocido en diversas ocasiones por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, con todo y que en ocasiones se deniegue que su proceder no es fruto de una opción libre del afectado, sino que debe acatar algunos límites fijados de antemano para su ejercicio válido.

En efecto, ante el riesgo patente de que este proceso específico de protección constitucional acabe sustituyendo o suplantando todo el sistema procesal común, lo cual ha sobrevenido ya en diferentes países de la región²⁵, en virtud de que reúne beneficios para el solicitante que no suelen mostrar los juicios ordinarios, la réplica habitual ha sido la de endosar al amparo una nota de especialidad, que apenas lo haga procedente en supuestos excepcionales o extraordinarios.

23. Sobre el carácter complejo del derecho a la tutela judicial efectiva y los elementos que lo conforman, pueden verse, entre otras, las obras de: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid 1989, 284 p. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona 1997, BORRAJO INIESTA, Ignacio; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El derecho a la tutela judicial y el amparo constitucional. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid 1995. CANO MATA, Antonio, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 24 de la Constitución)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1984, 598 p.

24. Toda esta descripción del amparo iberoamericano está circunscrita a su modalidad más usual, general, contra todo tipo de actos, hechos u omisiones, salvo contra sentencias. Y es que, en este supuesto, excepcional entre los países iberoamericanos, son palpables unas diferencias importantes en varios aspectos procesales relevantes, además de en su propia finalidad. Esta clase de amparo, pues, queda en principio descartado de este análisis, aunque más adelante habrá ocasión de hacer algún comentario.

25. Este fenómeno es harto conocido, por ejemplo, en Brasil, Colombia, Perú y Venezuela, entre otros. No por casualidad es común encontrar en la doctrina de esos países juicios de cautela sobre estos medios procesales específicos de protección constitucional como el siguiente, adjudicado a quien otrora fuera magistrada de la Corte Suprema de Justicia venezolana: el amparo constitucional "...usado bien, para los buenos fines, es la vía rápida para llegar a la justicia. Usado mal, puede hacer estallar todo el sistema procesal". RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Amparo Constitucional*, Arte, Caracas 1988, 350 p.

Sólo cuando las vías ordinarias se vislumbren anticipadamente como ineficaces, se acostumbra decir en muchos países, se daría acceso libre al proceso especial de amparo; de lo contrario, el medio de protección ordinario debería ser el utilizado por ser considerado por el legislador como el idóneo para resolver las controversias, de cualquier entidad, que se presenten entre los miembros de la sociedad²⁶.

Este carácter del amparo constitucional alternativo a los otros procesos judiciales ordinarios, aunque con mayores o menores restricciones, se repite en todos los países de la América Ibérica y constituye una nota importante para su descripción, en particular al momento de proceder a su comparación con procesos similares de otras latitudes.

2. Competencia en materia de amparo constitucional

La naturaleza del amparo constitucional en Iberoamérica como un proceso inicial o alternativo a los ordinarios conduce a que la competencia para su solución esté asignada por lo general a los tribunales ordinarios, siguiendo las reglas de competencia que normalmente se utiliza en cada país para la resolución de los procesos ordinarios que versaren sobre los mismos asuntos.

En principio, entonces, son los juzgados ordinarios de primera instancia los que dirimen las peticiones de amparo constitucional, como ocurre, de hecho, en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, entre otros. En otras naciones de la región la competencia está repartida en varios tribunales, inclusive en algunos de la más alta jerarquía en la estructura judicial, como las cortes o tribunales supremos, que ejercen así tareas en instancia inicial en esta materia, como es el caso de Brasil, Chile, Guatemala y Venezuela. Mientras que en otros pocos, y concretamente en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá, se ha dejado al tribunal supremo de la justicia constitucional, prácticamente, el conocimiento exclusivo de estos procesos especiales, que vienen a actuar también como una primera instancia de conocimiento.

Ahora bien, a pesar de esta propensión clara a residenciar en los tribunales ordinarios el conocimiento de los procesos de amparo constitucional, si se repara en la evolución que se ha presenciado en los últimos años en varios países puede atisbarse una tenden-

26. Estas limitaciones se repiten en varios países, como Argentina, Colombia, El Salvador, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Sobre el primer país, véase la evolución jurisprudencial de la que da cuenta LAZZARINI, José Luis, "El juicio de amparo" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000, p. 216-217. En Colombia, el artículo 6 del Decreto 2591 prevé también la restricción de las vías ordinarias al libre ejercicio del amparo, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido relajando la limitación al extremo de señalar que el medio que puede impedir la interposición válida de la tutela debe dar una protección tan inmediata y efectiva, al menos, como la que ofrece aquélla, por lo que en la práctica son escasas las posibilidades de coartar su operatividad. Véase la sentencia de la Corte T-222/1993, de 17 de junio de 1993 y las explicaciones de OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, p. 43-48. En relación con El Salvador, por ejemplo, ANAYA BARRAZA, Salvador Enrique, "La jurisdicción constitucional en El Salvador" en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid 1997, p. 604. En Venezuela, una causal de inadmisibilidad del amparo establecida en la ley es que el afectado haya optado por acudir a las vías judiciales ordinarias, pero la jurisprudencia del máximo tribunal, poco después de dictada esa regulación, cambiaba la interpretación literal por otra que obligaba a los particulares a acudir a tales vías preexistentes si fueran efectivas. La sentencia clave en tal criterio, aún conservado, es la de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de fecha 14 de agosto de 90, caso: *Pedro Francisco Grespán Muñoz*; sobre la doctrina: CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas 2001, pp. 248 y ss.

cia también nítida hacia la participación en estos juicios de los tribunales especializados en justicia constitucional, en especial cuando se extiende la observación hacia las etapas sucesivas del proceso de amparo. El tribunal constitucional, o el que hace sus veces, con el tiempo, ha venido asumiendo un grupo de funciones en esta materia, normalmente como una segunda instancia o, aún, como una instancia de revisión final y predispuesta hacia una dimensión objetiva²⁷.

En esta situación recién descrita están Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela. Aunque también debe a éstos agregarse Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá, en los cuales el amparo es competencia propia, más aún, exclusiva, de las respectivas Cortes Supremas de Justicia, en la sala o sección prefijada. Por último, algunos otros países como Argentina, Brasil, México y Paraguay, que por una u otra vía tienen abierto el camino para que los respectivos tribunales supremos revisen, así sea por recursos extraordinarios, las decisiones de amparo constitucional que emitan los órganos jurisdiccionales inferiores.

En conclusión, en cuanto a la competencia en amparo constitucional, la posición a la que se adhiere la mayoría de los países es que sean los tribunales ordinarios, en las instancias inferiores o al menos en las mismas competentes para resolver los procesos comunes contra los actos atacados, los que deben conocer y decidir esos procesos especiales de tutela de los derechos constitucionales. Hay, no obstante, una inclinación reciente a que el tribunal constitucional, o en el que haga sus veces, intervenga en tales procesos, bien sea como una instancia inicial, exclusiva u ocasional, o como un último y definitivo escalón en la revisión de las sentencias emanadas de los jueces inferiores.

3. Principios del proceso de amparo constitucional

La misma razón que ha avivado la propagación y consolidación en toda la región iberoamericana del amparo constitucional como medio alternativo a los procesos ordinarios, a saber, la deficiente aptitud de éstos para proteger de modo efectivo los derechos cardinales del ordenamiento jurídico, ha conllevado que el tratamiento procesal dispensado a aquél haya sido deliberada y marcadamente ventajoso para el actor, para el demandante, o en definitiva para la parte que se siente disminuido en el goce y disfrute de sus derechos constitucionales.

Este proceso especial, en efecto, está acondicionado en la gran mayoría de los países que lo adoptan para restablecer de modo raudo, justo y efectivo la lesión de los derechos constitucionales de las personas.

Los principios procesales que imperan en él son el de celeridad y brevedad, el de preferencia, el de economía, cuando no simplemente el de gratuidad y el de informalidad. A esto debe sumarse la relajación del principio dispositivo, tanto en lo referente a la atenuación en ocasiones de la exigencia de impulso de la parte afectada, como, en especial, en lo atinente a la actitud activa del juez en búsqueda de la verdad material y, por ende, en amplias facultades de investigación de oficio. Todo esto se acompaña, al final, con poderes suficientes a los jueces para hacer cumplir sus fallos, para lo cual se ve librado de muchas limitaciones o condiciones -mitos, quizá- que por otros medios debería ineludiblemente acatar.

27. Debe tenerse en cuenta que, como en un capítulo anterior se expresaba, la especialización en materia constitucional lleva pocos años en los países iberoamericanos y aún no está del todo consolidada. Cuando se instrumentó el amparo en estas naciones, pues, no había lugar a esta identificación.

Estos son, más o menos, los caracteres que de ordinario asocian al proceso de amparo constitucional iberoamericano, como se desprende, entre otros países, de la regulación de Argentina²⁸, Chile²⁹, Colombia³⁰, Costa Rica³¹, Ecuador³² y Venezuela³³. Inclusive en República Dominicana, donde el amparo es de creación jurisprudencial y no tiene una regulación específica, la jurisprudencia ha escogido para su tramitación un procedimiento expedito que reúne muchas de estas características, como lo es el del *referimiento*, reglado en los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978³⁴.

28. El propio artículo 43 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, hace mención a que la protección de los derechos constitucionales por el amparo deberá ser “expedita”.

29. Sobre las características del procedimiento del recurso de protección, V., NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El recurso de protección en Chile”, *ob. cit.*, especialmente pp. 169 y ss.

30. La muestra más clara de estos principios procesales en la acción de tutela está en los artículos 13, 14, 15, 17 y 18 del Decreto 2591. Este último, inclusive, da primacía a la celeridad sobre cualquier otro principio procesal, aún de rango constitucional, como el de defensa. Textualmente, dice: “El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”.

31. En Costa Rica los principios de brevedad e informalidad del amparo y los extensos poderes de la Sala Constitucional al momento de conocer y sentenciar estos asuntos, están presentes en su máxima expresión. Varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dan muestra de ello, así como las relaciones que hace, entre otros, PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Una década de la nueva justicia constitucional” en PIZA ESCALANTE, Rodolfo, (et al.). *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, Universidad Autónoma de Centro América, San José, Costa Rica 1998.

32. El artículo 95 de la Constitución, en el cual se regula bastante cuidadosamente el amparo, trae estas partes demostrativas del carácter informal, preferente, sumario, inquisitivo, y efectivo de su tramitación: “Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública... Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”.

33. La Constitución de 1999 da muestras de esta corriente en cuanto al procedimiento de amparo, avalando las previsiones legales, aún vigentes, sobre la materia. Sobre los principios que impulsan este proceso específico de protección constitucional V., CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, *ob. cit.*, pp. 206 y ss.

34. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 1999, caso *Productos Avon, S.A.*, por el cual se asintió la práctica del amparo constitucional en República Dominicana pese a ausencia de reconocimiento positivo expreso, sentó algunas bases en cuanto al procedimiento en su parte resolutive. Textualmente, el apartado segundo de ese fallo, determinó lo siguiente: “a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacada; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los Arts. 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas”.

4. Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional

Otra característica relevante del amparo constitucional en Iberoamérica es su disposición para velar por todos los derechos consagrados en las diferentes constituciones. El manto protector de ese medio especial abarca, con la reserva de Chile, la totalidad de estas libertades, sin quedar limitada a algunas de ellas en particular o a algún grupo de los mismos.

Tanto los derechos individuales o civiles, como los políticos, los de contenido social, los económicos y culturales, todos, son en principio susceptibles de tutela por esta vía si encuentran consagración constitucional. Con el solo hecho de que estén tales libertades recogidas en la Ley Fundamental, las personas menoscabadas en su ejercicio están en capacidad de acudir válidamente a los tribunales para pedir su vigencia plena por este medio especial³⁵.

La amplitud en esta materia llega al extremo de que todo derecho humano establecido en algún tratado internacional reconocido en el país pasa a incorporarse inmediatamente al ordenamiento con la jerarquía suprema, pasa a ser *constitucionalizado*, si se quiere. A la vez, es frecuente que en la zona aún se otorgue el máximo rango a algún derecho o garantía, no contemplado expresa en las disposiciones constitucionales, que pueda considerarse como inherente a la persona humana o a la tradición republicana. Por ende, ambos grupos de derechos humanos, si bien no incluidos originariamente en la Constitución, quedan cobijados también por el resguardo que propina el amparo.

Esta generosidad en relación con los derechos susceptibles de amparo es, sin duda, una nota común de este instituto iberoamericano que ha sido puesto en evidencia en varias oportunidades, como, por ejemplo, por Piza Escalante, cuando expresa que entre los países iberoamericanos hay la convicción de que: "...el reconocimiento de que los derechos *fundamentales*, por ende amparables, no son sólo los civiles y políticos -en Europa los únicos protegidos así-, sino también los económicos, sociales y culturales; más correctamente, no sólo los de libertad-autonomía -o derechos *negativos*, a la abstención del Estado, además, desde luego, de su garantía-, sino también los de participación o prestación -o derechos *positivos*, a la acción del Estado-; y no sólo los claramente identificables como derechos subjetivos, directamente exigibles en sí mismos, sino también los *reflejos* o *reaccionales* -al modo de los *intereses legítimos* del Derecho Administrativo-, que habilitan a sus titulares por lo menos para reaccionar, incluso jurisdiccionalmente, oponiéndose a cualquier norma o acto que de modo ilegítimo los suprima o restrinja, los otorgue o los niegue con discriminación, o los omita o retarde sin justificación; y no sólo los reconocidos textualmente como tales por la Constitución o, en su caso, por el Derecho Internacional aplicable, sino también los que se deriven de normas de competencia constitucional -como la *reserva de ley* en materia de tributos, aunque no esté plasmado el derecho a no pagar los creados reglamentaria, ejecutiva o

35. En Colombia, por ejemplo, el artículo 86 de la Constitución habla de "derechos constitucionales fundamentales" como aquéllos por los que vela la acción de tutela, y justamente hay un capítulo de la Constitución, el I del Título II, que trata de los "derechos fundamentales". La posición jurisprudencial ha sido, sin embargo, extensiva, al entender tales derechos fundamentales incluidos en la protección, pero sin descartar todos los demás derechos consagrados en el texto supremo e, inclusive, los establecidos en tratados internacionales sobre esa materia y los inherentes a la persona humana. Sobre esta amplitud, en particular en cuanto a los derechos sociales y económicos, V., OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, ob. cit., pp. 131 y ss. Perú también es un buen ejemplo de esta tendencia a la dilatación de los derechos que entran en el objeto protegido por el amparo, ya que, pese a que el artículo 24 de la Ley 23506, de 8 de diciembre de 1982, establece un listado de derechos amparables, la postura pacífica ha sido la de concebirlo como una enumeración, netamente enunciativa.

administrativamente-, o de principios o valores fundamentales del ordenamiento, o, en general, de la intrínseca dignidad del ser humano o del sistema democrático representativo, o representativo-participativo y, desde luego, alternativo y pluralista, único admisible como propio del Estado Democrático de Derecho contemporáneo; principios o valores fundamentales aún si no consagrados por esas u otras normas, como las consuetudinarias o las de la legislación común, pero en América, de todos modos, legislados positivamente en todas sus Leyes Fundamentales, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras”³⁶.

La única excepción que suele conseguirse en cuanto a los derechos de protección posible por el amparo son aquéllos que se cuidan a través de otros procesos específicos, como el de libertad y seguridad personales, que es materia del *hábeas corpus*, y el de acceso a la información que repose en órganos públicos o privados, amparado por el *hábeas data*; así como los derechos de incidencia colectiva o difusa. Por lo general, éstos resultan excluidos del amparo constitucional iberoamericano, bien sea porque éste actúa de un modo residual o, en todo caso, en virtud de su falta de acomodo con reglas que arraigadamente se atribuyen a éste, como el de la particularidad de la legitimación y el de los efectos de la sentencia exclusivos para las personas que participen en el juicio.

5. Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional

La labor encomendada al proceso de amparo constitucional en los países iberoamericanos, a saber, la de asegurar la plena justiciabilidad de las violaciones a los derechos de mayor jerarquía en el ordenamiento, ejerce también una influencia notable en el aspecto relativo al ámbito de actuaciones susceptibles de ser controladas por esta vía judicial especial.

La amplitud que reluce en varios puntos de su regulación en éste vuelve a brillar. En varios países de la región se sostiene, de hecho, que no hay ámbito alguno que quede fuera del control judicial por la vía del amparo constitucional³⁷. Y lo cierto es que éste procede, en principio, contra cualquier acto, hecho, omisión, sea proveniente de los antes públicos, aunque también de los particulares, que violen o amenacen de violación cualquier derecho constitucional o sus equivalentes.

Destaca, pues, el que por esta vía se puedan enfrentar violaciones consumadas y amenazas; que no sea requerida una formalidad especial a los actos administrativos o públicos para su impugnación en los estrados judiciales, procediendo entonces frente a simples hechos materiales; y que aún las actuaciones de los particulares sean materia de amparo en caso de que atenten contra los derechos protegidos³⁸. La permisividad es

36. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Una década de la nueva justicia constitucional”, *ob. cit.*

37. Guatemala y Venezuela, por ejemplo, son paradigmas en este sentido. El artículo 265 de la Constitución guatemalteca así lo expresa terminantemente. En Venezuela, una sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de 31 de enero de 1991, caso *Anselmo Natale*, señaló: “No puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo ésta, no como una forma de control jurisdiccional de la inconstitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad, sino -como se ha dicho- un remedio de protección de las libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce y disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica, o grupos u organizaciones privadas, amenace vulnerarlas o las vulneren efectivamente”.

38. El amparo contra actos particulares, con algunas limitaciones que, sin embargo, van decreciendo, se admite entre otros en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela. La evolución

elocuente, pasando a ser este medio procesal especial el más digno exponente del derecho fundamental de acción o a la tutela judicial efectiva, que asegura la intervención judicial en todo momento en que se discuta la vigencia de algún derecho o interés y que proscribe, por ende, la indefensión de modo terminante.

Finalmente, vale señalar que la holgura en cuanto a los actos sujetos al amparo constitucional se corrobora con la admisión en algunos países iberoamericanos, aunque sea ya excepcionalmente, de su pertinencia frente a leyes³⁹ y, en otros pocos, contra sentencias⁴⁰.

6. Efectos de la sentencia de amparo constitucional

El último punto a destacar del amparo constitucional en los países iberoamericanos es el de los efectos de la sentencia estimatoria, que consecuente con la finalidad perseguida de hacer respetar los derechos constitucionales de las personas son, en todo momento, restablecedores.

Por este medio, en los diferentes países, se persigue volver a la situación preexistente a la lesión de derechos fundamentales, del modo que resulte más efectivo a tales objetivos.

Esto hace del amparo constitucional en muchos países una acción que podría calificarse como *interdictal*, en el sentido de que sus consecuencias alcanzan sólo el restable-

colombiana es buena ejemplificación de esta corriente. De ella da cuenta, con detalle, ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, ob. cit., p. 223-290.

39. Se trata en este caso de un añadido a la virtualidad de por sí ya dilatada del amparo, que, sin embargo, en poco modifica la índole y características esenciales de este medio procesal garantizador. Ello, por cuanto esta modalidad se suscribe normalmente es para combatir leyes "autoaplicativas", es decir, que tienen un contenido particular y no requieren de actos de aplicación, que es la opción prevista en Colombia y El Salvador; o, en todo caso, si bien ya de verdaderas normas generales y abstractas, llamadas también "heteroaplicativas", esta clase de amparo se usa para cuestionar los actos de aplicación o ejecución de tales leyes generales, por lo que a fin de cuentas el amparo no es más que una vía para activar el poder conferido normalmente a los países de la región de controlar incidentalmente la constitucionalidad de las leyes. Así ocurre, por ejemplo, en El Salvador, también en Venezuela, según surge de la sentencia líder de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de fecha 12 de agosto de 1992, caso *Colegio de Abogados del Distrito Federal*. En cuanto a la doctrina, BREWER-CARÍAS, Allan R., "La acción de amparo contra leyes y demás actos normativos en el Derecho venezolano" en *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, San José, Costa Rica 1998.

40. La mayoría de los países se inclina por negar esta modalidad de amparo y los que la acogen muestran, de ordinario, muchas reticencias. Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Venezuela son exponentes de esto último, pues la admisión de esta clase de amparo está reservada a supuestos excepcionales. En todo caso, es menester llamar la atención de que la forma como se comporta esta clase de amparo en los países iberoamericanos es muy disímil, presentando diferencias notables entre sí.

En algunos países el amparo contra sentencia se ve principalmente como un recurso judicial más, que vendría a completar a los ordinarios. Sería éste el caso de México, pero también el de Bolivia, Chile, Honduras, Perú y Venezuela. En otros, el amparo se proyecta como un recurso final, que es competencia de tribunal constitucional, como ocurre en El Salvador y -así sea en apelación- en Guatemala. También en Colombia, luego de la anulación de la tutela contra sentencias y la admisión de tal recurso por la Corte Constitucional, en exclusiva, contra las llamadas vías de hecho judiciales de última instancia.

En este último grupo, más limitado aún en cuanto al número de países, el amparo no persigue tanto la protección subjetiva de derechos constitucionales, sino que más bien es un mecanismo ulterior y subsidiario útil para vigilar la interpretación de la Constitución que hacen los jueces una vez concluidos completamente los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento procesal, con fines preponderantemente objetivos. De cualquier modo, es evidente que esta variante de amparo difiere en cuanto a la finalidad principal y muchas de sus características de la vertiente general, donde impera su condición de proceso inicial o alternativo, que es, de hecho, la descripción que se ha hecho más atrás del instituto del amparo en Iberoamérica.

cimiento de la situación jurídica infringida sin extenderse más allá, es decir, sin pasar a condenas pecuniarias por las lesiones sufridas; al mismo tiempo que no trae una resolución definitiva e inmutable de la controversia, al no oponerse al planteamiento del mismo asunto de nuevo por las vías ordinarias, que dilucidan, éstos sí, de modo concluyente o final la cuestión referente a la violación o no de derechos constitucionales.

Bajo el argumento, en apariencia sólido, de que a razón de la brevedad del procedimiento y la ausencia, por tanto, de una contención plena entre las partes encontradas, en muchos países iberoamericanos, verbigracia, en Argentina, Chile, Guatemala, Paraguay y Venezuela⁴¹, impera la postura de que los efectos del amparo constitucional deben ser no definitivos, inmutables, sino únicamente restablecedores.

No obstante, esta tesis, si bien mayoritaria, no es admitida en todos lados y la inclinación en los últimos años se encamina en sentido contrario. El hecho de que el proceso de amparo termine su curso en el tribunal de mayor jerarquía, en el tribunal supremo de la justicia constitucional, bien sea porque a éste se atribuye en primera y única instancia, como ocurre en El Salvador y Costa Rica, o porque esté habilitado para revisar ulteriormente todos los fallos en esa materia dictados por el resto de los jueces, como sucede en Colombia, da pie para que el fallo de amparo se tenga como definitivo, para que no sea susceptible de revisión por otras vías la controversia ya resuelta y para que, en esa misma decisión, se establezcan las condenas patrimoniales correspondientes⁴².

V. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Una vez repasada la manera en que se articula en los países iberoamericanos la tutela de los derechos constitucionales y haber comentado varias de las características de los medios procesales utilizados a tales efectos, luce pertinente ensayar una clasificación sobre la materia que permita, más adelante, efectuar las comparaciones de rigor con otros modelos de justicia constitucional. Para ello, primero, debe esbozarse una clasificación general sobre la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales, para, de seguidas, concluir identificando con tales pautas a los procesos existentes en los países de Iberoamérica.

1. Clasificación general

La manera en que los tribunales nacionales se acomodan para prestar la tutela debida a los derechos contemplados en la Constitución es muy diversa. Dejando de lado el control de constitucionalidad de las leyes, que como se ha señalado es un instrumento cru-

41. En cuanto a Chile, el propio artículo 20 de la Constitución pregona esta posición, de la cual está al tanto la doctrina, como acredita NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El recurso de protección en Chile", *ob. cit.*, p. 171. En Venezuela, por otra parte, esta postura surge directamente de la legislación sobre la materia (artículo 6 inciso 3, y 36 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), y mantiene apoyo en la doctrina tradicional, como por ejemplo: LINARES BENZO, Gustavo, *El proceso de amparo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1999, p. 351; aunque otro sector de la doctrina esté empezando a oponerse: CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, *ob. cit.*, pp. 337-341.

42. En Costa Rica, esto se extrae plenamente de los artículos 26 y 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

cial en la defensa en abstracto de los derechos fundamentales, y poniendo el foco más bien en la protección personalizada a tales derechos fundamentales, es patente que cada país puede elegir entre métodos diferentes y, por ende, las clasificaciones que de ellos se han hecho son también muy dispares⁴³.

En estas líneas se prefiere una ordenación general y que sirva para describir de buena manera las guías o contornos de cada sistema en este punto.

Así, se disgrega, primero, entre la protección de derechos que se obtiene por conducto de los medios procesales generales, de la que se otorga por procesos específicos o concebidos exclusivamente para esos fines. Estos últimos pueden dividirse a su vez en varias clases, pero se ha optado sólo por tres que son muy expresivas: por un lado, una atiende al ámbito de derechos constitucionales que amparen, para entonces hablar de procesos específicos de alcance general y procesos específicos particulares o sectoriales; por otro, otra mira si estos procesos específicos tutelan los derechos constitucionales de modo inicial o, en cambio, prestan su auxilio de forma ulterior o subsidiaria, por lo que el control es llevado a cabo principalmente sobre los otros órganos jurisdiccionales que tutelaron en su momento tales derechos; finalmente, observando ahora la naturaleza de los tribunales que otorgan la tutela, se distingue entre procesos específicos decididos por tribunales especializados o procesos específicos ante tribunales ordinarios.

La primera escisión clasificatoria a la que se aludía es, como es obvio, la más general. Parte de que los derechos constitucionales, antes que nada, son verdaderas situaciones jurídicas subjetivas de las que gozan las personas por el mero hecho de su condición. Éstas, ante esa declaración constitucional ven incrementado su ámbito de libertad y, por ello, están en condiciones de exigir a cualquiera el respeto correspondiente y la reparación o el restablecimiento ante la eventualidad de menoscabo.

El carácter de las libertades constitucionales como verdaderos derechos subjetivos supone que todo proceso judicial ordinario, dispuesto para hacer valer los derechos e intereses que a las personas reconoce el ordenamiento jurídico, sea útil si quiere asegurarse la indemnidad de uno de aquéllos o su restitución plena en caso de violación⁴⁴. De

43. FIX ZAMUDIO, quien se ha dedicado a este tema en el orden interno y supranacional, al estudiar la materia en el primer ámbito, que es el que ahora nos ocupa, da cuenta del extenso número de clasificaciones que pueden encontrarse en doctrina, así como del carácter "arbitrario", a fin de cuentas, de todas ellas, inclusive de la por él mismo patrocinada. Entre otras, cita la clásica diferenciación de DUGUIT, Léon entre garantías constitucionales preventivas y represivas y la propuesta por el tratadista mexicano REYES, Rodolfo, quien hablaba en 1934 de medios preventivos, represivos y reparadores. La clasificación de FIX ZAMUDIO, es la siguiente: los remedios procesales indirectos, que serían los que están dirigidos a la protección de los derechos ordinarios pero que, eventualmente, pueden tutelar también los fundamentales, como el proceso ordinario; los instrumentos complementarios, que son aquéllos que si bien no han sido estructurados para proteger estos derechos superiores se utilizan para sancionar la lesión a los mismos cuando ha sido consumada, como los procesos de reparación de daños y perjuicios; y los medios procesales específicos, que son los que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz, rápida y con efectos reparadores, a los derechos fundamentales, como el *habeas corpus*, el amparo constitucional, la *Verfassungsbeschwerde*, entre otros. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos...*, *ob. cit.*, pp. 31 y ss.

44. PÉREZ TREMP, de modo simple, pero categórico, razona del modo siguiente: "Si los derechos y libertades forman parte del ordenamiento, hecho sobre el que no cabe duda alguna, en principio hay que considerar que los instrumentos procesales generales que se otorgan al ciudadano para su defensa deben servir también para garantizar el respeto de aquéllos". PÉREZ TREMP, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales" en *Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*. Ministerio de Justicia, Madrid 1988, v. III, p. 1773. En el mismo sentido, AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española" en *Revista de Derecho Político*, n° 10, 1981, pp. 123 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, *ob. cit.*, pp. 143 y ss. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos...*, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.

modo eventual, entonces, se acomoda el engranaje procesal ordinario para garantizar los derechos de significación más alta en el ordenamiento jurídico.

Pero, con todo y la fuerza de la afirmación precedente, no puede olvidarse que los derechos constitucionales no son simples derechos subjetivos de las personas. Su cobijo entre las normas supremas del ordenamiento jurídico desvela una importancia considerable para el sistema en general. No en vano es común en estos momentos la afirmación, advertida ya hace más de dos siglos, según la cual la protección de los derechos superiores del hombre constituye el norte de la organización estatal.

La relevancia y trascendencia indiscutida de los derechos de la persona previstos en la Constitución trae como consecuencia la necesidad de asegurar su virtualidad de la manera más resuelta y efectiva. Y, como consecuencia de lo anterior, la misión en cuanto al resguardo de los derechos constitucionales que debe acometer todo juez por virtud de los procesos generales se suele aparejar, se complementa, con otros procesos que miran de modo específico, exclusivo, a esos efectos⁴⁵.

Se intenta asegurar, del mejor modo, que brille en todo momento la luz de las libertades fundamentales y que, de vacilar, se logre por medios procesales *ad hoc* a hacerlos volver a encandilar de modo presto y convincente. La vigencia de los derechos supremos espera alcanzarse no únicamente por las vías generales, sino también gracias a unos procesos específicos que encuadran todos en el concepto de justicia constitucional que en este trabajo se ha acogido⁴⁶.

Las razones que motivan la existencia de estos procesos específicos de tutela de derechos constitucionales son profundas y dependen de cada país en concreto. Sin embargo, pareciera acertado pensar que se alinean a la consecución de estos dos grandes objetivos: Por un lado, con tales medios específicos viene a completarse el sistema procesal ordinario, a llenar los vacíos y fallas que en más de una ocasión y lugar salen a relucir⁴⁷. Por el otro, sirven ellos, cuando menos, para incrementar o reforzar las garantías que ofrecen por sí solas dichas vías judiciales generales, para dotarles de mayor efectividad o, en todo caso, de más coherencia.

Esta vertiente de medios específicos de protección de derechos fundamentales, cualquiera sea la razón de su previsión, como se decía, es a su vez divisible en varias ramas.

45. Es patente que no es una condición inexcusable para la vigencia del Estado de Derecho la preexistencia de garantías procesales específicas para la defensa de los derechos fundamentales. Realmente, los medios judiciales ordinarios deberían ser suficientes y capaces de conseguir tal tutela de modo eficaz y pleno y, de allí, que en muchos países, y precisamente en varios que son paradigmas en cuanto a la juridicidad estatal, carezcan de procesos especiales para esa finalidad. PÉREZ TREMP, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1773 y s.

46. Vale recordar que en la parte introductoria de este trabajo, al hacer las precisiones y advertencias más penitentes, sobre el concepto de justicia constitucional, en la sección 2.1., se advirtió que se incorporaría toda la actividad jurisdiccional de defensa de las normas y principios constitucionales frente a las leyes o actos de similar jerarquía o frente a cualquier otro acto, hecho u omisión proveniente de entes públicos o personas privadas, sea desempeñada por cualquier tribunal, especial u ordinario, aunque, en el supuesto último, cuando dicho control de constitucionalidad se efectúe por medios especiales, es decir, por alguno que tenga por fin exclusivo o principal tal defensa.

47. Tales deficiencias se observan de modo recurrente, por ejemplo, en la materia contencioso-administrativa, que todavía está en proceso de deslastrarse de las limitaciones y de dogmas como su carácter objetivo y revisor que le rodean desde sus propios orígenes franceses, cuando era impensable -ni era querido- un sistema eficaz de control sobre la Administración Pública. Aún continua el contencioso administrativo en franca lucha por adaptarse a los designios constitucionales actuales, que en primer término están determinados en las obligaciones que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. V., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid 1992, 238 p.

Las tres que aquí se toman en consideración miran al ámbito de acción de estos procesos, a su disposición inicial o ulterior y al carácter especializado o no de la tutela expedida.

La primera categorización es muy simple y fácil de determinar. Separa entre procesos específicos de protección de los derechos constitucionales de alcance general, cuando son aptos para la protección de todo tipo de derechos constitucionales, cualquiera sea el sector jurídico en el que se vean quebrantados; y procesos sectoriales o particulares, si únicamente son operantes para restituir algún derecho en particular o cuando la contradicción devenga en una rama jurídica concreta, como la administrativa, agraria, laboral o penal, entre otras⁴⁸.

La segunda división comprende a los procesos específicos concebidos como iniciales y alternativos o como ulteriores y subsidiarios.

Los procesos denominados iniciales son aquéllos por los cuales los afectados acuden a los tribunales competentes en búsqueda de una reparación de su situación jurídica concreta. Se trata de vías procesales paralelas a las ordinarias; más bien, alternativas, aun cuando pueda conminarse a las personas a hacer uso de los procesos ordinarios a menos que, por las circunstancias del caso, puedan avizorarse desde un principio como ineficaces. Son procesos, por consiguiente, encaminados a asegurar que la tutela judicial general sea realmente plena o integral y, a la vez, más efectiva, en cuanto viene a sanearla de males comunes, como son la lentitud, el exceso de formalismos y la ineficacia.

Los procesos llamados ulteriores o subsidiarios, en cambio, están ordenados para surtir efectos una vez que los remedios procesales ordinarios, inclusive los específicos iniciales, hayan sido operativos. No pueden ser utilizados por los afectados de modo inicial, sino exclusivamente cuando hubiera acudido a los otros en un momento preliminar y estimen que la tutela que ameritaban sus derechos constitucionales no fue debidamente atendida.

Estos últimos procesos específicos acaban enderezando las lesiones a derechos constitucionales que perduren una vez transcurrido todo el sistema procesal previsto para defenderlos. Bien sea porque a través de éstos no se restablecieron debidamente los derechos denunciados originalmente como menoscabados o por cuanto en el curso de tales procesos previos se produjeron otras lesiones a las libertades públicas supremas. Son procesos previstos para vigilar a los vigilantes. En pocas palabras, procesos que tienen por fin revisar las actuaciones de los demás tribunales y saldar las violaciones de derechos fundamentales que pudieran cometer, tanto por omisión como por acción. Con ellos se refuerza el sistema de protección constitucional por la adición de una instancia y se otorga, a la vez, cierta coherencia y uniformidad a la interpretación de la Constitución.

En estrecha relación con la clasificación precedente está la última que se toma aquí en consideración, de la especialidad o no de los tribunales que conocen de los medios específicos de protección de los derechos fundamentales. Se trata de ver, aquí, si el tribunal llamado a sentenciar el proceso específico en cuestión es ordinario o está vinculado claramente con el Derecho Constitucional y la interpretación de las normas supremas⁴⁹.

48. Esta ramificación es bastante general y de ella da cuenta, por ejemplo, PÉREZ TREMP, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1778 y ss.

49. La conexión entre este criterio de clasificación y el anterior, que mira al carácter inicial o ulterior de los medios específicos de protección de los derechos constitucionales es patente, en virtud de que, por regla general,

Las anteriores, en fin, son las modalidades, en abstracto y entre muchas otras posibles y válidas, como pueden arreglarse en los diferentes sistemas o modelos las garantías de los derechos constitucionales de las personas. Las opciones son variadas, como es notorio, al igual que los objetivos que con cada técnica pretenden alcanzarse. Una mirada al Derecho Comparado corrobora la multiplicidad de razones que en cada país se ha barajado y la distribución variopinta acordada en definitiva⁵⁰.

2. El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales

No resulta muy complejo ubicar en la clasificación general expuesta los medios jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales presentes en la enorme mayoría de los países iberoamericanos.

Al lado del proceso judicial ordinario, que es aprovechable de modo eventual al menos para vigilar el respeto de la parte dogmática de la Constitución, las otras dos vías que están en disposición de los afectados para solicitar a los tribunales el respeto debido a sus derechos y libertades, a saber, el *hábeas corpus* y el amparo constitucional, encajan abiertamente en la clase de medios específicos, pues tienen ambos por función principal la defensa de derechos fundamentales.

Una vez dentro de esta categoría, el *hábeas corpus* sería un medio particular o sectorial, en virtud de que vela únicamente por el derecho a la libertad individual y otros conexos; mientras que el amparo tendría un alcance general, al proteger cualquier otro derecho fundamental. Ambos, sin embargo, aquí se complementan, prestando una tutela integral a la totalidad de los derechos constitucionales de naturaleza subjetiva.

Además, tales garantías constitucionales iberoamericanas deben ubicarse en la orden de los procesos específicos iniciales, por cuanto están arreglados para otorgar una tutela jurídica de primera instancia a los derechos fundamentales.

Asimismo, son ambos medios procesales específicos no especializados, porque en la mayoría de los países su resolución está en manos de los tribunales ordinarios, los cuales, como es obvio, carecen de una preparación especial temas relacionados con el Derecho Constitucional.

Es de subrayar, ante la evidencia anterior, que no suelen contar los países de la región con algún proceso específico ulterior ni especializado. Esta clase de medios de defensa de los derechos constitucionales, si bien está presente en algún que otro país, no rige de modo generalizado.

los procesos iniciales son competencia de tribunales ordinarios en primer grado, con las excepciones de rigor en cuanto al objeto o funcionario al que se imputa la lesión, los cuales carecen de una preparación y disposición especial en torno a la lectura constitucional. En contraposición, los procesos específicos ulteriores o subsidiarios suelen residenciarse en el tribunal de más alta jerarquía de justicia constitucional, especializado en labores de interpretación de las normas supremas. Los primeros prestan un amparo genérico, por llamarlo de alguna manera; los segundos, los tribunales constitucionales, un amparo a los derechos constitucionales especializado.

50. PÉREZ TREMP, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1778 y ss., plantea el hecho de que depende de distintas variables la escogencia en un sistema nacional concreto del modo de garantizar procesalmente los derechos constitucionales. Hace alusión a la valoración de aspectos como la naturaleza del derecho, es decir, si son derechos de libertad o de prestación, su grado de "complitud", los destinatarios, entre otros.

Dejando de lado los países como Argentina y Brasil, en los que hay una articulación plena entre el tribunal constitucional y los demás tribunales gracias al carácter omnímodo del recurso extraordinario, que permite una revisión ulterior de cualquier decisión judicial que, entre otras cosas, menoscabe derechos constitucionales, apenas podría hablarse de la presencia de estos medios ulteriores para la defensa de los derechos constitucionales, de manera general, en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala y Venezuela. Y, con todo, en los tres primeros, su creación ha sido pretoriana, además de que en esos países, siempre, se le ha tratado con muchas reservas.

Salvo esos países que sí exhiben un medio específico ulterior y general, el cual por cierto es normalmente el mismo amparo constitucional, en su vertiente contra sentencias, la manera alterna como se alcanzan los efectos de tal recurso en otros países de la región es gracias a la participación del máximo tribunal de justicia constitucional como instancia final en los procesos de amparo.

Cuando dicho tribunal constitucional interviene el amparo pasa a desempeñarse, a la vez, como un medio inicial y, luego, como uno del tipo ulterior y especializado, al menos en lo que a la revisión de las sentencias que sobre esa materia emitan los otros tribunales de menor jerarquía. No se dispenda, en este supuesto, una revisión final y especializada general, pues queda circunscrita a los procesos específicos de tutela constitucional que son los susceptibles de impugnación, final, ante el respectivo tribunal constitucional.

Salvo esta forma peculiar y parcial de control de decisiones judiciales en cuanto a su justeza con los derechos constitucionales, vigente en Bolivia, Ecuador, Honduras, México y Perú, no es válido predicar entre los sistemas naciones de justicia constitucional iberoamericanos la presencia de algún medio específico de control jurisdiccional ulterior y especial.

Podría concluirse, en consecuencia, que la protección de los derechos fundamentales en la mayoría de tales países goza de la característica de brevedad, preferencia y efectividad. Que es integral, al abarcar la totalidad de los derechos constitucionales subjetivos. Pero no puede predicarse, salvo, acaso, en cinco países, que tal protección específica se verifique de modo especializado ni reforzado. Esta intensidad mayor en cuanto a calidad y cantidad de la tutela se obtiene en otros tantos países más, como se decía, de una manera muy parcial y atípica.

§ 51 LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO¹

Héctor Fix-Zamudio

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

1. En el muy merecido homenaje a uno de los más destacados juristas latinoamericanos, nos centraremos en alguna de sus muchas aportaciones, que es la relativa al penetrante análisis comparativo del derecho de amparo latinoamericano, en el cual establece un conjunto de lineamientos que son de gran utilidad para estudiar con profundidad esta institución tutelar de los derechos humanos en nuestra región, pero que ha tenido repercusiones en otros ordenamientos, especialmente de Europea Continental, y además con trascendencia a varios instrumentos internacionales.

2. Debemos destacar que los estudios del jurista venezolano son impresionantes y abarcan prácticamente todo el enorme campo del derecho público contemporáneo, ya que ha incursionado en los campos de los derechos administrativo, constitucional, procesal internacional, y sería temerario siquiera intentar una simple descripción de una obra extremadamente prolífica. Por ello únicamente podemos señalar algunos de sus estudios más extensos, como son los contenidos en su obra *Instituciones Políticas y Constitucionales*, en VII volúmenes (Caracas-San Cristóbal, 1996-1997)², la minuciosa y muy documentada obra *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1989), como resultado de los cursos que dictó en esa Universidad como titular de la Cátedra Simón Bolívar durante los años 1985-1986; y más recientemente ha aparecido una recopilación muy extensa de sus estudios publicados en los idiomas inglés y francés (ya que también ha sido profesor de las Universidades francesas París II y de Aix-en-Provence, y en la Universidad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo). Esta última obra, *Études de Droit Public Comparé*, ha sido patrocinada por la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la que es Vicepresidente, y publicada por la prestigiada editorial Bruylant (Bruselas, 2001, 1182 pp.)³.

1. Para el muy distinguido jurista venezolano Allan R., BREWER-CARÍAS, como homenaje a su impresionante y fecunda producción jurídica.

2. Los títulos específicos de esta monumental obra son: Tomo I, *El régimen constitucional del Estado*; Tomo II, *El régimen del poder público y su distribución vertical: el poder nacional, el régimen federal y municipal*; Tomo III, *La distribución horizontal del poder público: el sistema de gobierno*; Tomo IV, *Los derechos y garantías constitucionales*; Tomo V, *El derecho y acción de amparo*; Tomo VI, *La justicia constitucional*; y Tomo VII, *La justicia administrativa*.

3. Como el sumario de esta voluminosa obra es muy extenso, únicamente nos limitamos a destacar que comprende cuatro secciones: I. Derecho administrativo comparado; II. Derecho constitucional comparado; III. Derecho constitucional de la integración, y XIV Justicia constitucional comparada.

3. De la simple descripción anterior, que es únicamente ejemplificativa, podemos observar la gran extensión y profundidad de la obra del profesor Brewer-Carías. Pero por nuestra parte, como hemos dicho, nos limitaremos a comentar sus ideas en relación con el derecho de amparo que tienen su génesis en un breve pero muy penetrante estudio, con motivo de su participación en el XI Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en la ciudad de San José, Costa Rica, en el año de 1993, intervención que se publicó con el nombre *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (Una aproximación comparativa)* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993).

II. LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO

4. En primer lugar, el distinguido jurista venezolano establece un concepto genérico del amparo como *derecho constitucional de los ciudadanos derivado del derecho de supremacía de la Constitución a obtener la protección judicial a sus derechos y libertades por todos los tribunales*. Este concepto sirve de punto de partida al autor para establecer varias categorías del amparo: A) En primer término analiza la protección por conducto de medios judiciales ordinarios, y como ejemplos cita los llamados writs angloamericanos, entre ellos el hábeas corpus, el mandamus, la injunctio y la prohibition; el référé francés, y el procedimiento especial de urgencia italiano⁴.

5. B) En segundo lugar se sitúa al *amparo como pretensión constitucional a través de múltiples instrumentos jurisdiccionales ordinarios, pero específico para la protección de los derechos y libertades fundamentales*. En este sector se citan como ejemplos el juicio de amparo mexicano, que agrupa cinco instrumentos procesales, como son la tutela de la libertad personal equivalente al hábeas corpus; el procedimiento equivalente al proceso administrativo; la reclamación contra las normas generales; la impugnación de las resoluciones judiciales por medio de un recurso de casación federal; y la protección de los campesinos sujetos a la reforma agraria; el derecho de amparo de Venezuela, según la anterior Carta Fundamental de 1961, que comprende no sólo la acción de amparo propiamente dicha sino que incluye también la libertad e integridad personales (hábeas corpus), así como otras acciones y recursos establecidos en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en vigor a partir del 22 de enero de 1988 (situación actual). Dentro de esta categoría se comprende también la acción de tutela establecida por la Carta colombiana de 1991, ya que además de este instrumento específico, la protección de los derechos fundamentales se ejerce ante los tribunales mediante otras acciones o recursos que puede establecer el legislador.

6. C). Un tercer sector comprende *una garantía jurisdiccional específica (acción o recurso) para la protección de los derechos y libertades fundamentales*, que puede considerarse como el amparo en sentido estricto. Dentro de esta categoría, el profesor Brewer-Carías señala varias hipótesis: a) la primera se refiere *al amparo como una acción o recurso que se ejerce ante un organismo jurisdiccional especializado (Tribunal o Corte Constitucional)*: Como ejemplos el autor cita al recurso de amparo español, la

4. *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (Una aproximación comparativa)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 15-51.

Verfassungsbeschwerde alemana y la *Beschwerde* austríaca, que literalmente pueden traducirse como queja constitucional, pero la doctrina española los califica como recurso de amparo⁵.

7. b) Una segunda hipótesis comprendería el *amparo específico* que se hace valer ante el *organismo judicial supremo de la jurisdicción ordinaria* (*Corte o Tribunal Supremo*). Aquí el autor cita como ejemplos al recurso de derecho público de Suiza (*Staatrechtliche Beschwerde*) y el recurso de amparo de Costa Rica (el cual se ejerce a partir de 1989 ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema).

8. c) *El amparo como una acción o recurso ejercido ante una globalidad de tribunales*. En esta categoría, el profesor Brewer comprende el recurso de amparo en Argentina, que surgió primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en las Constituciones de las Provincias, pero que fue constitucionalizado en las reformas de agosto de 1994; el recurso de amparo en Perú (previsto en las Constituciones de 1979 y 1993); el recurso de protección de Chile (consagrado en la Constitución de 1980, reformada por el plebiscito de 1989); así como las acciones de tutela colombiana y la de amparo venezolana, ambas en sentido propio; el derecho de amparo en Guatemala y en Uruguay (en este último país no fue consagrado expresamente en la Constitución de 1966, sino únicamente en la ley de 1988).

9. d) Un lugar especial está reservado a la Constitución Federal brasileña de 1988, en la cual se establecieron varios instrumentos específicos para la tutela de un sector de los derechos fundamentales, tales como el *mandado de segurança coletivo*, el *habeas data*, y el *mandado de injunção*. Como se verá más adelante, el instrumento protector calificado de *habeas data* ha trascendido a varios ordenamientos latinoamericanos recientes.

10. En la segunda parte de su estudio comparativo, Brewer-Carías clasifica el derecho de amparo de acuerdo con los *derechos y libertades protegidos*, y con este enfoque distingue varios sectores: a) En primer lugar el relativo a la protección de todos los derechos fundamentales (que incluye a las llamadas garantías, de acuerdo con la denominación tradicional que comprende a ciertos derechos instrumentales, pero de carácter sustantivo, y en esta categoría comprende al ordenamiento venezolano de 1961 y la ley de 1988); b) en segundo término sitúa a los ordenamientos constitucionales que distinguen el amparo en sentido estricto de la acción o recurso de *habeas corpus* (este último para proteger la libertad e integridad personales, como ocurre en los ordenamientos de Costa Rica; Argentina con anterioridad a la reforma de 1994; Uruguay y Guatemala); c) en tercer lugar señala el derecho de amparo que únicamente tutela ciertos derechos esenciales, los que de acuerdo con el criterio de la Ley Fundamental de Alemania son considerados *fundamentales* (*Grundrechte*) y se enumeran específicamente. Este mismo criterio es seguido por las Constituciones española de 1978, chilena de 1980, y de cierta manera, la colombiana de 1991, ya que incluye también el *habeas corpus*.

11. La tercera parte del estudio del destacado jurista venezolano se refiere a las *personas protegidas*, que divide el derecho de amparo que procede respecto tanto de las personas físicas como las colectivas (éstas últimas con la denominación tradicional de personas morales); del amparo solicitado por algunas personas de derecho público, que en general está limitado a ciertos entes, ya que para este sector debe utilizarse la diversa acción de inconstitucionalidad o los conflictos de atribución.

5. Cf. HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad. de RUIZ MIGUEL, Carlos en la obra coordinada por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 225-282.

12. Finalmente, se aborda la cuestión de *los motivos de la protección*, que también abarca varias categorías, como: a) el llamado *amparo contra particulares*, en realidad contra los grupos de presión, que ahora se conocen también como poderes privados, que surgió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina a partir del conocido caso *Samuel Kot* (1957), pero que se ha extendido en varios ordenamientos latinoamericanos, y reconocido expresamente en la reforma constitucional de la Carta Argentina en agosto de 1994, pero también, como regla general, en las Leyes Fundamentales de Venezuela, Uruguay, Chile, Perú, con restricciones en Costa Rica, Guatemala y Colombia; b) el amparo que sólo procede contra actos de autoridades públicas en España, Alemania, Austria y México.

13. c) Una tercera categoría está constituida por los ordenamientos que admiten el derecho de amparo contra actos de leyes y disposiciones generales, y desde este punto de vista señala la acción o recurso de amparo contra leyes en Venezuela, México, Perú, Guatemala, y de cierta manera en Costa Rica, ya que en este último ordenamiento el promovente del amparo debe solicitar su conversión en una acción de inconstitucionalidad de las disposiciones generales en las cuales se apoyen los actos impugnados. En otras legislaciones no se admite por conducto del amparo la impugnación de las disposiciones legislativas, o bien se limita sólo a las calificadas como *autoaplicativas*, y entre los ordenamientos que establecen dicha limitación, el autor señala a Argentina (si bien esta situación se modificó posteriormente en las reformas de 1994), Brasil, Uruguay, Colombia y España. Una mención especial se refiere al amparo contra actos y hechos administrativos y contra conductas omisivas de la administración, cuando los mismos afectan derechos e intereses legítimos en el ámbito de la legalidad.

14. d) El aspecto final que examina el profesor Brewer-Carías es el relativo al amparo contra sentencias y otras resoluciones judiciales, que se admite con modalidades en el derecho de amparo en Venezuela, Perú, Colombia (aun cuando se limitó por la Corte de Constitucionalidad en un fallo de primero de octubre de 1992), así como en España, ordenamiento en el cual procede en gran parte contra resoluciones judiciales, y en la legislación mexicana, en la cual posee una gran amplitud, inclusive por violaciones a la legalidad, por lo que se ha transformado en un recurso de casación federal, como se señalará más adelante (ver *infra* párrafo 90-91).

III. UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA

15. En este apartado pretendemos elaborar una visión del derecho de amparo en Latinoamérica y su adopción por el ordenamiento constitucional español de 1931 y 1978, con el objeto de poder situar al amparo mexicano en este esquema general, y posteriormente abordarlo de acuerdo con los criterios elaborados por el ilustre profesor Brewer-Carías.

16. En primer término cabe destacar que el amparo mexicano en sus lineamientos originales fue el paradigma de numerosos ordenamientos latinoamericanos, en los cuales, aun cuando con matices y modalidades, tiene el significado original de instrumento procesal sencillo y rápido para proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente, el cual incluyó también en sus orígenes la tutela de la libertad e integridad personales, que en varios ordenamientos de la Región corresponden al *hábeas corpus*.

17. De acuerdo con este modelo histórico, desde fines del siglo XIX se introdujo en el derecho de amparo en algunos ordenamientos latinoamericanos. Así, se puede constatar que el primer país que introdujo el amparo *con posterioridad* a su consagración en la Constitución Federal mexicana de 1857, fue El Salvador en su Carta Fundamental de 13 de agosto de 1836, y lo siguieron Honduras y Nicaragua en sus Constituciones y Leyes de Amparo, expedidas en los dos países en el año de 1894; Guatemala en la reforma constitucional de 11 de marzo y Argentina en la Carta de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto, ambas de 1921; posteriormente se extendió a otros ordenamientos constitucionales, hasta llegar a la situación actual que se describe en el párrafo siguiente⁶.

18. Considerado el derecho de amparo en sentido estricto de acuerdo con el pensamiento del profesor Brewer-Carías, y además con la misma denominación de acción, recurso, proceso o juicio de amparo, la institución ha sido establecida en las siguientes constituciones latinoamericanas, citadas por orden alfabético: *Argentina* (1853-1860, texto reformado en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos, y consagrado también en varias constituciones provinciales; *Bolivia* (1967), artículo 19; *Costa Rica* (1949, reformada en 1989), artículo 48; *Ecuador* (1978, texto revisado en 1998), artículo 95; *El Salvador* (1983), artículo 247; *Guatemala* (1985), artículo 265; *Honduras* (1982), artículo 183; *México* (1917), artículos 103 y 107; *Nicaragua* (1987), artículo 188; *Panamá* (1972-1983), artículo 50; *Paraguay* (1992), artículo 128; *Perú* (1993), artículo 200.2; *Uruguay* (1966), implícitamente artículos 7º y 72; y *Venezuela* (1999), artículo 27⁷.

19. Además debe tomarse en consideración que el derecho de amparo fue consagrado, por influencia del modelo mexicano, en la *Constitución Republicana española de 9 de diciembre de 1931* (artículos 105 y 121, inciso b)⁸, y restablecido en la *Constitución de 1978*, sometida a referéndum el 29 de diciembre de ese año (artículos 53.2, 161.1 y 162)⁹. Por influencia del derecho español, el amparo fue establecido con el nombre de *recurso de amparo*, en el *Territorio de Macau*, antigua colonia portuguesa que recientemente fue incorporado a la República Popular de China, pero con un estatuto de autonomía, en el artículo 17 de la Ley número 112, de 29 de agosto de 1991, que establece las bases de la organización judicial, y también en el artículo 19 de la Constitución de

6. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho Iberoamericano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de México*, n° 52, enero-abril de 1965, pp. 119-132, reproducido en la *Rivista di diritto agrario*, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-518, e incorporado posteriormente al libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, UDUAL-Miguel Angel Porrúa, México 1988, pp. 131-154.

7. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho de amparo mexicano y su proyección en los ordenamientos latinoamericanos. Instituciones similares y equivalentes", en *Estudios de derecho y ciencias sociales, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo*, Morelia, México, 2002, pp. 7-38.

8. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca", publicado primeramente en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 283-309, y reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 285-328; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales" en la obra del mismo autor *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1944, pp. 524-526; GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo en el derecho español*, Editora Nacional, Madrid 1980, pp. 51-56; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España. Estudio de derecho comparado*, Porrúa, México 2000, pp. 19-42.

9. La bibliografía es muy amplia, por lo que citaremos sólo algunas obras específicas: CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, primera reimpresión de la primera edición, Tecnos, Madrid 1985; GIMENO SENDRA Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José, *Los procesos de amparo (Ordinario, constitucional e internacional)*, Editorial Colex, Madrid 1994.

1992 del *Archipiélago de Cabo Verde*, también colonia portuguesa, pero actualmente país independiente¹⁰.

20. Además del derecho de amparo en sentido estricto y con este nombre, se han establecido instrumentos similares, es decir que también tienen como objeto la protección de los derechos humanos establecidos en las Cartas Fundamentales latinoamericanas, con excepción de la libertad e integridad personales que están tuteladas por el *habeas corpus*. Dichos mecanismos procesales no utilizan la misma denominación, pero sí nombres que pueden considerarse como sinónimos¹¹.

21. El primero en aparecer de dichos instrumentos equivalentes al amparo es el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano, por su semejanzas con el primero, como *mandamiento de amparo*), creado en la Constitución federal brasileña de 1934, que hoy día se encuentra regulado por el actual artículo 5, parágrafo LXIX, de la vigente Carta federal de 5 de octubre de 1988. Este mecanismo procede esencialmente contra los actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas, y en general contra actos administrativos de cualquier autoridad que afecten los derechos de los gobernados. Sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente en contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que únicamente pueden impugnarse los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos¹².

22. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, expedida por el gobierno militar chileno y publicada el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1977. Este mismo instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980. De acuerdo con dichos ordenamientos, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos estimados como fundamentales, consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus* (que también se conoce como recurso de amparo), este último consagrado en el artículo 21 de la mencionada Carta Fundamental.

23. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación similar y que únicamente se le llamó recurso de protección, debido a que se había utilizado con anterioridad el nombre de amparo como equivalente al *habeas corpus*¹³. En la actualidad prevalece esta última denominación con respecto del procedi-

10. Cf., CARDINALE, Paulo, "O amparo de direitos fundamentais o direito comparado e no ordenamiento jurídico de Macau", en *Revista Jurídica de Macau* (bilingüe portugués-chino), pp. 51-92.

11. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Amparo y tutela", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México 1997, pp. 61-92, reproducido en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, y cit. *supra* nota 7, pp. 695-726.

12. La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes: SIDOU, José Oton, *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, acción popular. As garantías ativas dos direitos coletivos*, 5ª ed., Forense, Río de Janeiro 1998; FLAKS, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de impetração*, Forense, Río de Janeiro 1980; BARBI, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3ª ed., Forense, Río de Janeiro 1980; DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., 3ª reimpresión, Sao Paulo, Mlaheiros 1993, pp. 390-391.

13. El constitucionalista chileno ESTÉVEZ GASMURI, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución anterior calificándola de *amparo* o de *habeas corpus*. Utiliza las mismas denominaciones CAFFARENA DE GILES, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago 1957, pp. 152 y 187; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994, Tomo I, pp. 330-337.

miento consagrado en los artículos 16 de la Carta anterior de 1925 y 21 de la vigente de 1980, como sinónimo de *habeas corpus*. Con la restauración del orden constitucional democrático, en virtud del plebiscito de 30 de julio de 1989, el recurso de protección inició un desarrollo sobre bases más firmes¹⁴.

24. C) La llamada *acción de tutela* establecida por la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, por lo que se propuso la denominación de *derecho de amparo* en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente¹⁵. De acuerdo con el artículo 86 de la citada Carta Fundamental, este instrumento puede hacerse valer:

(...) por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando aquélla se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La protección debe consistir en una orden para aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero en todo caso dicho juzgador debe remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión¹⁶.

25. En el derecho latinoamericano, a partir de la entrada en vigor de la Constitución brasileña de octubre de 1988, se introdujeron varios instrumentos protectores de ciertos derechos humanos de carácter específico, mecanismos que pueden considerarse comprendidos dentro de un concepto amplio del derecho de amparo, de acuerdo con las ideas del profesor Brewer-Carías (ver *supra* párrafo 9).

26. A) El primero de ellos fue el *mandado de segurança coletivo* consagrado actualmente por el artículo 5º, parágrafo LXX, de la citada Carta Federal brasileña y que constituye la ampliación de la misma institución en su ámbito individual que, como hemos señalado anteriormente, sólo puede interponerse por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales (ver *supra* párrafo 21). El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y sencillo que caracteriza al mandamiento de amparo individual, ya que ahora puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por organizaciones sindicales, por entidades gremiales o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados¹⁷.

27. B) Con toda razón la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez primera en la Carta brasileña, aun cuando no se expida de inmediato ley reglamentaria, deben aplicarse directamente las normas funda-

14. Cf., SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989; LIRA HERRERA, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile 1990; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, cit., en la nota anterior, Tomo I, pp. 337-346.

15. Cf., *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Presidencia de la República, Bogotá, febrero de 1991, p. 203, que se refiere al "Derecho de amparo".

16. Cf., entre otros, ARENAS SALAZAR, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá 1992.

17. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Santa Fe de Bogotá 1998, pp. 805-858, reimpreso en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, pp. 413-434.

mentales. Concretamente en el caso brasileño para facilitar esta aplicación, poco tiempo después de publicada la Ley Suprema, el Tribunal Federal de Recursos (en la actualidad Tribunal Superior de Justicia), expidió el Auto (acordado), número 1245 de 13 de diciembre de 1988, que establece las directrices del procedimiento tanto del *habeas data* como del *mandado de injunção*, y les otorgan preferencia sobre los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del *habeas corpus*¹⁸.

28. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el *habeas data* ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos constitucionales posteriores a la Carta brasileña de 1988 que creó esta institución. En este sentido fue consagrada en las Constituciones de Paraguay de 1992, de Perú de 1993, en la reforma constitucional argentina de 1994, así como en los textos de la Ley Fundamental de Ecuador revisado en 1998 y de la Constitución de Venezuela de 1999.

29. a) El artículo 135 de la *Carta Fundamental de Paraguay* de junio de 1992, establece al respecto:

Del habeas data. Toda persona puede acceder a la información y los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

30. b) El artículo 200, inciso 3, de la *Constitución Peruana de 1993*, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la *acción de habeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5), 6) y 7) de la Constitución. Sin embargo, mediante la ley 26,470 del 12 de junio de 1995, se suprimió de la protección del *habeas data*, lo dispuesto por el citado inciso 7 del artículo 2º, de la Carta, por lo que los preceptos fundamentales que quedan comprendidos en la tutela de esta institución jurídica, disponen en la parte conducente que:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...) 6) A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

31. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano, Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad y además, la protección del honor, de la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar¹⁹. Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para

18. Cf., SIDOU, Othon, J.M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunção y habeas data", trad. de Héctor FIX-ZAMUDIO, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 70, enero-abril de 1991, pp. 179-186; DA SILVA, José Afonso, "Mandado de injunção e habeas data", *Revista dos Tribunais*, São Paulo 1989, pp. 53-69.

19. Cf., *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Fondo Editorial de la Universidad Atenor Orrego de Trujillo, Trujillo, Perú 1998, p. 193.

establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarlo. Así, en su artículo 3º, dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus²⁰.

32. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño fue la Carta Federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al efecto establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional:

Hábeas data. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

33. La doctrina considera que dicho instrumento tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (se han presentado varias iniciativas al Congreso Nacional), en tanto esto no ocurra se sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudir a la acción de amparo²¹.

34. d) En la *Constitución ecuatoriana*, de acuerdo con su texto codificado en 1998, Título III, Capítulo VI, *De las garantías de los derechos*, Sección II, *Del Hábeas Data*, artículo 94, se establece:

Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional²².

35. C) El tercer instrumento novedoso introducido por la Constitución brasileña de octubre de 1988, recibe el nombre equívoco de *mandado de injunção*. Tal denominación tiene similitud aparente con el *writ of injunction* angloamericano, el cual posee un significado diverso e inclusive contrario, pues en tanto que este último constituye un mandato judicial prohibitivo, ya sea provisional o definitivo, la institución brasileña regulada por el artículo 5º, fracción LXXI constitucional, procede cuando la ausencia de una norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en

20. Cf. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, *op. ult. cit.*, pp. 191-206; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima 1997, pp. 151-165; ABAD YUPANQUI, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, I, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, pp. 265-272.

21. Cf. EKMEKDJIAN, Miguel Angel y PIZZOLO, Cologero, hijo, *Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*; Depalma, Buenos Aires 1996, pp. 95-115; SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 3, *Acción de amparo*, 4ª ed., Editorial Astrea, 1995, Capítulo XXVII, "Amparo y hábeas data en la reforma constitucional de 1994", pp. 663-687; SEISDEDOS, Felipe, "Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus en la reforma de 1994", en la obra *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ediciones Depalma, Tomo I, Mendoza 1995, pp. 445-448.

22. Cf. SALGADO PESANTES, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en la obra editada por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 586-587.

que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias²³.

36. D) Finalmente, hacemos una breve mención de la llamada *acción de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200.6 de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: “La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Este instrumento procesal fue reglamentado, conjuntamente con la acción de *hábeas data*, por la ley 26, 301, promulgada el 2 de mayo de 1994 y expedida por el mismo Congreso Constituyente con la denominación de Ley de Hábeas Data y de Acción de Cumplimiento, y como se ha mencionado tiene aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus. (ver *supra* párrafo 30). Esta institución tiene cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano, que significa la petición de una orden judicial para obligar a una autoridad remisa a que cumpla con una obligación legal²⁴.

37. E) Las *acciones populares* como instrumentos de garantía constitucional han asumido diversos significados en el derecho Latinoamericano. En una visión panorámica y de resumen podemos señalar varias categorías: a) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; b) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o la ilegalidad contra reglamentos, normas y disposiciones generales de carácter administrativo; y c) como instancia para tutelar derechos o intereses difusos o trascendentales, y en general, de carácter colectivo. Es en esta última dirección que las acciones populares tienen similitud con el derecho de amparo en sentido amplio, por lo que sólo nos referiremos a este sector y no a los otros que hemos señalado.

38. El citado tercer sector de las acciones populares de carácter constitucional se integra con las consagradas en los ordenamientos constitucionales de Brasil y Colombia, las que están dirigidas a la protección de los llamados intereses difusos o trascendentales, que asumen cada vez mayor importancia en esta época de intenso desarrollo tecnológico y económico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, cuyos derechos no pueden ser tutelados de manera eficaz por medio de los instrumentos procesales tradicionales²⁵.

39. a) Los primeros ordenamientos que establecieron la *acción popular* con ese significado, lo fueron las *Constituciones Federales brasileñas* de 1946 y 1967, misma que fue regulada por la Ley 4717 de 29 de junio de 1965, que amplió la esfera de las normas constitucionales para comprender la tutela de los intereses difusos de sectores sociales indeterminados y no organizados. Dicha acción popular está regulada actualmente por el artículo 5º, fracción LXXIII, de la Carta federal vigente de 1988, de la siguiente manera:

23. Cf., SIDOU, Othon, J.M., *Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandado de Injunção y Hábeas Data*, y DA SILVA, José Afonso, *Mandado de injunção y hábeas data*, ambos estudios citados *supra* nota 17, pp. 169-179, y 9-52, respectivamente.

24 Cf., ALLEN, Richard B., “Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat”, en *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 102 y ss.; LAWSON, F.H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra 1972, pp. 205-210.

25. La bibliografía sobre los intereses difusos es muy amplia, por lo que nos limitamos a citar dos obras recientes; LOZANO-HIGUERO y PINTO, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid 1983; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, UNAM, México 1997.

Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en el que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando las costas a cargo del actor, salvo las de carácter procesal, al vencido²⁶.

40. La *Constitución colombiana* de 1991 regula la acción popular constitucional de manera más amplia en su artículo 88, según el cual:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares²⁷.

41. b) Aun cuando no corresponda a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la *Constitución argentina* reformada en agosto de 1994, recogió esa evolución sobre la tutela de los intereses difusos, pero en lugar de encomendarla a una acción específica, comprendió dicha acción expresamente en la acción de amparo, ya que el segundo párrafo de dicho precepto, dispuso:

(...) Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

42. Si bien no se legitima a cualquier persona por medio de una acción popular, se extiende de manera considerable dicho precepto para facultar al *Ombudsman* así como a las asociaciones que tienen por objeto la defensa de dichos derechos colectivos, para interponer la acción de amparo. Debido a lo anterior, la doctrina considera que estas reformas constitucionales, al lado del derecho de amparo clásico, han creado un *amparo colectivo*²⁸.

43. Toda esta variedad de instrumentos protectores de los derechos humanos que pueden comprenderse dentro del concepto elaborado por el destacado jurista venezolano Brewer-Carías como derecho de amparo en sentido amplio (ver *supra* nota 4), se ha desarrollado de manera impresionante en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos debido a la trágica experiencia de las dictaduras y gobiernos autoritarios de carácter militar que ha padecido nuestra Región durante varias décadas y si bien esta etapa trágica se ha superado de manera paulatina con el establecimiento de gobiernos tendencialmente democráticos, no se han podido desterrar por completo las infracciones a los derechos humanos de un sector importante de sus habitantes. Sin embargo, podemos destacar que ha sido significativa la labor protectora tanto de los organismos jurisdiccionales ordinarios, como de manera especial, de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que se han establecido en varios ordenamientos latinoamericana-

26. Cf., BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en la obra *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tomo II, La Plata, Argentina 1981, pp. 1240-1288; NEVES, Celso, "Legitimação processual e a nova Constituição", en *Revista de Processo*, n° 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., *supra* nota 11, pp. 400-408.

27. Cf., SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, 10ª., ed., Temis, Santa Fe de Bogotá 1992, pp. 213-222.

28. Cf., GOZAÍNI Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires 1998, pp. 86-100: *Id. Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002, pp. 254-256; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires 1995, pp. 66-69.

nos, ya que una de sus atribuciones más importantes ha sido la de última instancia tutelar de los derechos fundamentales²⁹.

IV. EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

44. El paradigma original del derecho de amparo mexicano, como instrumento sencillo y breve para tutelar los derechos fundamentales de la persona humana, fue promovido por los diplomáticos de nuestro país en las reuniones internacionales en las cuales se aprobaron varias declaraciones y tratados de derechos humanos, pero con exclusión de la protección de la libertad e integridad personales, que se confirió al *hábeas corpus*, consagrado en dichos documentos de carácter internacional.

45. La doctrina ha puesto de relieve la influencia del amparo mexicano en dichos instrumentos internacionales en los cuales se ha consagrado el establecimiento de un *recurso efectivo, sencillo y breve*, ante los tribunales y organismos internos, como requisito previo para acudir a las instancias supranacionales, para el cual se conservó el nombre de *amparo* en las versiones oficiales en castellano de los propios instrumentos³⁰.

46. A) En esta dirección pueden enorgullecerse los juristas mexicanos, al haber aportado sus esfuerzos para la consagración de los artículos XVIII,³¹ y 8º,³² respectivamente, de las *Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre*, suscritas en las ciudades de Bogotá y en París, en mayo y diciembre de 1948, en las cuales se establece el reconocimiento de un juicio *sencillo y breve que ampare* (como lo consignan los textos oficiales en castellano), el cual pueden interponer los particulares afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos nacionales.

47. B) El artículo 2, inciso segundo, del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de enero de 1978, establece en lo conducente:

2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, admi-

29. Cf., al respecto FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, México 2002.

30. Cf., entre otros, MARTENS, Pierre, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Université de Bruxelles, Bruxelles 1973, pp. 2-23, 3-46.

31. El citado precepto dispone: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole en su perjuicio, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". Cf., FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en el volumen *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1948, pp. 149-166.

32. Dicha norma establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Cf., TENA RAMÍREZ, Felipe, "El aspecto mundial del amparo. Su experiencia internacional", en la obra *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, Jus, México 1955, pp. 120-152; *Id.* "El amparo mexicano medio de protección de los derechos humanos", en el volumen *El amparo mexicano y los derechos humanos (Dos ensayos)*, Suprema Corte de Justicia, México 1975, pp. 61-75.

nistrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

48. C) El artículo 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y vigente a partir del 18 de julio de 1978, con el epígrafe de *Protección Judicial* tiene una redacción similar a la del Pacto de las Naciones Unidas mencionado en el párrafo anterior, pero utiliza expresamente el vocablo *amparo* en su versión oficial en castellano:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la *presente Convención* (es decir que la tutela se extiende también a los derechos consagrados en dicho instrumento internacional), aun cuando su violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.- 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

49. D) Aun cuando no existe una influencia directa del amparo mexicano y latinoamericano, el artículo 13 de la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor el 3 de septiembre de 1953, dispone que: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente Convención hubiesen sido violados, tienen derecho a que se conceda un *recurso efectivo* ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus facultades oficiales"³³.

50. Si bien no puede afirmarse que los *recursos constitucionales* que se han establecido con el nombre genérico de *Beschwerde* (literalmente, queja), en los ordenamientos de la República Federal de Alemania, de Austria y de Suiza, se hubiesen apoyado en el cumplimiento del citado artículo 13 de la Convención de Roma, debe destacarse que estos instrumentos realizan una función tutelar de los derechos fundamentales similar a la del amparo latinoamericano e iberoamericano³⁴.

51. No pretendemos hacer un análisis de dichos instrumentos tutelares de los derechos humanos, que se interponen en última instancia ante el Tribunal Federal Constitucional alemán, la Corte Constitucional austríaca o el Tribunal Federal de Suiza, pero sí podemos destacar que el que tiene mayor aproximación con el recurso de amparo latinoamericano y el español, es la *Verfassungsbeschwerde* alemana (literalmente, queja o recurso constitucional)³⁵, y por ese motivo los juristas españoles traducen al castellano dicho vocablo como *recurso de amparo*³⁶.

33. Se ha destacado la responsabilidad de los gobiernos que han suscrito la mencionada Convención europea cuando los ordenamientos respectivos no regulen adecuadamente esa instancia procesal interna. Cf., MARTENS, Pierre, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, cit., supra nota 29, pp. 47-98.

34. Cf., SCHULER, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich* (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y de Austria), Zürich 1968.

35. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y recurso constitucional federal alemán (Breves reflexiones comparativas)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 71, mayo-agosto de 1993, pp. 461-468, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., supra nota 7, pp. 667-694.

36. Como ejemplo podemos citar a HELMUT, Simon, "La jurisdicción constitucional. Recursos de amparo de los ciudadanos", en la obra colectiva de BENDA, Ernesto y otros, *Manual de derecho constitucional*, trad. castella-

V. EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN

52. Para comprender la institución mexicana es necesario explicar muy brevemente las influencias externas que motivaron su creación, esta última en varias etapas, hasta su consagración en la Carta Federal de 5 de febrero de 1857, en la cual se configuró el modelo original de instrumento procesal sencillo y breve para la tutela de los derechos fundamentales (entonces exclusivamente de carácter individual), que a partir de entonces experimentó un desarrollo gradual pero sustancial, hasta llegar a su regulación actual, en la cual sus fines de protección se han extendido por conducto del llamado control de legalidad, a la tutela, en última instancia, de todo el ordenamiento jurídico nacional³⁷.

53. El juicio de amparo mexicano fue el resultado de una lenta y dolorosa evolución en que se combinaron elementos externos y factores nacionales³⁸. La influencia externa puede dividirse en tres grandes corrientes: norteamericana, española y francesa.

54. A) La más ostensible es la que proviene del *derecho público de los Estados Unidos*, como ocurrió también en la mayoría de los países latinoamericanos en los primeros años de su independencia de España y de Portugal,³⁹ ya que los creadores del amparo mexicano pretendieron introducir los principios esenciales de la revisión judicial de las leyes de los Estados Unidos, pero entendiéndola en la forma en que la había divulgado la obra clásica de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*⁴⁰. La traducción castellana de dicha obra por D.A. Sánchez de Bustamante aparecida en París en 1836, se conoció en México al año siguiente y además se hizo una reimpresión de la misma en nuestro país en 1855, año de convocatoria para la elección de los miembros del Congreso Constituyente del cual emanó la Carta federal de 1857, que consagró definitivamente el amparo⁴¹. También debe señalarse la influencia de la clásica institución angloamericana del *hábeas corpus*, que se incorporó al juicio de amparo mexicano pero sin el nombre tradicional con el cual se le conoce en los demás países latinoamericanos y actualmente en España⁴². Además, el modelo angloamericano tuvo gran ascendiente

na, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 834-835; HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad. de RUIZ MIGUEL, Carlos, en la obra *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. supra nota 4, pp. 227-282.

37. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en la obra del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., supra nota 7, pp. 11-18; SOBERANES, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ Faustino José, *Apuntes para la Historia del juicio de amparo*, Porrúa, México 2002, pp. 273-299.

38. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", en el libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit. supra nota anterior, pp. 425-466.

39. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina", en *Festschrift für Karl Loewenstein (Libro de homenaje a Karl Loewenstein)*, J.C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1971, pp. 485-508, reproducido en el libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, cit. supra nota 5, pp. 131-154.

40. La primera edición en francés de esta obra fue publicada en París en 1835, mismo año en que apareció una traducción al inglés por REEVE, Henry, *Democracy in America*, Saunders and Oley, Londres. De esta última se han hecho múltiples reimpressiones en diferentes épocas, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.

41. *De la Democracia en América del Norte*, trad. de SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, D.A., 2 vols., Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1855.

42. Cf., el clásico estudio de EDER, Phanor J., "Habeas corpus disembodied. Latin American Experience", en la obra *XXth Century Comparative and Conflicts Laws. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 473 y ss.

en la adopción del régimen federal en México y en la organización de los tribunales federales, a los cuales se encomendó el conocimiento del juicio de amparo⁴³.

55. B) Aún cuando la *influencia española* fue menos evidente, tras tres siglos de dominación cultural y política en la Nueva España, el nombre del amparo tiene antecedentes castellanos y aragoneses⁴⁴. También tuvo trascendencia el régimen centralista que predominó en la época colonial, que trajo como efecto la concentración de todos los asuntos judiciales del país en nuestra Suprema Corte de Justicia, por medio del juicio de amparo contra resoluciones judiciales, lo que debe considerarse como opuesto al régimen de doble jurisdicción del sistema federal norteamericano que nos sirvió de modelo⁴⁵.

56. C) Advertimos un *influjo del derecho francés*, en una triple dirección: en primer término, por conducto de las declaraciones de los derechos del hombre, calificados en nuestras constituciones como *garantías individuales*,⁴⁶ que en principio se estimaron como el contenido esencial de la protección por medio del juicio de amparo;⁴⁷ en segundo lugar, en cuanto se pretendió implantar una copia del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (1799),⁴⁸ y en una tercera dirección, que estimamos como la más trascendente, es la influencia de varios elementos de la casación francesa en el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, que por ello se le ha calificado como *amparo-casación*⁴⁹.

57. Por lo que se refiere a los factores de carácter nacional, los juristas y los políticos mexicanos propusieron de manera paulatina una serie de instrumentos derivados de los modelos externos, que en un principio se apoyaron en organismos políticos como el Congreso Federal y el Senado Conservador, pero que se orientaron hacia procedimien-

43. En efecto, la primera Carta Fundamental de la época independiente expedida el 4 de octubre de 1824 recibió el nombre de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que conserva nuestra Ley Suprema vigente, y el artículo 123 de la primera estableció: "El poder judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los de distrito", lo que recibió la influencia directa de la organización judicial federal de los Estados Unidos, y que en esencia todavía subsiste en México.

44. Mucho se ha escrito sobre los antecedentes hispánicos sobre el juicio de amparo mexicano, pero nos limitamos a señalar como el más importante, el del derecho de Castilla, que se aplicaron directamente a las colonias españolas en América, como lo expuso LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, Fondo de Cultura Económico, México 1972. De manera indirecta también se invocaron los procesos forales aragoneses, como lo señaló el jurista e historiador español FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México 1971; SOBERANES, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino José, *Apuntes para la Historia del Juicio de Amparo*, cit supra nota 36, pp. 75-122.

45. Cf., NORIEGA CANTÚ, Alfonso, "El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo", en Jus, México, septiembre de 1942, pp. 151-172; *Id. Lecciones de Amparo*, 5ª ed., revisada por SOBERANES, José Luis, Tomo I, Porrúa, México 1997, pp. 59-86.

46. Cf., BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 18ª ed., Porrúa, México 1984, pp. 154-200.

47. La Constitución Federal de 1857, estableció en la fracción I, de su artículo 101, que el juicio procederá únicamente contra la violación de las garantías individuales por leyes o actos de cualquier autoridad, y una redacción similar se contiene en la fracción I, del artículo 103, de la Carta Federal vigente de 1917, no obstante que en ella se elevaron a rango fundamental los derechos económicos, sociales y culturales, que desde entonces también se tutelaban por el derecho de amparo.

48. La bibliografía es amplia, por lo que citamos algunos autores, NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, Tomo I, México 1972, pp. 207-248; MORENO, Daniel, "El Supremo Poder Conservador", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º. 69-70, enero-junio de 1968, pp. 255-296; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano", en la obra *Bicentenario de la Revolución francesa*, UNAM, México 1991, pp. 60-64.

49. Esta última influencia ha sido reconocida ampliamente por la doctrina mexicana, especialmente por el jurista VEGA, Fernando, en su artículo "El juicio de amparo y el recurso de casación francés", que apareció originalmente en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México 1989, pp. 69-86, reimpresso en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, julio-septiembre de 1946, pp. 221-238.

tos de carácter judicial, de acuerdo con el modelo generalizado en Latinoamérica de la revisión judicial norteamericana,⁵⁰ y según con esta tendencia, el amparo mexicano se creó de manera paulatina en *tres etapas sucesivas*, por conducto de las cuales se perfiló y evolucionó la institución.

58. A) En primer término, el amparo surgió, inclusive con ese nombre, en la *Constitución del Estado de Yucatán de 11 de marzo de 1841*, según el proyecto elaborado en el mes de diciembre de 1840 por Manuel Crescencio García Rejón estimado, con toda razón, como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana. El motivo por el cual el amparo mexicano fue introducido en el ordenamiento de una entidad federativa, se debe a que en esa época se libraba una lucha encarnizada entre los partidarios del restablecimiento del sistema federal, que eran los miembros de la corriente liberal, y los conservadores que sostenían el régimen unitario consagrado en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, entonces en vigor, ya que en esos momentos dominaba en el estado de Yucatán un gobierno local partidario de la unión federal⁵¹.

59. B) En el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el documento denominado *Acta Constitutiva y de Reformas* expedido el 18 de mayo de 1847, que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia fue restablecida. Este documento se inspiró de manera indiscutible en el proyecto redactado por el distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, si se toma en cuenta que el artículo 25 de dicho ordenamiento introdujo la redacción calificada como *fórmula Otero*, que todavía subiste,⁵² de acuerdo con la cual la sentencia que otorgue el amparo no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se combate la constitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la desaplicación de las disposiciones impugnadas, exclusivamente en beneficio de la parte reclamante⁵³.

60. El texto del citado artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, establecía lo siguiente:

50. Cf., EDER, Phanor E., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 571 y ss.

51. Cf., el volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México 1960. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", en *Edición Conmemorativa. Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, México 1991, pp. 488-501.

52. En efecto, la parte relativa de la fracción II, del artículo 107 constitucional en vigor, dispone: "La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, *sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare*".

53. La bibliografía de la obra de OTERO es muy amplia, por lo que nos limitamos a las obras más conocidas. Entre los estudios principales se encuentra el "Estudio Preliminar, redactado por REYES HEROLEZ, Jesús, a la obra por él recopilada, *Otero. Obras*, Porrúa, México, pp. 74-82 y 349-383, respectivamente; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, *Temas de Derecho Público* n° 43, Santa Fé de Bogotá 1997, pp. 46-60, estudio reproducido en el libro compilado por GALEANA, Patricia, *México y sus Constituciones*, Archivo General de la Nación-Fondo de Cultura Económica, México 1999, pp. 229-240; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, "La impronta de don Mariano Otero en el Acta de Reformas de 1847", en el volumen *La actualidad de la defensa de la Constitución. Memoria del Coloquio Internacional en la celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847 origen federal del juicio de amparo mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, México 1997, pp. 309-341; OÑATE, Santiago, "El Acta de Reformas de 1847", en la obra *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 3ª ed., Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, Tomo III, México 1985, pp. 142-150; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, (Estudio introductorio y compilación). *La reforma del Estado Federal. Acta de Reformas de 1847*, UNAM, México 1998.

Los tribunales de la federación *amparán* a cualquier habitante de la República *en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las leyes constitucionales*, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, *limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*.

61. C) Apoyándose en los antecedentes mencionados, los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857, entre los cuales sobresalieron en esta materia Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán, establecieron en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 los lineamientos fundamentales del juicio de amparo en su concepción original, algunos de los cuales han llegado hasta nuestros días. Ésta debe considerarse como la etapa final en el nacimiento de la institución y el punto de partida de su desarrollo posterior hasta alcanzar el alto grado de complejidad con el cual se le conoce actualmente⁵⁴.

62. Es preciso destacar que en esta tres etapas de formación del juicio de amparo mexicano, tanto Manuel Crescencio García Rejón como Mariano Otero y los Constituyentes de 1856-1857, señalaron expresamente, ya sea por escrito o en los debates respectivos, que la institución que pretendían establecer estaba inspirada en la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de los Estados Unidos, tal como la había divulgado Alexis de Tocqueville en su clásica obra *La Democracia en América del Norte*⁵⁵.

63. A partir de la Constitución de 1857 advertimos un notable desarrollo del juicio de amparo, que no obstante haber nacido exclusivamente como un instrumento procesal para la tutela de las llamadas *garantías individuales* o derechos individuales clásicos, amplió su ámbito protector de manera paulatina. Para explicar brevemente esta evolución es preciso señalar las siguientes etapas:

64. a) El amparo se perfeccionó en los diversos ordenamientos reglamentarios que se expidieron con apoyo en los citados artículos 101 y 102 constitucionales, como lo fueron las Leyes de Amparo de 1861, 1869 y 1882, y en los preceptos reglamentarios que se incorporaron posteriormente a los Códigos de Procedimientos Civiles Federales de 1897 y 1908⁵⁶, ordenamientos que recogieron las enseñanzas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la que transformó este medio de impugnación de un instrumento sin contornos precisos, en un verdadero proceso contra las autoridades infractoras; ello, para proteger entonces de manera predominante, la vida y la libertad de los gobernados, ya que con frecuencia se utilizó para arrancar de los pelotones de fusilamiento a los condenados a muerte por delitos políticos, o bien evitó, así sea con limita-

54. Cf., ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México 1956, pp. 988-989.

55. Conviene transcribir el texto de los citados artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857, para comprender mejor el punto de partida de la evolución el derecho de amparo mexicano: "Artículo 101. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales;- II. Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, -II. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.- Artículo 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, *sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*".

56. Cf., el documentado estudio de SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Evolución de la Ley de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, México 1994, en el cual se hace el cotejo, artículo por artículo de la actual Ley de Amparo, con los ordenamientos anteriores de la materia.

ciones, el servicio forzado de las armas o las detenciones indebidas, lo que otorgó a la institución el prestigio popular que conserva actualmente⁵⁷.

65. De acuerdo con las citadas leyes reglamentarias y las disposiciones relativas de los códigos mencionados, a partir de 1869 el juicio de amparo se tramitaba por medio de un procedimiento de doble instancia, la primera, ante los jueces de distrito, la segunda, de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, con independencia de los actos que se reclamaran y de las partes que intervinieran.

66. b) Pero la transformación más importante fue la introducción del juicio de amparo contra sentencias judiciales por incorrecta aplicación de la ley secundaria. Esto ocurrió debido a una serie de causas de carácter social y político, que presionaron a la Suprema Corte para aceptar una interpretación sumamente discutible del artículo 14 de la citada Constitución Federal de 1857⁵⁸.

67. En efecto, debido a tres siglos de centralismo judicial en la época colonial española, que a su vez provocó la concentración de los abogados en las ciudades de México y de Guadalajara, en las cuales residían las únicas Audiencias (tribunales de apelación), con posterioridad a la independencia fue preciso integrar los tribunales superiores de las entidades federativas, creados por la Constitución Federal de 1824, con magistrados improvisados, con la consiguiente falta de confianza de los justiciables en dichos tribunales locales, los que también quedaron sujetos a la influencia política de las propias entidades federativas.

68. Debido a los factores anteriores, los abogados mexicanos acudieron a todos los medios, inclusive a la mencionada interpretación del artículo 14 constitucional, para sustraer los asuntos judiciales de manos de los tribunales locales, aún tratándose de la aplicación de las leyes de los Estados, para llevarlos a los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, sin mediar una cuestión de inconstitucionalidad, sino exclusivamente la discusión sobre la legalidad de la aplicación de la ley respectiva por el juez de la causa, y debido a la revisión de oficio, todos los casos llegaban en última instancia ante la Suprema Corte de Justicia, la que concentró así todos los asuntos judiciales del país, con lo que se transformó en un tribunal federal de casación.

69. c) La Constitución vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917, recogió la regulación anterior en sus artículos 103 (muy similar al 101 de la Carta Federal anterior de 1867), y 107, que estableció de manera minuciosa los lineamientos esenciales de la tramitación del juicio de amparo. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Constituyente de Querétaro de 1916-1917, después de acalorados debates, consagró expresamente en el artículo 14 de la Carta Federal vigente la procedencia del amparo contra sentencias judiciales por la violación de las leyes secundarias. Si se toma en cuenta, además, el principio de legalidad del artículo 16 constitucional,⁵⁹ la esfera del

57. Los orígenes, los debates y el desarrollo de las primeras leyes de amparo han sido analizadas por el jurista mexicano BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Primera Ley de Amparo de 1861 y Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1869*, UNAM, ambas publicadas en México, 1980 y reimpresas en 1987, así como *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1882*, UNAM, México 1993.

58. El citado artículo 14, disponía: "No se podrá expedir ley retroactiva. *Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley*". Dicho precepto, como se ha demostrado por la doctrina, sólo consagraba el derecho al debido proceso legal, pero se le interpretó indebidamente como si estableciera un derecho constitucional a la legalidad en los procesos judiciales. Cf., RABASA, Emilio, *El juicio constitucional. El artículo 14*, Porrúa, México 1955, obra aparecida originalmente en 1906.

59. El citado artículo 14 constitucional dispone en su parte conducente: (...). En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por

amparo se ha extendido a tal grado, que a partir de entonces y salvo los casos limitados que la Constitución Federal y la ley reglamentaria señalan, en los cuales no procede la impugnación, el amparo protege todo el orden jurídico nacional, lo que explica la complejidad que asumido la institución en nuestros días⁶⁰.

VI. COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO

70. De una manera muy esquemática podemos afirmar que en la actualidad el derecho de amparo mexicano comprende *cinco sectores*: A) el *hábeas corpus*; B) la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; C) el amparo contra resoluciones judiciales; D) el amparo contra actos y resoluciones de la administración pública federal y local; E) el amparo en materia social agraria.

71. A) El sector del amparo que puede asimilarse al *hábeas corpus* y que por ello puede calificarse como *amparo de la libertad e integridad personales*, que está regulado de manera autónoma en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, o al menos, por medio de un procedimiento específico, en nuestro país se considera como una modalidad del amparo, pero con las características clásicas de la institución, ya que procede contra actos u omisiones que afectan la libertad y la dignidad personales fuera de procedimiento judicial (o sea, respecto de detenciones realizadas por autoridades formalmente administrativas, policíacas o del ministerio público); puede interponerse por cualquier persona, inclusive un menor de edad, por escrito o de manera oral (y en casos urgentes ante los jueces locales, que deben iniciar el procedimiento en tanto se envía el expediente ante el juez federal competente, que conoce de la primera instancia), así como por telegrama y, en la actualidad, por otros medios electrónicos de comunicación; el juez debe hacer las gestiones necesarias para lograr la presencia del afectado y dictar las medidas precautorias eficaces para evitar daños graves o irreparables; el procedimiento es teóricamente muy breve y sin formalismos; no existe plazo preclusivo para presentar la demanda, etcétera (artículos 17; 22, fracción I; 23, segundo párrafo; 38, 39, 40, 117 y 119 de la Ley de Amparo).

72. B) Un segundo sector ha sido calificado *amparo contra leyes*, y se traduce en el procedimiento para combatir las disposiciones legislativas por medio del amparo. Existen dos modalidades: a) la que podemos calificar de *acción de inconstitucionalidad* (de

una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.- En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho". La llamada garantía de legalidad se consagra en la parte relativa del artículo 16 de la Carta Federal, que ordena: "(...) Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". Cf., OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Oxford University Press, México 2002, pp. 271-300.

60. En efecto, el juicio de amparo mexicano tutela todo el orden jurídico nacional, con excepción de algunas hipótesis, ya que la Carta Federal y la Ley de Amparo establecen escasas limitaciones a la procedencia del propio juicio de amparo. Entre las restricciones podemos mencionar la expulsión de extranjeros indeseables sin previo juicio por parte del Ejecutivo Federal (artículo 33 constitucional), que ha sido objeto de críticas doctrinales; las resoluciones en materia electoral (artículo 73, fracciones VII y VIII, de la Ley de Amparo), que actualmente se pueden combatir ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (artículo 100 constitucional reformado en 1996) y sobre la procedibilidad del enjuiciamiento de los altos funcionarios y locales, por delitos comunes (artículo 11 constitucional), o sobre la responsabilidad política de los mismos funcionarios (artículo 111 de la misma Carta Federal). Sobre esta materia puede consultarse a BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 21ª ed., Porrúa, México 1984, pp. 451-499.

carácter concreto) que es la interpuesta por los particulares afectados con los actos de expedición y promulgación de las mencionadas normas generales (entendidas en sentido material, es decir, leyes, reglamentos y tratados internacionales, aprobados estos últimos por el Senado Federal). En esta modalidad del derecho de amparo deben señalarse como autoridades demandadas a las que hubiesen intervenido en el procedimiento legislativo, o sea el Congreso de la Unión, las legislaturas locales, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como el Presidente de la República, los Gobernadores de los Estados o el Jefe de Gobierno del propio Distrito Federal, y sólo a los últimos cuando se trata de la expedición de los reglamentos respectivos. La primera instancia se sigue ante los jueces federales de distrito y, el segundo grado, por medio del llamado recurso de revisión (en realidad, apelación), ante la Suprema Corte de Justicia (artículos 107, fracciones VII y VIII, de la Constitución Federal; 83, fracción IV, 84, fracción I, incisos a) y c), de la Ley de Amparo, así como 10, fracciones II, inciso c) y III; 51, fracción I; 52, fracción III; 54, fracción II, y 55, fracción II, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995).

73. b) El segundo aspecto del amparo contra leyes se puede denominar *recurso de inconstitucionalidad*, que se caracteriza por la *vía incidental o prejudicial*, es decir, por el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley aplicada en una resolución judicial impugnada en el juicio de amparo de una instancia (equivalente a un recurso de casación) ante los tribunales colegiados de circuito, los que deben decidir en el fallo la citada cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental, y la sentencia respectiva puede combatirse, únicamente en este aspecto, por medio del recurso de revisión (apelación) ante la Suprema Corte de Justicia, la que únicamente debe resolver sobre la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si ésta se considera improcedente o infundada, el fondo sobre la ilegalidad de la aplicación, si también se invoca, corresponde al tribunal colegiado respectivo (artículos 107, fracciones V, VI y IX, de la Carta Federal; 83, fracción V; 84, fracción II; 93, 159-169 y 166, fracción IV, segundo párrafo de la Ley de Amparo, así como 10, fracción III, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)⁶¹.

74. Respecto de la acción concreta de inconstitucionalidad que hemos señalado anteriormente, es preciso mencionar que la sentencia estimativa dictada en esta materia por la Suprema Corte de Justicia se traduce exclusivamente en la *desaplicación* de las disposiciones normativas impugnadas en beneficio del promovente, sin hacer una declaración general, con apoyo en la tradición establecida desde 1847, por medio de la llamada *fórmula Otero* (ver *supra* párrafo 59), que subsiste en nuestra Constitución vigente y en la Ley de Amparo.

75. Este precepto ha sido objeto de un agudo debate doctrinal, en virtud de que en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos predominan los efectos *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por los tribunales constitucionales o supremos, aún cuando subsiste la desaplicación en cada caso concreto en las impugnaciones en vía incidental. Por ello, se ha propuesto que se introduzca la declaración general en los juicios de amparo en los cuales se reclame la inconstitucionalidad de normas

61. La bibliografía sobre el amparo contra leyes, además de las obras generales sobre el juicio de amparo, comprende un número amplio de estudios específicos. Sobre estos últimos citados la reciente obra de AGUILAR ÁLVAREZ y DE ALBA, Ernesto, *El amparo contra leyes*, México, Trillas 1989.

generales en la vía directa de acción⁶². Esta solución se ha propuesto en los proyectos elaborados por la Suprema Corte de Justicia de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo.

76. En efecto, en el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Suprema Corte de Justicia en el mes de mayo del año 2001, se propone agregar un segundo párrafo a la fracción II, del artículo 107 de la Carta Federal, ya que el primer párrafo conserva la disposición relativa a los efectos particulares de las sentencias de amparo cuando se impugna la inconstitucionalidad de normas generales, de acuerdo con lo que hemos calificado como *fórmula Otero* (ver *supra* párrafo 59). Dicho segundo párrafo establece la siguiente disposición normativa:

Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto (acción de inconstitucionalidad, ver *supra* párrafo 72), establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se determina la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, *procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.*

77. Este precepto recoge la corriente doctrinal predominante sobre la necesidad de la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas generales, al menos por lo que respecta a la acción de impugnación de dichas normas, doctrina que se apoyó en dos argumentos esenciales: De acuerdo con el primero, la aplicación exclusiva de los efectos particulares cuando se impugnan normas legislativas infringe uno de los principios básicos del régimen del Estado Democrático de Derecho, que descansa en la *igualdad de los gobernados ante la ley*, el que se afecta con la subsistencia de disposiciones normativas que han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, ya que si bien algunas personas o entidades que cuentan con recursos económicos pueden acudir al asesoramiento profesional de distinguidos abogados para que interpongan oportunamente la demanda de amparo respectiva, el resto de la población que no cuenta con ese asesoramiento, está obligado a cumplir con el ordenamiento contrario a la Carta Federal. La declaración general que se traduce en la invalidez de las normas inconstitucionales impide que se sigan aplicando en perjuicio de un grupo mayoritario de gobernados, y por ello se ha impuesto el régimen de la declaración general, que no es absoluto, en una gran parte de los ordenamientos contemporáneos⁶³.

78. En segundo lugar, el dictado de sentencias caso por caso apoyadas en los mismos razonamientos y con mayor razón cuando existe jurisprudencia obligatoria, tratándose de la impugnación de normas legislativas en el juicio de amparo, retrasa considerablemente la labor de la Suprema Corte de Justicia, y por ello fue necesario que dicho alto tribunal expidiera recientemente acuerdos generales, a fin de encomendar a los tribunales colegiados de circuito, el conocimiento los juicios de amparo en revisión contra normas generales, respecto de las cuales ya se hubiere establecido jurisprudencia por la

62. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 10-11, enero agosto de 1971, pp. 51-98, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit. *supra* nota 7, pp. 183-256.

63. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 8, México 2001, pp. 145-155.

propia Suprema Corte, lo cual constituye únicamente un paliativo al enorme problema del rezago⁶⁴.

79. Los razonamientos anteriores fueron acogidos en el citado proyecto de reforma constitucional, en cuya parte pertinente se afirma:

El tema de los alcances de las sentencias de amparo es trascendental en este proyecto. La sociedad se ha pronunciado en el sentido de que el juicio de amparo sea más accesible para todos, que no nada más sirva a gente con los suficientes recursos como para contratar un abogado especializado que pueda impugnar actos o normas contrarias a la Constitución. Ésta, como Ley Suprema, debe ser aplicada a todos por igual. Su supremacía no puede depender de la capacidad económica de los individuos para acudir al juicio de amparo.

80. Además de la introducción de la declaración general en el juicio de amparo, tanto el proyecto de modificaciones a la Carta Federal como el de una Nueva Ley de Amparo proponen, al lado de dicha declaración general, la institución que se conoce como *interpretación conforme*, de acuerdo con la denominación que se estableció en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas con el nombre original de *verfassungskonforme Auslegung von Gezetzen*⁶⁵. Esta ha tenido una importante divulgación en la justicia constitucional contemporánea, en ocasiones con denominaciones diferentes (entre ellas las de sentencias interpretativas), debido a que resuelve un problema que se plantea con la declaración general de inconstitucionalidad, en cuanto a que la misma se traduce en la anulación de las disposiciones legislativas, que en todo caso produce una connotación jurídica, ya que es necesario llenar el vacío que se deja en el ordenamiento que se considera inválido, el que no siempre es sustituido por la legislación anterior y requiere de la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Ley Fundamental.

81. Como lo ha señalado certeramente el destacado jurista español, Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia de los Estados Unidos, es decir que todas las normas deben interpretarse *in Harmony with the Constitution*, a la que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Federal de ese país sobre la *presunción de la constitucionalidad de las leyes*, de acuerdo con la cual una norma general no debe declararse inválida, aún cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre con el sistema americano, cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón cuando la declaración de inconstitucionalidad produce efectos generales⁶⁶.

82. De lo anterior se concluye que la declaración general de inconstitucionalidad está estrechamente vinculada con la interpretación conforme, ya que ambas instituciones permiten el equilibrio y la moderación en las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales, cuando dichos organismos conocen y deciden respecto de la impugnación de las normas legislativas.

64. Entre los autores que han apoyado la necesidad de introducir la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas legislativas, podemos citar a CASTRO y CASTRO, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2ª ed., Porrúa, México 1977, pp. 34-44; VALLARTA PLATA, José Guillermo, "El poder judicial y el sistema de declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica" en *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, UNAM, México 1977, pp. 169-186; AGUILAR ÁLVAREZ y DE ALBA, Horacio, *El amparo contra leyes*, cit. supra nota 60, 109-128.

65. Cf., VOLKER, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gezetsauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1963, pp. 184-213; HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16ª ed., HEILDELBERG, C.F., Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32, pp. 29-32, *Id.*, *Escritos de derecho constitucional (Selección)*, trad. de CRUZ VILLALÓN, Pedro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pp. 53-57.

66. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981, pp. 95-103.

83. En los proyectos de la Suprema Corte de Justicia de México, tanto de reformas constitucionales como de una Nueva Ley de Amparo, no se proponen modificaciones audaces o a menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de inconstitucionalidad con efectos generales, para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la Carta Suprema. Debido a que ha sido tradicional en nuestro país la aplicación absoluta de la *fórmula Otero*, no se propone su supresión, sino exclusivamente su revisión, pero de manera prudente y moderada, de manera que pudiera calificarse de conservadora, para no cambiar radicalmente ese régimen casi sacramental.

84. En primer, lugar la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de la segunda instancia del amparo promovido por conducto de la que hemos calificado de *acción de inconstitucionalidad* (ver *supra* párrafo 72), y por tanto no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteadas en la impugnación de las resoluciones judiciales en el juicio de amparo de una sola instancia (*recurso de inconstitucionalidad*, ver *supra* párrafo 73). Lo que significa que se conserva la fórmula Otero de desaplicación de las normas inconstitucionales en los casos concretos, es decir, en los juicios de amparo contra resoluciones judiciales. En la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto de reformas constitucionales antes mencionadas se señala:

(...) Cabe destacar que en el esquema que se propone únicamente tratándose de amparo indirecto (de dos instancias), en revisión en los que fueron oídas las autoridades que expidieron y promulgaron las normas generales, sólo nuestro Tribunal funcionando en Pleno, puede hacer la declaratoria con efectos generales. Ni las Salas ni los tribunales colegiados de circuito, ni los juzgados de distrito contarían con tan importante facultad (...).

85. En segundo lugar, para que pueda tener efectos la declaración general de inconstitucionalidad, se requiere que se conforme *jurisprudencia obligatoria* por parte de la Suprema Corte de Justicia. De acuerdo con la legislación actual (artículo 194 de la Ley de Amparo modificado por la disposición décima quinta transitoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995), la jurisprudencia del Tribunal en Pleno se forma con cinco resoluciones en el mismo sentido aprobadas al menos por ocho ministros. La innovación que se propone respecto de la citada jurisprudencia obligatoria consiste en *reducir de cinco a tres* el número de resoluciones de la Suprema Corte, de manera que para que la declaración de inconstitucionalidad produzca efectos generales debe pronunciarse en tres resoluciones aprobadas por el Tribunal en Pleno en tres sesiones distintas. En la parte relativa de la exposición de motivos del Proyecto de la Nueva Ley de Amparo, se explica con toda claridad el cambio:

(...) Otra modificación significativa consiste en la reducción de cinco a tres del número de tesis necesarias para constituir jurisprudencia. El cambio no es caprichoso ni se reduce a una mera cuestión numérica. En realidad, de lo que se trata es de encontrar un adecuado equilibrio entre los sistemas de precedentes que se siguen en otros ordenamientos o en los procesos de controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad y la reiteración de criterios que se prevé para la Ley de Amparo. Lo importante es encontrar una solución intermedia entre ambos extremos. Esto puede obtenerse disminuyendo el número de casos a tres a efecto de que los órganos competentes, puedan, con mayor facilidad, lograr que sus criterios sean obligatorios para dar certeza a nuestro orden jurídico. Sin embargo, para que la reiteración cumpla con su finalidad, se propone que los criterios deben fijarse al resolver los asuntos en tres sesiones distintas. *Es importante destacar que cuando se trate de interpretación respecto de la constitucionalidad de normas generales, además deberá contarse con el voto aprobatorio de ocho Ministros (...).*

86. Además de lo anterior, se exige que la tesis jurisprudencial respectiva sea aprobada por el Tribunal en Pleno, y posteriormente, o sea, dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de dicha aprobación, la Suprema Corte de Justicia formulará la declaración de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, declaratoria que debe ser separada de las sentencias judiciales y en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen. *Dicha declaratoria será obligatoria, tendrá efectos generales*, y deberá contener la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad o de la declaración conforme. Además, los efectos de esas declaratorias no serán retroactivos, salvo en materia penal en los términos del artículo 14 constitucional, o sea, cuando tenga carácter favorable, como ya se ha establecido respecto de las sentencias con efectos generales en las controversias y en las acciones de inconstitucionalidad (artículos 231 y 232 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo).

87. Debido a la importancia de las declaratorias de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, las mismas deben publicarse tanto en el Diario Oficial de la Federación como en el órgano oficial de la entidad, que en su caso hubiera emitido la norma respecto de la cual se hace la declaración (artículo 233 del mencionado Proyecto).

88. En cuanto a la declaración de la interpretación conforme ya hemos explicado anteriormente la extensa aplicación que tiene en los ordenamientos contemporáneos y los beneficios que produce (ver *supra* párrafos 80-81), además que ya se ha utilizado por la Suprema Corte de Justicia de México en sus fallos, aun sin un reconocimiento formal de esta institución, pero de cualquier manera conviene transcribir la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto de Nueva Ley de Amparo, sobre esta materia:

(...) *La declaratoria de interpretación conforme*, por su parte, tiene la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, para, de esa forma, garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico (...).

89. Para otorgar eficacia a la obligatoriedad de la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, en el Proyecto se establece un mecanismo procesal ágil para evitar que se infrinja la declaración respectiva. En efecto, se propone que el afectado con la aplicación de la norma inconstitucional o en un sentido diverso del establecido por la interpretación conforme, puede denunciar el hecho ante el juez de distrito respectivo. Dicho juzgador debe dar vista a las partes en un plazo de tres días para que expongan lo que a su derecho convenga, y dentro de otro plazo de tres días deberá dictar resolución. Si la misma es en el sentido de que la autoridad involucrada realizó el acto infractor, el juez federal ordenará a dicha autoridad aplicadora que deje sin efecto el acto denunciado, y si no lo hace en un plazo de tres días se elevará el expediente a la Suprema Corte de Justicia para que determine la responsabilidad que corresponda. Si la misma autoridad incurre en repetición de la infracción denunciada, el afectado puede acudir ante el juez de distrito para denunciar la repetición del acto reclamado (artículo 208 del citado Proyecto)⁶⁷.

90. c) El sector cuantitativamente más importante lo ocupa el *amparo contra resoluciones judiciales*, que se ha calificado como *amparo judicial* o *amparo-casación* que, sin recibir esa denominación, debe considerarse como un recurso de casación federal, por medio del cual pueden combatirse todas las resoluciones judiciales del país, tanto

67. Cf., ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México 2002, pp. 107-123.

federales como locales y de las distintas materias, en una sola instancia actualmente ante los tribunales colegiados de circuito, que son ahora de casación, pero con la posibilidad de que las Salas de la Suprema Corte puedan determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existen contradicciones de tesis entre los citados tribunales colegiados.

91. Este es un sector que ha crecido de manera constante, ya que en 1936 se le incorporaron las sentencias de los tribunales del trabajo (denominados juntas de conciliación y arbitraje); en 1968 las de los tribunales administrativos, y finalmente en 1992, los fallos de los tribunales federales agrarios creados en esa época. Además, la Suprema Corte de Justicia tiene facultad de atracción sobre los amparos judiciales del conocimiento de los tribunales colegiados, cuando considere que por su trascendencia así lo ameriten, ya sea de oficio, a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado o del Procurador General de la República (artículos 107, fracciones V y VI, 158-165 y 185 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

92. d) El aspecto del juicio de amparo que ha decrecido es el de la impugnación de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas federales por conducto directo del juicio de amparo, que puede calificarse como un *proceso de lo contencioso administrativo*. Este sector se tramita en un procedimiento de dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda (salvo que en la sentencia dictada por dichos jueces se haga una interpretación directa de la Constitución Federal, ya que en este últimos supuesto la segunda instancia se tramita ante la segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia), por medio del recurso de revisión interpuesto ante los tribunales colegiados de circuito. Dicho proceso se ha reducido de manera paulatina debido a la creación creciente de tribunales administrativos tanto de la Federación, como del Distrito Federal y de los Estados.

93. En la esfera nacional se estableció en el año de 1937 el Tribunal Fiscal de la Federación, que aumentó paulatinamente su competencia a cuestiones, en principio, relacionadas con el derecho tributario, pero posteriormente a otras materias administrativas, hasta que por reforma de diciembre del año 2000, a través de la modificación de la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 1995, se transformó dicho organismo jurisdiccional en Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, de competencia genérica, por lo que quedaron muy pocos casos de impugnación en doble instancia por conducto del juicio de amparo. Como en el año de 1968, por reforma constitucional y legal se estableció el amparo de una sola instancia contra las sentencias de los tribunales administrativos, cada vez más numerosos, se ha aumentado de manera constante la casación en materia administrativa y, por el contrario, se ha restringido la función contenciosa administrativa de los tribunales de amparo en la misma proporción, por lo que puede afirmarse que es un campo que tiende a desaparecer⁶⁸ (artículos 107, fracciones VII y VIII último párrafo, de la Constitución Federal; 85, fracción II, y 114 fracción II, de la Ley Amparo, así como 52, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

94. Finalmente, en el año de 1963 y con apoyo en la reforma constitucional de 1962, se introdujeron en la Ley de Amparo un conjunto de modificaciones para establecer

68. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México 1983, pp. 111-121; *Id.* "La justicia administrativa en México", en la obra *Conferencias Magistrales*, Poder Judicial de la Federación, Instituto de la Defensoría Pública, México 2002, pp. 98-105; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., con la colaboración de VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, UNAM-Porrúa, México 1997, pp. 709-799.

ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (ejidatarios y comuneros y sus respectivas poblaciones) que permitieran equilibrar su situación frente a los propietarios agrícolas y ganaderos y las autoridades administrativas federales encargadas de desarrollar dicha reforma agraria, en virtud de que se consideró que dichos campesinos carecían en numerosos casos de asesoramiento jurídico para intervenir en las controversias agrarias. Con esta reforma se estableció un quinto proceso que se puede denominar *amparo social agrario*. Debido a la importancia que se otorgó a dichas reglas procesales, en el año de 1976 se dividió la Ley de Amparo en dos libros que antes no existían, uno sobre el amparo en general y otro sobre el amparo en materia agraria, pero sin abarcar todas las controversias en esta materia (artículo 107, fracción II, párrafos tercero y cuarto de la Carta Federal y 242 a 234 de la Ley de Amparo)⁶⁹.

95. Sin embargo, en nuestros días este sector del juicio de amparo también tiende a desaparecer, debido a que en el año de 1992 se modificó el artículo 27 constitucional para establecer los tribunales federales agrarios, integrados por un Tribunal Superior de cinco magistrados y varios tribunales unitarios establecidos en diversas regiones del país, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas federales (Leyes Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992).

96. Contra las sentencias de dichos organismos jurisdiccionales procede el amparo de una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito, con lo cual se incorpora esta materia al amparo contra resoluciones judiciales o amparo-casación (ver *supra* párrafo 91), de manera que el procedimiento específico, que era de doble instancia, sólo se promueve de manera excepcional.

97. Por tanto, debemos concluir, que de acuerdo con la tendencia que se observa en el amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, en realidad la tendencia se dirige a conservar sólo tres sectores en un futuro próximo, es decir, *hábeas corpus*, amparo contra leyes y amparo judicial o de casación. Por otra parte, el amparo en sentido estricto, es decir aquel que de manera predominante está dirigido en los ordenamientos latinoamericanos a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, con exclusión de la libertad e integridad personales, que mayoritariamente están tutelados por el *hábeas corpus*, no está regulado en la legislación mexicana por medio de un procedimiento específico en la actual ley reglamentaria, ya que queda comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando la misma afecte directamente un derecho consagrado en la Carta Federal, por lo que estimamos conveniente establecer una tramitación especial que podría integrar un futuro cuarto proceso.

98. En nuestro concepto, también debe quedar comprendida en este cuarto sector la violación de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales y los tratados ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República de acuerdo con el artículo 133 constitucional, como lo proponen los proyectos de reforma

69. La bibliografía es amplia pero citamos sólo algunos estudios relativamente recientes; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en materia agraria", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463, reproducido en el libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit. *supra* nota 7, pp. 329-358; LANZ CÁRDENAS, Fernando, *El juicio de amparo en materia agraria*, Jus, México 1977; PONCE DE LEÓN, Armenta, Luis M., *Derecho procesal agrario*, México, Trillas 1988; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Elemento de derecho procesal agrario*, 2ª ed., Porrúa, México 1997.

constitucional y de una Nueva Ley de Amparo aprobados por la Suprema Corte de Justicia en mayo del año 2001 (ver *infra* párrafo 124-125).

VII. NATURALEZA

99. El derecho de amparo en Latinoamérica y España posee una naturaleza procesal variable, y por ello se le califica como *acción* o como *recurso*, ya sea que proceda como un proceso autónomo contra la conducta violatoria de los derechos humanos de las autoridades públicas, y en algunos ordenamientos también contra particulares (en realidad grupos de presión) y excepcionalmente contra sentencias judiciales, pero en otras legislaciones cuando se pueden impugnar resoluciones administrativas en forma de juicio o bien de decisiones judiciales, se tramita como un verdadero recurso, como ocurre claramente en el ordenamiento español con el *amparo constitucional*, que debe considerarse como la segunda instancia del *amparo ordinario*, que se interpone ante los tribunales ordinarios⁷⁰.

100. Debido a su complejidad procesal, en la doctrina mexicana se ha discutido, en ocasiones con apasionamiento sobre la naturaleza jurídica del juicio de amparo, y con este motivo se elaboraron varios conceptos para explicar la institución. No es esta la oportunidad para examinar dichos planteamientos, ya que se elaboraron algunas ideas que concibieron al propio derecho de amparo como *interdicto constitucional*, como institución política, como *proceso en todos sus aspectos*, como *cuasiproceso*, como *control*, y de carácter mixto, *de proceso impugnativo* y como *recurso*⁷¹.

101. Esta diversidad de criterios se deben, desde nuestro punto de vista, a que el derecho de amparo mexicano se ha examinado más desde el punto de vista de su contenido y de sus objetivos, que de su verdadera naturaleza procesal. En efecto, durante mucho tiempo se tomó en cuenta su contenido original de institución tutelar de los derechos fundamentales, pero no su evolución posterior que como hemos dicho (ver *infra* párrafos 117-118) incorporó otros instrumentos procesales relativos al control de legalidad, o bien se reflexionó sobre la finalidad, también original, de tutelar exclusivamente normas constitucionales relativas a los derechos humanos y en cierta manera, el equilibrio de las competencias entre las esferas de la Federación y las de las Entidades Federativas.

102. Pero las corrientes doctrinales más recientes han tomado en cuenta esencialmente la estructura procesal del propio derecho de amparo, que es el enfoque predominante en la actualidad. Pero aún desde el ángulo procesal, al considerarse la institución como un juicio, de acuerdo con la terminología que adoptaron las leyes reglamentarias, es decir, como equivalente al proceso, imperó durante muchos años una corriente doctrinal que partió de la función original del juicio de amparo como instrumento de protección de los derechos fundamentales y por su conducto también el equilibrio de las competencias federales y locales, de acuerdo con la cual la institución debía considerarse como un *proceso autónomo de constitucionalidad*.

70. Cf., BREWER-CARÍAS, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*, cit., *supra* nota 3, pp. 15-52.

71. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", publicado originalmente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 959-112, y reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra* nota 7, pp. 97-154.

103. Desde este punto de vista, que fue dominante durante la vigencia de la Constitución de 1857, se afirmó que aún en el sector de la impugnación de las resoluciones judiciales que se le incorporó con posterioridad a la función originaria, según se ha dicho (ver *supra* párrafo 66-68), el amparo se constituía como una controversia independiente de la que se planteaba ante la jurisdicción ordinaria, si se tomaba en consideración que en el amparo se discute, en todo caso, un problema de constitucionalidad, pues cuando se examina la legalidad de un fallo judicial, debe estudiarse si se ha respetado el derecho subjetivo público consagrado por el artículo 14 de la Carta Federal de 1857, que se calificaba como *garantía de justicia*.

104. Por ese motivo, las Leyes de Amparo de 1869 y 1882, y los Códigos de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, regularon la tramitación del juicio de amparo por conducto de un procedimiento de doble instancia, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda, de oficio, ante la Suprema Corte de Justicia, con independencia de la materia que se debatía en los diversos procesos de amparo.

105. Sin embargo, fue el ilustre jurista mexicano Emilio Rabasa, quien sin haber cultivado el procesalismo científico (surgido en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, y posteriormente divulgado en Italia y España en las primeras décadas del siglo XX), señaló por primera vez con precisión la verdadera naturaleza procesal del derecho de amparo mexicano. Debe tomarse en consideración que la obra clásica de Emilio Rabasa denominada *El artículo 14. Estudio Constitucional*, se publicó originalmente en el año de 1906, es decir, escasamente tres años después de la conocida Lección Inaugural del insigne Giuseppe Chiovenda en la Universidad de Bolonia, que se considera como el inicio del procesalismo científico italiano, pero que se conoció en nuestro país mucho tiempo después⁷².

106. En la obra mencionada, el destacado constitucionalista mexicano señaló que si bien los mencionados ordenamientos reglamentarios habían establecido en todos los supuestos de tramitación del juicio de amparo, un procedimiento de doble instancia, en su concepto no debería dársele el mismo tratamiento a la protección de los derechos fundamentales, que fue el objetivo original del derecho de amparo, que a la revisión de los fallos judiciales, especialmente los interpuestos en materia civil⁷³. En su concepto se justificaba el procedimiento de doble instancia en los sectores del amparo en el cual se discutían violaciones directas de los preceptos constitucionales, pero debía seguirse una tramitación diversa en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales, en las que se planteaba la infracción de normas secundarias, y por lo tanto constituía un control de legalidad, ya que en este último supuesto, el amparo debía considerarse como *un simple recurso* similar a la *casación*⁷⁴.

107. Estas ideas de Rabasa, aún cuando no participó en los debates del Constituyente de Querétaro de 1916-1917, se tomaron en consideración por los autores del proyecto presentado por don Venustiano Carranza al citado Congreso el primero de diciembre de 1916, pues sin reconocer expresamente dicha influencia en el artículo que fue aprobado con el número 107 (fracciones VIII y IX), se establecieron dos diversos procedimientos, uno de doble instancia, denominado *indirecto*, la primera ante los jueces federales de distrito, y la segunda, a petición de parte por conducto del llamado recurso de revisión (en estricto sentido, apelación), entonces ante la Suprema Corte de Justicia, para los

72. Lección Inaugural intitulada "La acción en el sistema de los derechos", incorporada a la obra del mismo autor, *Ensayos de derecho procesal*, trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago, Buenos Aires 1949, vol. I, pp. 3 y ss.

73. *El artículo 14*, cit. *supra* nota 57, pp. 95-102.

74. *Op. ult. cit.*, p. 102.

procesos diversos del amparo judicial, y un procedimiento de una sola instancia, calificado de *directo*, también entonces ante la Suprema Corte de Justicia, cuando se tratara de la impugnación de resoluciones judiciales. Esta doble tramitación se conserva actualmente (fracciones VII y VII actuales del artículo 107 constitucional, así como artículos 114-157 y 83-94 de la Ley de Amparo vigente), si bien la competencia de los tribunales federales se ha modificado, como se explicará más adelante (ver *infra* párrafos 145-146).

108. En la actualidad ya no se discute que el juicio de amparo mexicano posee una doble naturaleza procesal, como *proceso impugnativo* y como *recurso de nulidad*, que puede asimilarse a un *recurso de casación federal*. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia incurren constantemente en confusiones derivadas del peso de la tradición de la función original del amparo, que se ha transformado de manera paulatina, hasta incorporar también el control de legalidad, como se ha sostenido en varias ocasiones, pues con frecuencia se califica al amparo como *juicio constitucional* o *juicio de garantías*, y se señalan como violaciones a las normas constitucionales, que en realidad son infracciones a la legalidad secundaria, por considerarse de manera artificial que se afectan los artículos 14 y 16 de la Carta Federal, que constituyen únicamente la vía formal para interponer el amparo, con valor puramente instrumental.

109. a) El amparo como *proceso impugnativo autónomo* se tramita, como se ha dicho, en un procedimiento de doble instancia o *indirecto*. El primer grado se hace valer ante los jueces federales de distrito, por conducto de una verdadera demanda que debe presentar el afectado (con la excepción del amparo-hábeas corpus, en que se puede interponer por cualquier persona e inclusive oralmente) (artículos 114-121). Una vez admitida dicha demanda, se corre traslado a la autoridad o autoridades demandadas (que se califican como *responsables*) (artículos 145-148), las que deben contestarla en un término corto (cinco días) por conducto de un documento que se ha denominado *informe justificado* (cuya presentación extemporánea o incompleta, produce los mismos efectos de la rebeldía del demandado en el proceso civil, es decir, se tienen presuntivamente reconocidos los hechos señalados en la citada demanda) (artículo 149). Las pruebas se discuten en audiencia pública en que deben comparecer las partes, se formulan alegatos en ella, y en un plazo corto debe dictarse la sentencia de fondo (artículos 150-155). Dicho fallo de fondo se eleva ante la Suprema Corte cuando se discuten cuestiones directas de inconstitucionalidad (artículo 84, fracción I, a), y cuando se plantean violaciones a la legalidad, ante el tribunal colegiado respectivo (artículo 85, fracción II). Cuando la parte afectada interpone el llamado recurso de revisión, se inicia la segunda instancia, en la cual se pronuncia la sentencia firme correspondiente (artículos 88-94). En principio este doble procedimiento debe utilizarse respecto de los sectores del amparo en el cual se plantean cuestiones de constitucionalidad⁷⁵.

110. b) El amparo de una sola instancia como *recurso de casación*. Como hemos dicho con anterioridad (ver *supra* párrafo 90-91), este sector que se refiere a la impugnación de las resoluciones judiciales es el que abarca el mayor número de juicios de amparo que se promueven en la práctica, y salvo los casos muy restringidos en los cuales se interponen cuestiones de inconstitucionalidad por la vía incidental, de manera predominante se discuten exclusivamente aspectos de la aplicación de disposiciones lega-

75. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos", en la obra colectiva *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México 1992, pp. 253-301, reproducido en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit. *supra* nota 7, pp. 619-666.

les, ordinarias, ya sea de carácter procesal o de fondo, que actualmente se someten al conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, a partir de las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en enero de 1988, salvo la facultad de atracción que corresponde a la Suprema Corte de Justicia (artículo 107, fracción V, del artículo 107 de la Carta Federal) (ver *infra* 145).

111. La Ley de Amparo todavía conserva algunos resabios de las funciones originales del amparo como instrumento para tutelar los derechos fundamentales, en cuanto el artículo 166 de dicho ordenamiento califica la instancia de *demanda*, a pesar de que en estricto sentido carece de este carácter, pues significa la interposición de un recurso, y de manera artificial se pretende conferir al juez o tribunal que dictó la resolución impugnada el carácter de *autoridad demandada* (responsable en la terminología de dicha Ley reglamentaria) (artículo 167), y en un principio se le exigía la presentación de un informe justificado (similar a la contestación de la demanda en el amparo de doble instancia), pero en la práctica se limitaba al envío de los autos respectivos, que es la situación actualmente regulada por los artículos 168 y 169 de la Ley reglamentaria.

112. La tramitación que se sigue es la que corresponde a un recurso y no a un proceso autónomo, ya que constituye la continuación del proceso ordinario ante el juez o tribunal de la causa (aun cuando formalmente se invoca la violación de los artículos 14 y 16 constitucionales), ya que el único acto de parte se reduce a la formulación de alegatos por escrito al tribunal colegiado respectivo, y corresponde al llamado tercero perjudicado (en estricto sentido, interesado), que es la contraparte del promovente del amparo en el citado proceso ordinario, así como al ministerio público que hubiese intervenido en el proceso penal (artículo 180 de la Ley).

113. Subsisten todavía algunas hipótesis en las cuales algunas resoluciones judiciales se impugnan por medio del amparo de doble instancia (artículos 107, fracción VII y 114, fracciones III, IV y V de la Ley de Amparo)⁷⁶, pero en la mayoría de los supuestos la primera instancia carece verdaderamente de objeto, ya que excepcionalmente se requiere la presentación de medios de prueba distintos a los ofrecidos ante la jurisdicción ordinaria, por lo que con el tiempo se reducirá todavía más esta tramitación⁷⁷.

114. Como ya lo hemos sostenido, el amparo contra resoluciones judiciales constituye un verdadero *recurso de casación federal*, tal y como lo había señalado Emilio Rabasa desde principios del siglo XX (ver *supra* párrafo 107), y en virtud de que la sentencia de fondo (ya que la que se otorga por violaciones procesales siempre implica el reenvío) cuando es estimatoria, se envía al juez o tribunal de la causa para que dicte un nuevo fallo sujetándose a los lineamientos de la decisión del tribunal de amparo puede afirmarse, como lo señaló el constitucionalista mexicano Fernando Vega también a principios del siglo (XX), que se ha seguido, con ciertas modalidades, el sistema *francés* de la casación⁷⁸.

76. Se ha disminuido paulatinamente este sector, que ahora se reduce, según el citado artículo 114 de la Ley de Amparo, a las resoluciones dictadas fuera de juicio (jurisdicción voluntaria) o después de concluido (ejecución de sentencia, fracción III); contra las resoluciones dentro de juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación (fracción IV), y respecto de decisiones judiciales pronunciadas fuera o dentro del proceso, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley procesal no les otorgue un recurso o medida de defensa legal (fracción V).

77. Cf., FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *cit. supra* nota 7, pp. 130-141.

78. Son numerosos los autores mexicanos que han señalado las similitudes del amparo contra sentencias judiciales con el recurso de casación, y entre ellos podemos señalar, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo", publicado originalmente en la *Memoria de El Colegio Nacional*,

VIII. DERECHOS PROTEGIDOS

115. Debido a la redacción inalterable de los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857 y el 103 de la Constitución vigente de 1917, tal pareciera que los únicos derechos fundamentales protegidos son los individuales clásicos que se califican como *garantías individuales*. La doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia durante la vigencia de la citada Constitución de 1857, estimó que debían considerarse como derechos tutelados por el derecho de amparo, los establecidos en el primer título de dicha Carta considerados como *derechos del hombre*. El artículo primero de dicha Ley Fundamental se iniciaba con la declaración de que *El pueblo de México reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales (...)*⁷⁹.

116. A pesar de su orientación iusnaturalista, la Carta Federal de 1857, no consagró una disposición similar al artículo IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos,⁸⁰ que estableció los llamados *derechos implícitos*, las cuales fueron introducidos por influencia de este precepto en varias Constituciones latinoamericanas expedidas el siglo XIX, pero que todavía se conservan en las Cartas Fundamentales vigentes⁸¹. Sin embargo, la doctrina mexicana de esa época consideró que la tutela del derecho de amparo se extendía también a otros derechos individuales establecidos en otros preceptos de dicha Constitución Federal, cuando estaban relacionados o vinculados con los consagrados expresamente en los primeros veintiocho artículos constitucionales (el veintinueve se refería a la suspensión y limitación de dichos derechos en caso de emergencia)⁸².

117. Es notorio, la Constitución federal vigente cuyo texto original fue promulgado el 5 de febrero de 1917, inició la tendencia que se fortaleció en la primera posguerra sobre el llamado *constitucionalismo social*, es decir, que elevó a rango fundamental los derechos de carácter social, especialmente de los sectores marginados, como los campesinos

1978, México 1979, pp. 91-138, e incorporado posteriormente al libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit. supra nota 7, pp. 237-284; ALATRISTE DE LA FUENTE, Miguel, *El juicio de amparo y el recurso de casación civil*, México 1948; OLEA y LEYVA, Teófilo, "Genealogía jurídica de la casación y el amparo en materia penal", en *Problemas Jurídicos y Sociales de México*, México 1955, pp. 41-90; RÍOS ESPINOSA, Alejandro, *Amparo y casación*, México 1960, y PALACIOS, Ramón, en varios artículos entre los que destaca "El mito del amparo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 275-301 y en su libro, *Instituciones de amparo*, Puebla 1963.

79. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia estableció el principio de que el juicio de amparo únicamente procedía contra los derechos establecidos como "garantías individuales" consagrados expresamente por la Constitución, pero no respecto de otros principios de equidad que otras leyes consagraban y que algunos autores enumeraban entre dichas garantías. Cf., VALLARTA, Ignacio L., *Votos*, Tomo III, edición de Antonio J. Lozano, Imprenta y Litografía de Ireneo Paz, México 1896, pp. 1-35.

80. Dicho precepto dispuso: Art. IX Constitución de Estados Unidos.

81. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunos aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en América Latina", en el volumen *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo. Una visión panorámica de las instituciones políticas en el Continente Americano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1988, pp. 131-167. Id. "Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el derecho mexicano", en la obra editada por James Frank Smith, *Derecho constitucional Comparado México-Estados Unidos*, Tomo I, UNAM, México 1991, pp. 133-190.

82. Cf., LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, publicado originalmente en (Lozano), México 1876, Imprenta del Comercio de Dublán y Lozano, y posteriormente, 3ª ed. Porrúa, México 1987. MONTIEL y DUARTE, Isidro, *Estudios sobre garantías individuales*, publicado originalmente en Imprenta del Gobierno, en Palacio, a cargo de José María SANDOVAL, México 1873, actualmente, 2ª ed., facsimilar, Porrúa, México 1972.

(artículo 27) y de los trabajadores (artículo 123)⁸³, que paulatinamente se han incrementado con la incorporación de otros derechos económicos y culturales, pero la redacción del artículo 103 de dicha Carta Fundamental quedó prácticamente idéntica a la del artículo 101 de la Constitución de 1857, es decir, se refirió exclusivamente a las *garantías individuales*, concepto que todavía predomina entre los tratadistas mexicanos⁸⁴.

118. No obstante esta tradición, se ha iniciado un cambio en la doctrina mexicana, que aborda recientemente el concepto de *derechos humanos*, para sustituir el anticuado de *garantías individuales*, que por inercia todavía conserva el texto constitucional; cambio que no sólo implica una modificación en la terminología, sino también de perspectiva para abarcar de manera integral a los derechos de la persona humana en el ordenamiento mexicano, que posee una dimensión cada vez más amplia, y que pretende extenderse también a los nuevos derechos de solidaridad o de la tercera generación⁸⁵.

119. Pero lo más trascendente, después de muchos años de aislamiento, es la propensión de la incorporación cada vez más intensa en el ámbito interno, de los derechos consagrados por los tratados internacionales, para complementar y perfeccionar los establecidos en el ordenamiento constitucional. Esta proyección ha sido vigorosa en los ordenamientos latinoamericanos, que han reconocido de manera paulatina la jerarquía superior de los tratados internacionales, particularmente los de derechos humanos, en el ámbito interno, y algunos ordenamientos, entre los cuales podemos citar las Constituciones peruana de 1979, argentina reformada en 1994, y venezolana de 1999, que expresamente otorgan a dichos tratados de derechos humanos jerarquía constitucional⁸⁶.

120. Un sector importante de la doctrina mexicana ha sostenido de manera creciente, que el amparo debe proceder, como en otros ordenamientos latinoamericanos, contra la violación de los derechos fundamentales establecidos por los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado Federal de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional⁸⁷, que al incorporarse al ámbito interno

83. La bibliografía es muy amplia, pero citamos la obra reciente de RABASA, Emilio O., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, UNAM, México 1996.

84. Las obras más conocidas sobre la materia conservan esta terminología anacrónica, como la de BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª ed., Porrúa, México 1998, y la de CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002; ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*. Sin embargo estos autores examinan no sólo los derechos individuales clásicos, sino también los económicos, sociales y culturales que se han incrementado de manera paulatina en nuestro texto constitucional.

85. Como ejemplo podemos citar el libro de LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3ª ed., Porrúa, México 2002.

86. Son numerosos los estudios sobre la creciente jerarquía de los tratados internacionales de los derechos humanos en el ámbito interno de los países latinoamericanos, por lo que citaremos sólo los más recientes: FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en el libro *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos. Essays in Honor, Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1996, pp. 159-207; DULITZKY, Ariel E., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano" en la obra *Estudios especializados de derechos humanos, I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1996, pp. 129-166; AYALA CORAO, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias"; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos"; MANILI, Pablo Luis, "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano", y ORTÍZ AHLF, Loretta, "Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", estos cuatro últimos estudios en la obra *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por MÉNDEZ SILVA, Ricardo, UNAM, México 2002, pp. 37-90; 181-209; 371-410, y 447-467, respectivamente.

87. Este precepto que se inspira claramente en lo dispuesto por el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, y que se incorporó con un texto similar en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, dispone en lo

según este precepto fundamental, deben considerarse como derechos fundamentales nacionales pero de *fuerza internacional*. Sin embargo, los jueces federales han ignorado en un porcentaje importante estos derechos de fuerza internacional cuando conocen de los juicios de amparo, y se han limitado a conocer de las violaciones de los derechos fundamentales establecidos expresamente en el texto constitucional.

121. Esta restricción se ha apoyado en el criterio anacrónico de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la que por mucho tiempo sostuvo que los tratados internacionales en general, sin hacer referencia expresa a los de derechos humanos, tenían el carácter de leyes federales de acuerdo con el citado artículo 133 constitucional. Sin embargo, el más alto tribunal de la República no ha podido sustraerse a la evolución que se observa actualmente sobre el creciente reconocimiento de la jerarquía superior de los tratados internacionales, y especialmente los que consagran derechos humanos, y estableció una nueva tesis en el sentido de que *los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal*⁸⁸.

122. Todo este desarrollo nos indica que los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, al incorporarse en el ordenamiento mexicano, de acuerdo con la tendencia contemporánea del carácter *progresivo* del derecho internacional de los derechos humanos⁸⁹, no contradicen o restringen los consagrados en nuestro ordenamiento fundamental, sino por el contrario, toda vez que los complementan y perfeccionan, al establecer condiciones más favorables a las establecidas en nuestra Carta Federal mexicana, deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de nuestra Ley Suprema que consagran los derechos fundamentales, aun cuando no exista un reconocimiento expreso⁹⁰.

123. Aún cuando no resultaba necesario señalar de manera expresa que los jueces federales mexicanos están obligados a aplicar los derechos humanos de fuerza internacional, en los proyectos de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo aprobados por la Suprema Corte de Justicia, a los cuales nos hemos referido con anterioridad, se consideró conveniente establecer que dichos derechos debían comprenderse entre los tutelados por el derecho de amparo mexicano.

124. Resultó difícil la redacción de un nuevo texto tanto para el artículo 103 de la Carta Federal como del artículo primero de la Ley de Amparo, debido a que esencialmente el precepto fundamental y en menor medida el de la Ley Reglamentaria sólo mencionaban como ámbito de protección, según se ha dicho (ver *supra* párrafo 115), el relativo a las *garantías individuales*, no obstante la amplitud mayor que adquirió el ob-

conducente: "Esta Constitución, la leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los *Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (...)*". Cf., CARPIZO, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional" en su libro *Estudios constitucionales*, 6ª ed., Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 22-24

88. Este criterio se estableció por unanimidad de diez votos, al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999, Anexo de Jurisprudencia*, pp. 841-843.

89. Cf., NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid 1987.

90. Cf., Algunos juristas mexicanos han señalado la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional mexicano, y entre ellos podemos citar a SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, Porrúa, México 2001, y CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford University Press, México 2002.

jeto de la institución. Además, la dificultad se incrementó debido a que, como hemos señalado reiteradamente, el juicio de amparo mexicano comprende también la tutela de los derechos establecidos en las disposiciones legislativas ordinarias, es decir, abarca también el llamado *control de la legalidad*. Debido a lo anterior, el citado proyecto propuesto como texto constitucional, es el siguiente:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías (en estricto sentido, derechos) que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado⁹¹.

125. En el anteproyecto redactado por la comisión designada por la misma Suprema Corte de Justicia para elaborarlo, se precisó que estos instrumentos generales de carácter internacional eran las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos; los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en la redacción final el Tribunal en Pleno del más alto tribunal estimó que debía redactarse un texto menos específico pero con el mismo contenido⁹².

126. También debe señalarse que el Proyecto de nueva Ley de Amparo que hemos citado con frecuencia, extiende la tutela no sólo respecto de los derechos subjetivos públicos, que habían sido acotados por la jurisprudencia como aquellos que implicaban la existencia de un interés jurídico actual y directo. En efecto, al referirse al promovente del amparo se incluyen además de dichos derechos también los *intereses legítimos*, ampliamente desarrollados por la doctrina europea, especialmente la española y la italiana, que comprende también el *interés indirecto*, que se apoya en una situación de carácter jurídico, lo que significa que sin llegar al establecimiento de *acciones populares*, como los establecidos en otros ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafos 37-41), amplían la protección respecto de los derechos colectivos, entre ellos los que se apoyan en los llamados *intereses difusos o transpersonales*⁹³.

127. Así sea con cierta inseguridad y tímidamente, se ha iniciado una corriente jurisprudencial, en especial entre algunos tribunales colegiados de circuito, que reconocieron la posibilidad de proteger los derechos colectivos derivados del interés legítimo y no exclusivamente por conducto del ejercicio de derechos subjetivos públicos, entre ellos los apoyados en los calificados como intereses difusos, lo cual implica la posibilidad de establecer un derecho de amparo de carácter colectivo protector del derecho al ambiente y otros similares⁹⁴.

91. El artículo primero del Proyecto de Nueva Ley de Amparo tiene una redacción ligeramente diversa, pero con el mismo significado: "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado".

92. Cf., ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, cit. *supra* nota 66, pp. 28-40.

93. Cf., *op. ult. cit.*, pp. 41-64.

94. Cf., CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos*, Porrúa, México 2000; *Id.*, "Pasado y futuro del amparo colectivo", y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)", estos dos últimos trabajos en el libro *Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, México 2002, pp. 301-309 y 345-385, respectivamente.

128. El Proyecto de nueva Ley Reglamentaria, al modificar el concepto tradicional de la autoridad para efectos del amparo, permite la posibilidad de introducir, aun en forma acotada, el derecho de amparo contra personas privadas, que ha sido reconocido por varios ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafo 12). En efecto, la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte de Justicia había establecido un concepto clásico de autoridad como aquella que podía disponer de la fuerza pública para imponer sus decisiones, con lo cual restringió el amparo exclusivamente contra las dependencias centralizadas de la administración pública federal o de las entidades federativas, y de manera muy limitada respecto de organismos descentralizados, exclusivamente cuando se les confería la facultad de determinar contribuciones tributarias.

129. Recientemente la jurisprudencia de la misma Suprema Corte modificó ese criterio tradicional y consideró que debía superarse ese concepto clásico de autoridad, para adoptar uno más moderno que tomase en cuenta la facultad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de manera unilateral y obligatoria, con lo que extendió el ámbito protector respecto de organismos descentralizados.

130. En el citado Proyecto se modifica aún más dicho concepto de autoridad, para efectos del amparo, ya que el artículo 40, fracción II, dispone que debe considerarse como autoridad responsable (demandada), aquella que con *independencia de su carácter formal*, "(...) dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en *forma unilateral u obligatoria*; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas (...)"⁹⁵. Lo anterior, además de comprender como demandados a organismos descentralizados del Estado, podría abarcar también la conducta de algunos particulares, cuyo número ha aumentado recientemente con las privatizaciones de servicios públicos que se encomienda a empresas privadas, o bien respecto de grupos de presión de carácter económico o social que pueden afectar la esfera jurídica de los gobernados, lo que implica la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*), es decir, lo relativo a aquellos sectores que recientemente se han calificado como *poderes privados*⁹⁶.

IX. PERSONAS TUTELADAS

131. El carácter de las personas tuteladas está relacionada con la amplitud protectora del derecho de amparo mexicano, el cual, como lo hemos sostenido anteriormente (ver *supra* párrafo 52), en sus orígenes contempló exclusivamente a individuos particulares, ya que se pretendía tutelar exclusivamente derechos individuales de carácter clásico. Posteriormente, como se ha dicho, al introducirse el amparo contra resoluciones judiciales, la protección se extendió prácticamente a todos los habitantes del país, en relación con los derechos de carácter ordinario, pero siempre de carácter individual.

95. Cf., ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, cit. *supra* nota 66, pp. 65-79.

96. Cf., Entre otros, los estudios recientes de ESTRADA, Alexei Julio, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, (Una presentación del caso colombiano)", y VEGA GARCÍA, Pedro de, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der grundrechte*)", ambos trabajos aparecidos en la obra coordinada por CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México 2002, pp. 267-687-707, respectivamente.

132. El liberalismo individualista que se impuso en nuestro país a partir del triunfo del sector liberal radical, predominante en la redacción de la Constitución de 1857, pero que ascendieron al gobierno al terminar la llamada Guerra de Reforma (1857-1861), y posteriormente con la restauración de la República respecto del Imperio de Maximiliano (1867), se discutió por varios años, prácticamente hasta la primera década del siglo XX, sobre la posibilidad de que las llamadas *personas morales*, es decir, las personas jurídicas colectivas, pudiesen interponer el juicio de amparo.

133. Otro obstáculo para el reconocimiento de la legitimación de las personas jurídicas colectivas se apoyó en la llamada Ley de Desamortización de 1856, que con mucho retraso respecto de la conocida Ley Chapelier francesa, desconoció la personalidad de las corporaciones civiles y religiosas, de manera que, por ejemplo, se negó la personalidad jurídica de las comunidades indígenas para interponer el amparo contra los actos de privación de sus propiedades o posesiones que habían sido reconocidas desde las Leyes de Indias, ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte sólo admitió la posibilidad de que los afectados pudiesen promover el juicio de amparo como personas individuales, lo que fue una de las causas de la concentración de la tierra, por la indefensión de las citadas comunidades⁹⁷. Sin embargo, para efectos prácticos, y debido a que uno de los postulados del liberalismo individualista era el respeto irrestricto a la propiedad privada, se aceptó la legitimidad de las sociedades mercantiles y civiles para solicitar el juicio de amparo, de acuerdo con la tesis doctrinal de la ficción, en el sentido de que la afectación a dichas personas colectivas se traducían en la de sus integrantes particulares.

134. No obstante, que como es evidente, la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 fue la primera al elevar a nivel de preceptos fundamentales a los derechos de carácter social, que se ha enriquecido posteriormente con la consagración de numerosos derechos económicos y culturales, quedó prácticamente invariable el texto del artículo 107, fracción II, de dicha Carta Federal, respecto de la redacción del artículo 102, de la Ley Fundamental anterior de 1857, y se refiere exclusivamente a *individuos particulares*, no obstante que se ha ampliado considerablemente la tutela no sólo a las que todavía se califican como personas morales de carácter mercantil y civil, sino también a los diversos grupos sociales, e inclusive a algunas autoridades públicas.

135. En este sentido varios preceptos de la Ley de Amparo vigente regulan expresamente esta ampliación de las personas legitimadas para interponer el juicio de amparo. Así el artículo 8º. se refiere a las personas morales privadas, el 9º a las personas morales de carácter público cuando reclamen sus intereses patrimoniales, y el 76, al consagrar los efectos particulares de las sentencias de amparo a que nos hemos referido anteriormente, establece en su parte relativa que: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los *individuos particulares, o de las personas morales privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado (...)*”

136. Debido a la incorporación del control de constitucionalidad, la jurisprudencia admitió la posibilidad de que autoridades públicas pudiesen interponer el juicio de amparo ya sea en defensa de sus intereses patrimoniales o bien cuando actuasen al mismo nivel de los particulares, de acuerdo con la doctrina, actualmente superada de la *dobles personalidad del Estado*. Todo ello se recogió por la jurisprudencia no siempre de manera precisa, debido a la ausencia de procedimientos adecuados para la tutela de las atribuciones de las diversas autoridades públicas que resultaran afectadas por la conduc-

97. En relación de la jurisprudencia de la Suprema Corte que no reconoció la personalidad de las comunidades indígenas, Cf., VALLARTA, Ignacio L., *cit. supra* nota 78, PAZ, Irineo, 1896, Tomo IV, pp. 1-51 y 323-340.

ta de otras. Afortunadamente se amplió la esfera de las llamadas *controversias constitucionales*, reguladas actualmente, de acuerdo con las reformas constitucionales y legales de 1995, por el artículo 105 de la Constitución Federal y de su Ley Reglamentaria, que inclusive introdujeron en las reformas constitucionales y legales de 1995 los llamados *conflictos de atribución*, entre los diversos órganos del Estado, lo que ha permitido plantear las controversias que sólo artificialmente se pretendía dirimir por conducto del juicio de amparo⁹⁸.

137. En el Proyecto de la nueva Ley de Amparo se pretende precisar este aspecto tan difícil de la procedencia del juicio de amparo promovido por autoridades públicas, en cuanto su artículo 6º dispone que: “La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables cuando una norma general o acto los afecten *encontrándose en un plano de igualdad con los particulares*”. El amparo solicitado por las autoridades públicas se explica por el control de la legalidad, ya que cuando se debaten cuestiones constitucionales los conflictos deben plantearse por conducto de las controversias constitucionales reguladas por la fracción I, del artículo 105 de la Carta Federal.

X. ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN

138. Desde la consolidación el juicio de amparo mexicano en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1987, el primero de dichos preceptos otorgó la competencia para conocer de este instrumento protector a los tribunales federales. Si bien el artículo 126 de dicha Carta Suprema, inspirada, como se ha dicho, en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, dispuso en su segundo párrafo: “(...) Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, desde sus primeros años, consideró que los jueces locales no podían intervenir en la tramitación del juicio de amparo, ya que los tribunales federales tenían *el monopolio del conocimiento de este instrumento protector*.

139. No obstante el tiempo transcurrido e innumerables debates de carácter doctrinal⁹⁹, nuestro más alto tribunal ha reiterado recientemente su criterio en el sentido de que no existe posibilidad de un control difuso de la inconstitucionalidad de las leyes, el que sólo puede plantearse por medio del amparo contra leyes, y exclusivamente ante los tribunales federales¹⁰⁰.

98. La bibliografía sobre las controversias constitucionales y su relación con el juicio de amparo, es muy amplia, debido a la la Suprema Corte ha resuelto a partir de 1995 varios conflictos importantes, por lo que nos limitamos a citar, por su amplitud, la obra de CASTRO, Juventino, V., *El artículo 105 Constitucional*, 3ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 55-122.

99. Cf., el clásico estudio del ilustre constitucionalista mexicano MARTÍNEZ BAÉZ, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, n° 15, México, julio-septiembre de 1942, pp. 243-253.

100. Cf., tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia, con el título “Control difuso de la inconstitucionalidad de las normas generales. No lo autoriza el artículo 133 constitucional”, publicada en la Novena época del *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, agosto de 1999, tesis 74/99, p. 5.

140. La integración de los tribunales de la Federación establecida por el artículo 123 de la Constitución Federal de 1824, por jueces de distrito, tribunales de circuito y Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con el modelo norteamericano, no ha variado sustancialmente en su estructura, pero se ha modificado esencialmente en su composición. Hemos señalado anteriormente, que al introducirse el derecho de amparo para revisar la legalidad de las resoluciones judiciales de los tribunales del país, tanto locales como federales, se centralizó en estos últimos, y en última instancia en la Suprema Corte de Justicia, la decisión final de todos los asuntos judiciales (ver *supra* párrafo 68), lo cual fue calificado certeramente por el ilustre jurista mexicano Emilio Rabasa en los primeros años del siglo XX, como *tarea imposible*¹⁰¹.

141. El Constituyente de Querétaro que expidió la Carta Federal vigente de 1917, consideró necesario reiterar el mismo sistema que se había practicado durante la vigencia de la Constitución anterior, aun cuando con algunas limitaciones, como la reducir a una sola instancia (en lugar de las dos anteriores), la tramitación del juicio de amparo contra resoluciones judiciales (ver *supra* párrafo 90). Por ello, la Suprema Corte de Justicia conservó su competencia de decidir en último grado la legalidad del procedimiento y del fondo de todos los asuntos judiciales del país. La evolución posterior hasta las modificaciones constitucionales y legales de 1988 y 1995, se destacó por el esfuerzo permanente, sin éxito apreciable, para reducir el rezago esencialmente en materia de amparo, que afectó a la Suprema Corte de Justicia de México.

142. En un principio se confió al Tribunal en Pleno del más alto tribunal el conocimiento del juicio de amparo, pero en pocos años, en las reformas constitucionales y legales de 1928 y 1934, se dividió la Suprema Corte primero en tres y posteriormente en cuatro Salas según la materia (penal, administrativa, civil y laboral), y se incrementó el número de sus magistrados, de los *once* originales a *veintiuno*, pero ello resultó insuficiente con el tiempo, y las modificaciones posteriores se orientaron esencialmente a la reducción del rezago, que como lo había previsto Emilio Rabasa, hacía imposible la tarea del más alto tribunal de la República.

143. Las modificaciones más importantes se efectuaron en 1951, al crearse los tribunales colegiados de circuito para auxiliar a la propia Suprema en el conocimiento del juicio de amparo, especialmente el relativo a la impugnación de las resoluciones judiciales, y se crearon varios circuitos en diversas regiones. Además, se estableció una Sala auxiliar de cinco magistrados, con lo cual el número de integrantes aumentó a veintiséis, pero únicamente los miembros de las cuatro Salas numerarias podían integrar el Tribunal en Pleno¹⁰². En pocos años esa modificación fue insuficiente, fue necesario cambiar los preceptos constitucionales y legales, en 1968, para realizar una nueva distribución de competencias, con el objeto de mantener en la Suprema Corte los asuntos judiciales de mayor importancia jurídica, económica y social, trasladando los demás a los tribunales colegiados de circuito, cuyo número aumentó para ser distribuidos en las regiones más importantes del país¹⁰³.

101. *El artículo 14, cit. supra* nota 57, Capítulo XIII, “la imposible tarea de la Corte”, pp. 103-110.

102. Los citados tribunales colegiados integrados por tres magistrados, se inspiraron en los tribunales de circuito de apelación establecidos en los Estados Unidos en el año de 1891, también con el propósito de auxiliar a la Corte Suprema Federal en el conocimiento de los asuntos de competencia federal. *Cf.*, BRENT SWISHER, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de CHARNY, Hugo, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958, pp. 437-438.

103. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Ochenta años de evolución del juicio de amparo mexicano”, en la obra *Ochenta años de vida Constitucional en México*, UNAM, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México 1998, pp. 371-430, reproducido en el libro del autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit. supra* nota 7, pp. 727-793.

144. Esta evolución culminó con dos importantes reformas constitucionales y legales sobre la estructura del poder judicial federal, particularmente en cuanto su conocimiento de los juicios de amparo. En efecto, el 15 de enero de 1988 se modificó sustancialmente el conocimiento del derecho de amparo, de tal suerte que se atribuyó a la Suprema Corte de Justicia las competencias para conocer del segundo grado de los juicios de amparo en los cuales se planteara una cuestión estrictamente constitucional. Todos los demás asuntos en los cuales se discutiera un problema de legalidad, es decir aplicación de disposiciones legales ordinarias se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito y cuyo número se incrementó de manera considerable lo mismo el número de circuitos, y se inició la especialización por materias de algunos de ellos. Lo anterior modificó la tradición implantada desde el siglo anterior en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia funcionaba esencialmente como un *tribunal federal de casación* y sólo en algunos conocía cuestiones directas de constitucionalidad. Debido a este cambio sustancial, aún cuando conservó su nombre tradicional, la Suprema Corte se transformó en un verdadero *tribunal constitucional desde el punto de vista material*¹⁰⁴.

145. Las reformas constitucionales y legales de 1995 consolidaron la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, ya que por medio de ellas se redujo el número de magistrados de dicho alto tribunal, de *veintiséis* (veintiún numerarios y cinco supernumerarios) a *once*, número más próximo al de los integrantes de la mayoría de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales. Por otra parte la Corte conservó como función principal la de conocer en segundo grado de los juicios (la primera corresponde a los jueces de distrito y en casos excepcionales a los tribunales colegiados de circuito), en los cuales se plantearan cuestiones estrictamente constitucionales, y además se amplió la esfera de las llamadas *controversias constitucionales*, para comprender no sólo los conflictos de competencia entre las entidades federales, locales y municipales, sino también los llamados conflictos de *atribución* entre los órganos del Estado en sus diversos niveles, y además de introdujo una *acción abstracta de inconstitucionalidad* que pueden interponer el 33% de los integrantes de las legislaturas federales, locales y del Distrito Federal en sus respectivas esferas, y el Procurador General de la República en todos los casos (artículo 105 Constitucional, fracciones I y II, y su Ley Reglamentaria de 11 de mayo de 1995¹⁰⁵).

146. En forma muy resumida podemos afirmar que actualmente el conocimiento del juicio de amparo se divide en *dos grandes sectores*. El primero que podemos considerar como *estrictamente constitucional* corresponde en exclusiva a la Suprema Corte de Justicia en segunda instancia y el segundo relativo al *control de la legalidad secundaria*, que en su mayor parte implica la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, que se atribuye a los tribunales colegiados de circuito, distribuido en las ciudades más importantes del país, cuyo número se ha incrementado de manera considerable, y además un buen número de ellos se ha especializado por materias¹⁰⁶.

104. Entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte como Tribunal Constitucional", en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema mexicano. La reforma judicial de 1967*, y *Reformas constitucionales de renovación nacional*, ambos publicados en México, Porrúa, México 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente.

105. La bibliografía es muy amplia, por lo que citamos únicamente la obra reciente de CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, cit., supra nota 97, pp. 123-144.

106. El número actual de juzgados de distrito, tribunales colegiados y circuitos, 242 Juzgados de Distrito y 165 Tribunales Colegiados.

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?

Francisco José Eguiguren Praeli
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Si bien la incorporación de la acción de amparo en nuestro ordenamiento jurídico ha resultado indudablemente muy positiva, su utilización -como también ha sucedido en muchos otros países- no ha estado exenta de abusos y de groseras distorsiones. El accionar poco riguroso o hasta inescrupuloso en el uso de este proceso constitucional por parte de algunos litigantes y sus abogados, sumado a la complacencia o complicidad de algunos magistrados, sea por razones de desconocimiento técnico o de corrupción, han determinado que en no pocas ocasiones el amparo resulte manipulado y apartado de sus verdaderos cánones.

Por esta vía se han perpetrado severas violaciones al debido proceso, acompañadas de fallos sorprendentes o absurdos, todo lo cual ha contribuido a generar cierto desprestigio o perversión del amparo. Creemos que la solución a estos problemas depende, más que del dictado de nuevas leyes, de decisiones correctivas firmes y claras de nuestra jurisprudencia, abandonando el carácter errático y contradictorio que la ha venido acompañando.

De allí que en este trabajo pretendamos presentar, de manera necesariamente sintética, los alcances propios de la acción de amparo y su trasgresión a través de algunas de sus distorsiones frecuentes, así como ciertos criterios establecidos por la jurisprudencia a este respecto. Con ello esperamos contribuir a la construcción de un manejo más riguroso y adecuado del amparo, buscando que se mantenga leal a los verdaderos y nobles propósitos de le dieron origen y que justifican su presencia en nuestro ordenamiento procesal constitucional.

I. EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES

La Constitución Peruana de 1993 reconoce, en el inciso 3° de su art. 139°, como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, *la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*. Dicha norma constitucional guarda armonía con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, cuyos artículos 8° y 25° consagran las *Garantías Judiciales* y la *Protección Judicial*, respectivamente, como derechos fundamentales.

El derecho a la *tutela judicial efectiva*, a decir del profesor español González Pérez, comprende tres aspectos: a) un derecho de los justiciables de *acción*, consistente en el acceso libre, real, amplio e irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano competente del Estado; b) el derecho a que se observe un *debido proceso*, de conformidad con

las normas y prácticas vigentes, acorde para hacer posible la eficacia del derecho; y, c) que se dicte una resolución final en el proceso, arreglada a Derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, sentencia susceptible de ser *ejecutada con efectividad*, si es preciso coercitivamente¹.

Refiriéndonos específicamente al derecho al debido proceso, comenta Chichizola que *originalmente fue interpretado como una garantía procesal de la libertad en sentido lato, que impide que ninguna persona sea privada de sus derechos individuales sin tener la oportunidad razonable de ser oído, de defenderse y ofrecer pruebas en procedimiento regular, conforme a las formalidades establecidas por la ley y sustanciado ante un tribunal con jurisdicción para intervenir en la causa*².

El *derecho al debido proceso, o a un proceso justo*, supone pues para el justiciable la garantía de un *proceso regular*, es decir, que el procedimiento judicial deberá desenvolverse según lo previsto en las normas preestablecidas y las prácticas usuales, brindando así condiciones razonables a las partes para la presentación y resolución de sus pretensiones y de la actividad probatoria. Conforme explica Bustamante Alarcón:

El derecho fundamental a un proceso justo o, si se prefiere, a un debido proceso, se presenta como el derecho a la justicia a través de un proceso o procedimiento, es decir, el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento donde su inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos³.

El derecho al debido proceso surgió como un instrumento de protección en contra de los abusos del poder; es el derecho a un juicio justo, también llamado derecho a un proceso regular. Se le reconoce como una garantía del proceso, que ha adquirido rango constitucional, integrada por todas las normas consagradas, expresa o implícitamente, en la Constitución y que cumple, ante todo, con una función garantista de los otros derechos fundamentales. Por ello, es reconocido también como *un derecho fundamental de carácter instrumental*, porque crea una esfera, para sus titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado, que obliga a este último a asegurar ciertas condiciones en todo proceso judicial. En ese sentido, Hoyos define al debido proceso como:

...una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones indebidas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defenderse efectivamente⁴.

Es necesario puntualizar que el debido proceso comprende dos aspectos: El primero de ellos es el *procesal* y está definido como las garantías legales de todo juicio; es decir, *toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado que, puede ser y de hecho es, en la mayoría de los casos jurisdiccional*⁵.

1. Cf., GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El derecho a la tutela jurisdiccional"; Civitas, Madrid 1984, pp. 39 a 41.

2. CHICHIZOLA, Mario I., "El debido proceso como garantía constitucional"; en *Revista Jurídica Argentina La Ley*; Buenos Aires 1983 - C; pp. 911.

3. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "Derechos fundamentales y proceso justo", Ara Editores; Lima 2001, p. 343.

4. HOYOS, Arturo, "El debido proceso"; Temis, Santa Fe de Bogotá 1996, p. 54.

5. SAENZ DÁVALOS, Luis, "La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"; en *Revista Peruana del Tribunal Constitucional* n° 1, p. 486.

El segundo aspecto del debido proceso es el *sustantivo o sustancial*. Es el derecho a que todo pronunciamiento del Estado, sea jurisdiccional, legislativo o administrativo, no afecte de modo irrazonable los derechos fundamentales. Esto quiere decir que el debido proceso lleva intrínseco un contenido de justicia o razonabilidad, que toda decisión formal supone. Corresponde, por lo tanto, no sólo a un instrumento sino también a una finalidad.

Reafirmando lo antes indicado, Juan Francisco Linares concuerda en que el debido proceso está integrado por estos dos aspectos y precisa:

...a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos...

b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta donde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual⁶.

1. El debido proceso procesal

Está integrado por toda aquella estructura de principios y derechos reconocidos en la Constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico y que corresponden a las partes como reconocimiento y defensa de sus derechos. De no respetarse, se vería vulnerado el ideal de justicia, que informa el Derecho. Por tanto, el debido proceso procesal no es otra cosa que el respeto dentro de todo proceso de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable al momento de conocerse su causa.

En ese sentido, Faúndez considera que si bien el derecho al debido proceso constituye un instrumento de protección en contra de los abusos del poder, cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procesos judiciales, explica también que -por su naturaleza misma- el debido proceso es un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes, que se refieren ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que éste debe seguir, a sus principios orientadores y a las garantías con que debe contar la defensa⁷.

Aporta también a la comprensión de los alcances concretos del debido proceso Chichizola, quien precisa que “debido proceso no es cualquier proceso sino el procedimiento regular, ante un tribunal permanente legítimamente constituido y competente para juzgar en el caso, desarrollado de acuerdo a las formalidades que prescribe la ley, que debe asegurar la posibilidad razonable de ejercer el derecho de defensa”⁸. Y agrega que la garantía constitucional del debido proceso implica:

6. LINARES, Juan Francisco, “Razonabilidad de las Leyes. El Debido Proceso como garantía Innominada en la Constitución Argentina”; Buenos Aires 1970; pp. 25 a 27.

7. Cf., FAÚNDEZ, Héctor, “El derecho a un juicio justo” en *Las garantías del debido proceso*; NOVAK, Fabián y MANTILLA, Julissa, *Materiales de Enseñanza*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 138.

8. CHICHIZOLA, Mario I., *op. cit.*, pp. 912-920.

-La facultad que tiene toda persona de tomar conocimiento de la pretensión deducida en su contra, de ser oído en juicio, de defender sus derechos, de contar con asistencia letrada, de producir prueba y de obtener una sentencia que oportunamente resuelva la causa.

-La sustanciación del proceso ante el juez natural, es decir, ante el tribunal permanente designado por la ley antes del hecho de la causa, con exclusión de todo tipo de comisiones especiales.

-La observancia del procedimiento regular que establece la ley para el tipo de proceso del que se trate, el que debe asegurar la defensa de un juicio en forma razonable, la bilateralidad de la audiencia y la igualdad de las partes en el proceso.

Este mínimo de elementos, que integran el concepto del debido proceso, deben estar siempre presentes en todo el proceso, para hacer posible la concepción de justicia en el caso concreto. La aplicación de la justicia tiene alcance general a todo el ordenamiento legal, respecto de todos y cada uno de los que se encuentran vinculados a la Constitución, convirtiéndose el debido proceso en uno de los instrumentos a través de los cuales se hace posible su realización.

Reafirmando lo antedicho, De Bernardis⁹ considera que existen algunos elementos indispensables que deben integrar el debido proceso, pero que éste -al mismo tiempo- constituye un concepto abierto a las necesidades concretas de cada sociedad y, por tanto, debe estarse complementando cada vez que resulte necesario. Sin embargo, distingue que para que cualquier proceso pueda ser calificado de debido, se requiere que el mismo proporcione al individuo la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en Derecho.

2. El debido proceso sustantivo

Tal como lo señalamos inicialmente, el debido proceso sustantivo es el patrón o estándar utilizado como garantía de la libertad jurídica incluso contra el legislador. No es una concepción abstracta de la que se pueda extraer conclusiones absolutas, aplicables a todo tiempo y lugar; se trata de un estándar para guiar al tribunal, que debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, lugar, y de opinión pública donde el acto tiene efecto.

El debido proceso sustantivo constituye un verdadero ideal de justicia. Exige, conforme anota Bustamante Alarcón, que “todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez”¹⁰. Es decir, es una exigencia de razonabilidad que debe guiar todos los actos de la autoridad y, como tal, es el que informa todas las modalidades del proceso.

El principio de razonabilidad, en palabras del maestro Bidart Campos, “se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia (...) nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley razonable no manda, ni privado de hacer lo que la ley razonable no prohíbe”¹¹; exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales res-

9. DE BERNARDIS, Luis Marcelo, *La garantía Procesal del Debido Proceso*, Cultural Cuzco, Lima 1995, pp. 286-397.

10. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *obra citada*; p. 205.

11. BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema -El Tribunal de Garantías Constitucionales*, citado por BUSTAMANTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 166.

ponda a un *fin lícito* y que los medios utilizados para conseguirlo sean *proporcionales* (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula)¹², *conforme precisa* Bustamante.

Aclara Recasens Siches *que* la razonabilidad no debe confundirse con la racionalidad. *La razonabilidad* “alude a un juicio de valores, intereses o fines involucrados (...) es la lógica de la conducta humana y por tanto, la aplicable en el terreno jurídico”¹³. *Mientras que la segunda se refiere al respeto de las reglas y principios de la lógica. Esta afirmación no resta importancia a los principios lógicos como parámetros de control de la validez o eficacia de un acto, norma o decisión, pues tal como lo afirma* Bustamante, “así como el derecho proscribire las decisiones arbitrarias, rechaza también las decisiones absurdas. Sin embargo, esto no significa que la aplicación de dichos principios deba realizarse mecánicamente, sin una conexión con las circunstancias particulares de cada caso, pues de ser así una aplicación rígida podría llevarnos también a un resultado absurdo, resultando aquel que precisamente se quería evitar”¹⁴.

Concluyendo sobre este punto, el debido proceso sustantivo es aquel *razonablemente estructurado para averiguar la verdad*. Está relacionado principalmente con el respeto a la dignidad humana, lo que supone que deba darse a la persona ocasión de manifestarse antes de que el juez tome una decisión en un asunto que le concierne. Además, es importante destacar que el principio de razonabilidad sólo se configura si se ha procedido a un adecuado equilibrio entre los distintos derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

II. ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO

1. La ausencia de un derecho constitucional “Líquido y Cierto” directamente afectado

La acción de amparo está contemplada como una *garantía constitucional* en el inciso 2° de artículo 200° de la Constitución Peruana de 1993. Tiene por objeto proteger los derechos constitucionales (distintos a la libertad personal) cuando son vulnerados o amenazados mediante actos u omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona particular. La doctrina más influyente ha precisado que debe tratarse de un derecho que tenga la característica de ser *cierto y líquido*, es decir, que resulten nítida y plenamente acreditadas la naturaleza constitucional del derecho alegado, la calidad de su titular y la afectación que sufre dicho derecho.

En consecuencia, el accionante del amparo debe ser titular de un derecho constitucional, lo que implica que *el derecho alegado debe tener directo reconocimiento en el texto de la Constitución* y no que se trate de un derecho de origen o base legal. Asimismo, *la titularidad de este derecho debe estar plenamente acreditada*, es decir, que no requiere de probanza adicional ni está sometida a controversia o entredicho.

12. BUSTAMANTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 166.

13. RECASENS SICHES, Luis, “Tratado general de filosofía del Derecho”; citado por BUSTAMANTE, Reynaldo: *op. cit.*, p. 162.

14. BUSTAMANTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 164.

El carácter *líquido y cierto* del derecho constitucional, cuya protección es objeto de acción de amparo, implica que su exigibilidad y la vulneración alegada sean también nítidas, actuales y manifiestas, sin necesidad de tener que recurrir para acreditarlas a una mayor probanza de hechos ni al esclarecimiento previo de situaciones jurídicas complejas o controvertidas. Y es que *el amparo no puede utilizarse para declarar o establecer la existencia de un derecho o su titularidad aún inciertas*; su finalidad es proteger y preservar un derecho constitucional cierto, constituido e inobjetable, que viene siendo objeto de una vulneración arbitraria y también manifiesta. Tampoco resulta procedente en nuestro sistema jurídico la utilización del amparo para la defensa de un derecho cuya fuente de origen es de índole legal y no constitucional.

2. La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado

Otro problema recurrente en gran cantidad de acciones de amparo, ha sido que a pesar de invocarse un derecho efectivamente constitucional, la afectación alegada no está referida a un aspecto susceptible de ser comprendido dentro del contenido o ámbito de protección constitucional de dicho derecho. La distorsión consiste en extender indebidamente el contenido y alcances de un derecho reconocido en la Constitución, refiriéndolo a situaciones que, si bien guardan alguna relación o se *derivan* de un derecho constitucional, escapan a temas o problemas realmente constitucionales y se vinculan a aspectos regulados o resueltos por la vía legal y los procesos judiciales ordinarios o especiales. Por esta vía, se lleva al amparo el debate de cuestiones impropialemente *constitucionales*, que pueden y deben ventilarse a través de otra naturaleza de procesos.

Son ilustrativas de estas distorsiones, situaciones como las siguientes: Pretender incluir dentro del ámbito de protección constitucional del derecho a la libertad de asociación, la resolución de conflictos internos entre los miembros de una asociación o discusiones entre los socios de una empresa relacionadas con el control de los órganos de gestión institucional o los acuerdos adoptados en éstos. Asimismo, considerar que dentro de la libertad de contratación se puede llevar a sede constitucional discrepancias acerca de la resolución, cumplimiento o ejecución de un contrato, aspectos que corresponden dilucidar en procesos civiles o comerciales. También buscar involucrar en la protección constitucional del derecho de propiedad temas como disputas sobre el arrendamiento de un bien, su transferencia o titularidad. O sostener que la libertad de trabajo sirve como fundamento para discutir medidas como la racionalización de las rutas de transporte público de pasajeros o el trabajo ambulatorio en la vía pública.

Para evitar el desvío o *avalancha*, indebida e inconveniente, hacia el amparo de asuntos que deben resolverse por otras vías procesales, se impone que la jurisprudencia Interprete y delimite el contenido esencialmente *constitucional* de determinados derechos consagrados en la Constitución, sobre todo cuando reciben una mención muy amplia y genérica en la Carta. Es de lamentar que ello, en general, no se haya logrado, sobre todo porque muchos de los fallos del propio Tribunal Constitucional terminan centrándose en el análisis de aspectos vinculados con hechos, antes que a la interpretación y delimitación de los alcances y contenido del derecho en discusión. Ello, sin duda, facilita, la utilización irresponsable y antojadiza del amparo, para discutir en esta vía aspectos que no son realmente *constitucionales* del derecho reclamado.

3. La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere mayor probanza y debate judicial

Conforme advierte el distinguido maestro argentino Néstor Pedro Sagüés, “*el amparo no es para entender conflictos complicados, ya que requiere que la lesión de la Constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio largo o prolongado de los hechos, ni de amplio debate y prueba*”¹⁵. Por ello, con toda claridad, excluye de los asuntos que pueden ventilarse y dilucidarse a través de una acción de amparo las denominadas “*causas sujetas a una mayor amplitud de debate o de prueba*”, que serían:

...aquellos actos cuyo juzgamiento (en terminología legal, cuya determinación de invalidez exige una mayor amplitud de prueba, que la estatuida por el breve trámite del amparo (complejidad fáctica) (...) aquellos que requieren de un aporte de pruebas superior al que puede normalmente rendirse en un proceso breve como es el del amparo (...)

Debe reiterarse que el amparo estudia conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. En consecuencia, la acción no se habilita para hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez. Hay, sin embargo, un discreto análisis (fáctico, normativo y axiológico) en el amparo, y por tanto no se excluye de él algunos mecanismos probatorios mínimos y un rápido juzgamiento de constitucionalidad. Pero, no más, si el asunto es realmente intrincado, deberá remitirse a otro tipo de procedimiento¹⁶.

En consecuencia, en el amparo debe analizarse la violación de un derecho constitucional que aparece manifiesta, clara y directa, es decir, que no se basa en conjeturas ni interpretaciones que conllevan suposiciones o presunciones opinables. *La acción de amparo no es pues el escenario procesal donde deben ni pueden ventilarse asuntos que suscitan controversias de hechos o necesidad de probanza compleja*, aspectos reservados para su tratamiento y resolución a procesos de conocimiento o especiales, donde existe la posibilidad de discutirlos y probarlos con amplitud.

La doctrina nacional y extranjera son claras a este respecto; incluso nuestro Tribunal Constitucional así lo ha establecido en algunos casos. En el expediente N° 392-93-AA/TC, en el amparo interpuesto por la empresa Universal Textil contra el Ministerio de Trabajo, la sentencia del 16 de junio de 1997 dispuso en sus fundamentos: “*Que la vía del Amparo por su naturaleza sumaria, carente de estación probatoria, no es la idónea para ventilar asuntos que requieren de actuación de pruebas, como es el presente caso...*”

Este mismo criterio fue desarrollado, de manera más extensa, por el propio Tribunal Constitucional con ocasión del expediente N° 036-95-AATC, en el amparo promovido por Moisés Salcedo contra el alcalde de Chíncha, alegando la violación de su derecho de propiedad y la suspensión de los actos de demolición que la municipalidad venía realizando sobre un inmueble. La sentencia, del 30 de junio de 1997, estableció en sus fundamentos:

Que, en este sentido, entiende este Colegiado que para poder entrar a dilucidar si la realización de un acto de la entidad demandada, como es la demolición que ha sido practicada, puede o no ser caracterizada de lesiva a un derecho constitucional, como es el de propiedad, es exigible que, previamente, el actor acredite de manera cierta e inequívoca la condición de ser titular del derecho que estima conculcado o amenazado de violarse. Que en el caso de autos, tal condición no aparece determinada de manera cierta e inequívoca (...) Que, todos estos hechos, llevan a este

15. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo*; tercera edición, Astrea, Buenos Aires 1991, p. 246.

16. *Ibidem*, p. 325.

Colegiado a estimar que, dada la naturaleza sumarísima del proceso de amparo, donde se encuentra vedado la dilucidación de situaciones controvertibles donde la determinación de la violación de un derecho constitucional suponga, necesariamente, el tránsito de una mínima estación probatoria, impide que este Tribunal Constitucional, en forma objetiva y responsable, pueda pronunciarse sobre extremos de la litis...

Similar posición reafirmó el Tribunal Constitucional con ocasión del recurso extraordinario interpuesto por Américo Crescencio León (Exp. N° 188-99-AA/TC) en el proceso de amparo instaurado contra el Alcalde de la Municipalidad de Independencia y otros. La sentencia expresa en el tercer fundamento:

Que en el presente caso, por falta de elementos de juicio suficientes, llegar a deslindar la cuestión controvertida demandaría la actuación de pruebas, lo que no es posible en los procesos de garantía como el presente, que por ser de naturaleza especial y sumarísima, carecen de estación probatoria, razón por la cual la Acción de Amparo no es la vía pertinente.

El *amparo tiene pues una naturaleza procesal residual*, es decir, que su uso resulta pertinente sólo ante la inexistencia o insuficiencia (carencias o limitaciones) de los procesos ordinarios o especiales disponibles o previstos para brindar igual protección a los derechos o pretensiones alegadas. No pueden discutirse en el amparo asuntos controvertidos, cuya dilucidación exige de una etapa probatoria y de posibilidades de mayor debate y contradicción.

Debemos recordar que en el amparo, atendiendo a su naturaleza; el artículo 13° de la Ley N° 25398 establece la inexistencia de una etapa probatoria en el proceso y señala: “En las acciones de garantía no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez considere necesario realizar sin dilatar los términos...”

Acogiendo el principio que venimos comentando, en el expediente N° 173-96, promovido por la Asociación Salvemos Miraflores contra la Municipalidad de dicho distrito, referido a la armonización del Proyecto Parque Salazar y Zona Costanera, alegando que las construcciones a efectuarse interferían en el paisaje y los acantilados, la Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima rechazó el amparo sosteniendo que se trataba de hechos sujetos a mayor probanza, ajenos a la naturaleza de esta acción, señalando en su considerando tercero que tales hechos:

...deben ser materia de probanza que permitan determinar la eficacia y validez legal de los actos administrativos que sustentan la Resolución que se cuestiona en este acción de garantía constitucional, procedimiento que no es posible en la vía de acción de amparo por no contemplarse en ella la etapa probatoria, no resultando por ello idónea para dilucidar la pretensión de los accionantes, máxime si existen otras vías para conocer el asunto controvertido.

A pesar de los claros criterios fijados en estos fallos, han existido innumerables acciones de amparo donde los jueces y tribunales admitieron la tramitación y resolvieron por esta vía asuntos cuyo esclarecimiento requería de compleja probanza de hechos y debate de cuestiones técnicas. Pueden así señalarse entre los muchos casos *curiosos* de distorsión diversos amparos promovidos por una empresa minera, donde consiguió la inaplicación judicial (por supuesta violación de un derecho constitucional) de una norma de un Reglamento para Operaciones Periciales Mineras, alegando que el procedimiento técnico establecido para la realización de diligencias de verificación de enlace geodésico de las concesiones mineras utilizando coordenadas UTM, producía una variación o desplazamiento de la ubicación en el terreno de las concesiones.

4. La inaplicación judicial de normas “inconstitucionales”

Conviene tener presente que en el segundo párrafo del inciso 2 del art. 200° de nuestra Constitución se establece que la acción de amparo “no procede contra normas legales”. Sin embargo, en el art. 3° de la Ley N° 23506 se precisa respecto al hábeas corpus y el amparo que “las acciones de garantía proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento”. Y, en forma complementaria, el art. 5° de la Ley N° 25.398 agrega: “Las resoluciones recaídas en las acciones de garantía, tratándose del supuesto del artículo 3° de la Ley, no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan a declarar su no aplicación al caso concreto. Lo resuelto en definitiva en estos casos servirá como precedente para situaciones análogas”.

En consecuencia, conviene dejar en claro que lo que no procede una acción de amparo interpuesta directamente contra una ley o norma general para cuestionar su constitucionalidad; pero si resulta procedente el amparo contra un acto u omisión que se sustentan en la aplicación de una ley o norma que resulta inconstitucional, debiendo la resolución estimatoria disponer la inaplicación al caso concreto de la norma contraria a la Constitución. Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 138° de la Constitución, que dispone: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Pero dado que el control de la constitucionalidad de las normas resulta fundamental en un Estado de Derecho y que la declaración de inconstitucionalidad e inaplicación de una norma reviste especial trascendencia jurídica y política, el manejo de esta asunto debe realizarse con particular cuidado. Por ello, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la Segunda de sus Disposiciones Generales, consagra un principio rector en materia de la evaluación de la posible compatibilidad constitucional o declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, que no es otro que el de *interpretación conforme a la Constitución*, criterio ampliamente recogido de la doctrina y jurisprudencia predominante de los principales tribunales constitucionales. Así, la referida norma dispone:

Interpretación judicial conforme a la Constitución:

Segunda.- Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

De esta norma surge un mandato para los jueces y tribunales, que debe guiar su actuación y razonamiento al momento de evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de una norma respecto de la Constitución, y antes de pronunciarse declarando su eventual inconstitucionalidad. Así, deberán tener en cuenta lo siguiente:

-En primer lugar, que existe una *presunción de constitucionalidad* que asiste inicialmente a toda norma legal, que sólo queda desvirtuada cuando la inconstitucionalidad de su contenido resulta manifiesta o insalvable; es decir, cuando no hay manera de interpretar la norma de modo que sea compatible con la Constitución.

-En segundo lugar, el juzgador debe realizar el esfuerzo de analizar todas las distintas posibilidades de interpretación que surgen de la norma, a fin de tratar de encontrar alguna que resulte compatible con la Constitución. Si la hay, está en la obligación de escogerla y aplicarla para salvar la constitucionalidad de la ley. Sólo tras fracasar en este esfuerzo, *al no ser posible encontrar*

algún sentido de interpretación (razonablemente admisible) que haga la norma compatible con el texto constitucional, se procederá a declarar al precepto inconstitucional.

Es de lamentar que en numerosos procesos de amparo se haya demandado, con escaso rigor y sustento, la supuesta inconstitucionalidad de ciertas normas y actos, solicitando la inaplicación de la ley o norma cuestionada. Pero más grave resulta que, en no pocos casos, las decisiones judiciales, sin seguir el camino de interpretación antes esbozado ni ofrecer un análisis fundamentado y solvente, hayan acogido la *inconstitucionalidad* alegada. Queremos dejar en claro que consideramos indispensable que los tribunales actúen con firmeza y valentía en defensa de la Constitución y en la preservación de la constitucionalidad de las leyes, pero también que esta labor de control debe ejercerse con seriedad, ponderación y sustento jurídico.

III. PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

La Constitución, en el inciso 2 del artículo 200°, hace procedente la acción de amparo contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera los derechos constitucionales distintos a la libertad personal; ello incluye dentro de los ámbitos protegidos por el amparo los actos y resoluciones dictados por los jueces y tribunales. Sin embargo, la propia norma constitucional expresamente señala *la improcedencia de esta acción “contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”*.

Este criterio está desarrollado en el inciso 2 del art. 6° de la ley N° 23506, que establece que *“no proceden las acciones de garantía contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”*. Se complementa con la precisión del art. 10° de la Ley N° 25398, que señala: *“Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2) del artículo 6° de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen. No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular”*.

En consecuencia, la Constitución y la ley procesal hacen procedente la acción de amparo para cuestionar también resoluciones judiciales, *siempre que estemos ante actos o decisiones judiciales que se realizan fuera de un proceso o en el marco de un proceso irregular, es decir, en el que se violan las reglas básicas del debido proceso*. Ello es congruente con lo dispuesto en el art. 139°, inciso 3° de la Constitución, que consagra - como ya hemos recordado al empezar este trabajo- dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, *“la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”*.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 7 de abril del 2000, en el proceso seguido por Moisés Widauski Cohen contra la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Exp. N° 921-98-AA/TC) confirmó que *la acción de amparo en contra de resoluciones judiciales sólo puede entablarse para cuestionar vulneraciones al debido proceso y no para volver a revisar el asunto de fondo resuelto en la litis*. Así, en el cuarto de sus considerandos, señaló:

Que, conforme lo ha señalado este Tribunal en reiterados pronunciamientos, tratándose de una resolución emitida en un proceso judicial lo único que resulta amparable en la vía procesal constitucional es la trasgresión manifiesta al derecho al debido proceso, el cual puede ser definido como aquel derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa ventilarse y resolverse en justicia, es decir, cuando un proceso ha sido absolutamente irregular.

Esta resolución guarda coherencia con anteriores pronunciamientos del TC, como el dictado con ocasión del amparo promovido por Marina Ojeda viuda de Cáceres contra el Segundo Juzgado Civil de Arequipa (Exp. N° 611-97-AA/TC) en cuya sentencia (del 2-9-97) se precisa en el noveno de sus considerandos que: “el que el amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular”.

Puede entonces concluirse que *la acción de amparo será plenamente procedente frente a resoluciones judiciales que configuren violaciones al derecho a un proceso justo o debido proceso*. Aunque ello es claro, resulta tremendamente polémico el tema cuando la resolución judicial violatoria del debido proceso es una dictada paradójicamente en un proceso de amparo. Ello obliga a esclarecer la eventual procedencia del *amparo contra otro amparo*.

¿Pero, para empezar, cuándo nos encontraríamos ante una resolución, dictado en una acción de amparo, que nos coloca frente a una violación del derecho al debido proceso y lo convierte en un proceso irregular? Sostiene Domingo García Belaunde, que sería procedente un amparo incluso contra lo resuelto en otro amparo, siempre que estemos ante casos donde:

- a) Se trate de amparos que versaron sobre materia controvertible, esto es, que debieron haber sido dilucidados en la vía adecuada.
- b) Se trata de amparos que se iniciaron sin agotar la vía previa correspondiente, que en este caso era la administrativa, ya que no existía amenaza grave ni inminente.
- c) Se trata de amparos que no tienen ningún soporte procesal ni procedimental, esto es, no se constituyen sobre un proceso ni sobre un procedimiento que les sirva de base, sino que se arman con el solo dicho de las partes y con alguna documentación, pero nada más. Con lo cual, el resultado resulta frágil.

Y sobre esta base, la doctrina todavía incipiente y una discreta tendencia jurisprudencial, señalan que, en estos casos, el amparo contra un amparo es perfectamente procedente¹⁷.

La magnitud y trascendencia de este tipo de violaciones al debido proceso procesal, sin importar que se hayan producido en un proceso de amparo, nos colocarían ante una actuación y decisión judicial a todas luces irrazonable y arbitraria, que configuraría también una vulneración al debido proceso sustantivo o sustancial. Tomando en cuenta que el principio de razonabilidad, que sustenta el derecho fundamental al debido proceso, se refiere a que los actos del órgano jurisdiccional no sean arbitrarios, que respondan a un fin lícito y que además cuenten con medios proporcionales cuando se involucre a derechos fundamentales, encontramos evidente la trasgresión al debido proceso sustantivo cuando se admite y declara fundadas demandas que mostraban vicios de improcedencia desde el momento de su presentación.

17. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “El amparo contra resoluciones judiciales de cualquier tipo”, *Informe profesional*, del 28 de marzo del 2001; p. 12.

Es por todo ello que consideramos plenamente justificada la procedencia del amparo contra las resoluciones dictadas en procesos de amparo de carácter irregular. Ciertamente esta procedencia *exige un tratamiento prudente y admisión excepcional*, para evitar que pudiera producirse en el ámbito judicial una situación caótica e irracional, en desmedro de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica. Por ello encontramos muy pertinentes los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 612-98-AA/TC, cuya sentencia del 29 de abril de 1999 (publicada el 14 de septiembre de 1999) acepta la procedencia del amparo contra lo resuelto en otro amparo siempre que:

-Sea admitido sólo de manera muy excepcional, en atención a las circunstancias de indefensión que generaría su rechazo.

-Se trate de sentencias dictadas en procesos de amparo que no hayan llegado ante el Tribunal Constitucional, pues éste es la última y más alta instancia en materia de procesos constitucionales, cuyas resoluciones tienen el carácter de cosa juzgada.

-El ámbito del examen se halla circunscrito únicamente a actos lesivos al derecho al debido proceso o alguno de sus atributos, evaluándose en cada caso si ello afecta o no su contenido esencial. Por lo tanto, en el proceso no se entra a analizar ni merituar el fondo del asunto anteriormente resuelto en el amparo.

-De verificarse el carácter irregular del proceso de amparo, se puede disponer únicamente que éste sea retrotraído al estado anterior al que se produjo la irregularidad¹⁸.

IV. REFLEXIONES FINALES

La gravedad de ciertas transgresiones al debido proceso, determina que lo resuelto en muchos amparos no pueda ser considerado razonablemente como emanado de procesos regulares ni que las sentencias dictadas reúnan los requisitos adecuados para ser calificadas como cosa juzgada.

Siempre hemos sido reacios o, cuando menos, muy cautos cuando se trata de admitir la procedencia del amparo contra la resolución judicial final dictada en otro proceso de amparo. Sin embargo, estamos convencidos que su utilización debe permitirse en casos excepcionales, donde esté claro que nos encontramos ante una manifiesta violación del debido proceso, a fin de no convalidar decisiones judiciales arbitrarias y carentes de razonabilidad. Negar su procedencia, en tales circunstancias, supondría condenar al justiciable no sólo a aceptar una decisión injusta y resignarse a la indefensión, sino que implicaría asignarle al órgano jurisdiccional un papel pasivo y complaciente que no se condice con la función que le corresponde en un Estado de Derecho.

Somos conscientes de los riesgos y perversiones que pueden surgir de una inadecuada e irracional utilización "del amparo contra otro amparo". Sin embargo, en este como en otros temas, corresponde al Poder Judicial pero particularmente al Tribunal Constitucional disciplinar -a través de la jurisprudencia- los casos excepcionales donde debe admitirse y concederse eficacia a dicha acción.

En un asunto delicado como éste, no pueden admitirse posturas *facilistas* que nieguen genéricamente la procedencia de esta acción, ni tampoco las que pretenden concederla con excesiva amplitud. Lo sensato y coherente es dejar en manos del máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional su apreciación y aplicación excepcional y pon-

18. *Ibidem*, p. 14.

derada, cuando resulte notoriamente imprescindible en salvaguarda de la prevalencia del debido proceso y de la supremacía de la justicia.

Se sostiene también que admitir la procedencia del amparo contra sentencias recaídas en procesos de amparo vulnera principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica. Debe quedar claro que estos principios son fundamentales dentro del sistema jurídico de un Estado de Derecho, pero no constituyen un fin en sí mismo ni pueden prevalecer frente a valores -sin duda superiores- como el respeto al debido proceso y la realización de la justicia en el caso concreto.

Reconocer a la seguridad jurídica como elemento de estabilidad del sistema jurídico y judicial de un Estado Democrático de Derecho, está lejos de implicar que cualquier resolución judicial final debe constituir *cosa juzgada* o preservarse inalterable, sin importar que pueda haber sido dictada prescindiendo de las reglas básicas del debido proceso procesal o sustantivo, o que su contenido resulte manifiestamente violatorio de la Constitución o de la justicia.

La auténtica seguridad jurídica debe suponer asegurar a los justiciables que no adquirirán firmeza o aceptación los fallos dictados con manifiesta violación del debido proceso procesal o sustantivo. Debe brindárseles la absoluta certeza que las resoluciones judiciales emanadas de procesos irregulares, donde se ha vulnerado las reglas del debido proceso, podrán ser siempre revisadas y revocadas. Tolerar su permanencia no es otra cosa que consentir y actuar con tibieza o complacencia frente a decisiones judiciales arbitrarias e irrazonables.

Nuestro país ha emprendido un proceso crucial y decisivo para superar la nefasta experiencia de un sistema judicial que fue intervenido y capturado por el poder político, al servicio de un régimen autoritario y corrupto como el fujimorista. Borrar dicha etapa oscura de nuestra historia reciente, impone enviar a la sociedad un mensaje ético firme y nítido desde el órgano jurisdiccional, que cree confianza en los justiciables de que las resoluciones emanadas de procesos irregulares, donde se ha violado manifiestamente las reglas del debido proceso, serán pasibles de revisión y modificación por el Tribunal Constitucional.

La constatación del carácter irrazonable y arbitrario de resoluciones dictadas en procesos de amparo, violatorias del debido proceso procesal y sustantivo, amerita plenamente la procedencia de la acción de amparo para cuestionarlas, dentro de los parámetros excepcionales que viene señalando incipientemente la doctrina y jurisprudencia nacional. No permitirlo implicaría que el Tribunal Constitucional, a pesar de encontrar evidencia de graves violaciones al debido proceso en un caso concreto, se reconozca incapaz de corregir tal injusticia y de afianzar el rol garantista que le corresponde en la preservación de los derechos fundamentales, verdadero sustento de una sociedad democrática y libre y de un sistema judicial autónomo e independiente.

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO

Jorge Córdoba Ortega
Profesor de la Universidad de Costa Rica

PRÓLOGO

En primer término debo agradecer al Dr. Alfredo Arismendi, Director del Instituto de Derecho Público; al Dr. Jesús Caballero Ortiz, Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo, ambos de la Universidad Central de Venezuela; y a la Ab. María Cecilia Barrientos de Michelena, Coordinadora de este libro, el honor y la gentileza de haberme invitado a participar en esta obra Homenaje al Maestro Allan Brewer-Carías. Del mismo modo, agradezco al Instituto de Derecho Público venezolano la oportunidad que me brinda de plantear algunas ideas sobre el *Recurso de Hábeas Data*, tema de relevancia dentro del Derecho Público Latinoamericano.

Tuve la oportunidad de conocer al Prof. Brewer-Carías, en razón de su participación tanto en el Seminario Taller sobre “Impacto de la Oralidad en el Derecho Procesal” auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer y la Corte Suprema de Justicia (marzo del 2001); como por su asistencia a las sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en San José, Costa Rica. De previo habíamos leído algunos de sus libros y ensayos que mostraban la gran calidad personal e intelectual del profesor. Pretender hacer un recuento de la obra del Prof. Brewer-Carías es ambicioso, pero haremos mención a continuación de algunos aspectos de su importante carrera profesional y académica.

El Profesor Allan R. Brewer-Carías, nació en Caracas, Venezuela en el año de 1939. Recibió el título de Abogado en 1962 con mención Summa Cum Laude y el Doctorado en Derecho en 1964 igualmente con mención Summa Cum Laude, ambos en la Universidad Central de Venezuela. Realizó estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de París. Desde 1963 es Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, donde ha sido investigador durante 27 años y Director del Instituto de Derecho Público en la misma Universidad. Se ha desempeñado como Coordinador Fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, donde actualmente es profesor.

Además el Dr. Brewer-Carías ha sido profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo; fue Profesor en el Master en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, Inglaterra y Profesor asociado en el Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de París II Pantéon-Assas y París X Nanterre. Igualmente ha sido Profesor en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Es Past-Fellow del Trinity College, Cambridge, Inglaterra e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.

Es Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España; de la Universidad Carlos III de Madrid y de la Universidad Católica del Táchira. Profesor Honorario de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá; de la Universidad de Mendoza, Argentina y de la Universidad Católica del Táchira. Ha ocupado diversos cargos en el Sector Público de Venezuela entre los cuales podemos mencionar: Contralor Delegado en la Contraloría General de la República (1964); Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1965-1969); Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972) y Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994). Además ha sido, Senador por el Distrito Federal (1980-1983) y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999). El Profesor Brewer-Carías ha sido coautor de importantes leyes administrativas. Es Director Fundador de la Revista de Derecho Público, publicación trimestral editada por la Editorial Jurídica Venezolana desde 1980.

Es indudable que uno de los legados que lo distinguen como un excelente jurista y escritor tanto a nivel nacional como internacional, es su innumerable producción jurídica, en donde tiene más de cien libros en materias jurídicas, políticas y administrativas, editados en diversas ciudades como: Caracas, Bogotá, Bruselas, París, Madrid y Cambridge. Tiene más de seiscientos estudios monográficos en publicaciones jurídicas y de ciencias políticas y administrativas especializadas y obras colectivas, nacionales y extranjeras. Algunos de sus libros más recientes son: Los Derechos Humanos en Venezuela: Casi 200 años de Historia (1990); La Constitución y sus Enmiendas (1991); Reflexiones sobre la Revolución Americana (1976) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno (1992); El Amparo a los Derechos y Libertades Constitucionales. Garantías. Una aproximación comparativa (1993); Las Constituciones de Venezuela (1997); Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional (1999); Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (1999); La Constitución de 1999 (1999); El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999; Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (2001); La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013, Caracas-San José 2001; Reflexiones sobre el constitucionalismo en América (con una Biblio Verbi Grafía del autor), Caracas (2001), entre otros. En Costa Rica, son conocidas muchas de sus obras, pero interesa resaltar el ensayo "Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica", publicado en la Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, por su calidad y análisis en los principios que rigen a una leyes de mayor importancia en nuestro país.

Este impresionante aporte a la Ciencia Jurídica que nos brinda el Maestro Allan Brewer-Carías, y su gran trayectoria académica y profesional, es lo que nos motiva con gran entusiasmo a participar de su Libro Homenaje y nos hace reflexionar sobre aquellos hombres que pasan por el mundo, y dejan su huella y enseñanzas para las nuevas generaciones. El Profesor es una de estas personas, que han dedicado su vida a la investigación y a la docencia, dándonos la oportunidad de conocerlos a través de sus obras y de seguir su ejemplo.

I. INTRODUCCIÓN

En el año de 1996, se presentó a la Asamblea Legislativa de Costa Rica una iniciativa que pretendía incorporar el recurso de Hábeas Data al ordenamiento jurídico. Pese a que

la iniciativa fue archivada en el año 2001, el tema no perdió importancia. Este proyecto de ley sentó un precedente para la discusión tanto de forma como de fondo, sobre la necesidad de incorporar este mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Este ensayo retoma dicha discusión y elabora un análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo sobre el tema con el fin de mantener su vigencia, sobre todo en una época en que la sociedad tecnológica e informática asume espacios que eran propios del ser humano en su integridad y en donde se hace necesaria la aprobación de este tipo de propuestas. Del mismo modo, interesa comprobar en este estudio que pese a que el recurso de hábeas data no se encuentra incorporado en la legislación costarricense, la protección de los derechos fundamentales que cubre, entre otros, la autodeterminación informativa, la intimidad, reputación, y honor de las personas, se presenta a través del recurso de amparo, el cual ha venido a suplir ese vacío jurídico y procesal que encontramos para su defensa. Pese a lo anterior algunos expertos consideran que el recurso de hábeas data se asemeja más al recurso de hábeas corpus. Este último punto lo analizaremos al estudiar las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

La necesidad de incorporar un instrumento procesal de características tan especiales como lo es el Hábeas Data, en razón de los derechos fundamentales que protege constituye sin lugar a dudas, una de las innovaciones más interesantes que se presentan en la actualidad jurídica nacional e internacional. Este se constituye en un instrumento que tiene su origen en el desarrollo tecnológico y científico que han alcanzado nuestras sociedades en el manejo y manipulación de la información y bases de datos, sobre todo en el sentido de evitar un manejo ilimitado de esta información que puede traer consigo la afectación de derechos personalísimos o derechos relacionados con la intimidad, reputación y honor de las personas.

En el ordenamiento jurídico costarricense encontramos el recurso de amparo, que es el medio procesal de relevancia constitucional por excelencia que utilizan los ciudadanos para proteger sus derechos fundamentales, incluyendo dentro de estos los referentes a los derechos (intimidad y autodeterminación informativa) que dan lugar al Hábeas Data a nivel doctrinal.

Con el objetivo de llenar este vacío dentro de la legislación se presentó el proyecto de ley de “Adición de un nuevo capítulo IV, denominado “Del recurso de Hábeas Data”, al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135 del 19 de octubre de 1989” (en adelante, Expediente N° 12827), elaborado por el Diputado Constantino Urcuyo (período 1994-1998) en la Asamblea Legislativa, y presentado en noviembre de 1996, siendo archivado el 22 de mayo del 2001. Esto nos lleva a cuestionarnos: ¿si es necesario o no la incorporación de esta figura dentro de nuestro sistema jurídico? o ¿su trámite especial y acelerado permitirá en los derechos que protege una defensa más eficiente, cumpliendo con el principio de justicia pronta y cumplida? o ¿será esto más bien burocratizar más el acceso a la justicia constitucional, creando inseguridad jurídica? Son estos, algunos de los puntos esenciales a dirimir en este ensayo.

Para abordar el tema, hemos dividido el presente ensayo en tres capítulos, relativos a generalidades y al concepto del Hábeas Data; a su tratamiento en el Derecho comparado y a las perspectivas sobre la incorporación de este instrumento procesal de índole constitucional en el ordenamiento jurídico costarricense. Del mismo modo se estudiarán otros tópicos como el Derecho y la Informática, la jurisprudencia constitucional, y el Expediente Legislativo N° 12827 que se conoció en la Comisión Permanente de Asun-

tos Jurídicos¹ y en la Comisión Legislativa Plena Segunda de la Asamblea Legislativa de Costa Rica².

II. GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA

Entrar en la conveniencia o no de una figura de trascendencia jurídica nos lleva necesariamente a investigar toda una serie de elementos que la rodean y que la determinan como de relevancia jurídica. Este es el caso del recurso de Hábeas Data del cual procuraremos si es posible, determinar su concepto y elementos para clarificar en forma más amplia este instrumento.

1. Concepto

El recurso de Hábeas Data es considerado una especie del Amparo, involucrando la protección y el cuidado de información personal de los ciudadanos por parte de organizaciones de índole privado o público.

Oswaldo Alfredo Gozaíni, tratadista argentino, considera que el Habas Data es: "...un derecho de entrada en los bancos de información en vías de obstruir la afectación de los derechos de la personalidad del hombre, en cuyo caso corresponde acceder al control de exactitud, como un dato que debe ser puesto al día para su conocimiento (cuando se autoriza su difusión), o impedido para su publicidad (en el caso del derecho al secreto para los datos sensibles)"³. Agrega además este mismo autor que la función principal de este recurso es "...asegurar el acceso a las bases de datos y demás registraciones que de una persona se tenga, determinando con ello la posibilidad de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que allí se contenga"⁴.

Surgen de la anterior definición varios elementos que debemos de tener en consideración como son: el acceso a bancos de información y la afectación de los derechos de la personalidad. Resaltamos estos dos pues se derivan de la anterior definición.

Miguel Ángel Ekmekdjian manifiesta que este recurso: "...consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisiones que pueden asumir muy diversos signos. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables, para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad. Es el derecho que tiene un hombre *a ser dejado en la soledad de su espíritu...*"⁵. Como vemos, se agrega otro elemento de gran interés como es el derecho a la intimidad y al desarrollo de su individualidad libremente.

1. V., *infra*, p. 25.

2. V., *infra*, p. 25.

3. GOZAÍNI, Oswaldo A., *El Derecho de Amparo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1995, p. 154.

4. *Ibid.*

5. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "La garantía del "hábeas data" en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Tomo II-III, Buenos Aires 1989, p. 72.

En la exposición de motivos del Expediente N° 12827 en estudio, se esgrimen algunas definiciones de relevancia como:

Hábeas data: Un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos⁶.

Ana Rosa González Murúa lo define para “que la persona goce de un verdadero control de las informaciones que a ella le conciernen y de este modo evitar que el uso indebido de la información afecte su esfera de derechos y libertades⁷.(...)”

Alfredo Chirino sostiene que existe una cercana relación entre el hábeas data y el hábeas corpus ya que ambos protegen esferas distintas de la libertad personal: “por un lado el hábeas corpus garantiza la libertad corporal personal, mientras que el hábeas data garantiza el derecho de disponer de los datos personales (una protección a la identidad informática del ciudadano). Al ser humano debe asegurarse la disposición libre de su cuerpo al igual que de sus datos personales⁸”.

Resaltamos el criterio del proponente del proyecto de ley que incorpora el recurso de Hábeas Data en la normativa costarricense. Al respecto dice: “El hábeas data se constituye como un amparo especializado, por lo que cabe cuestionarse por qué no dejar que el actual recurso de amparo se encargue de estos asuntos. La respuesta es fácil. Tomando en cuenta el grave daño que puede ocasionar, por ejemplo, la incursión errónea del nombre de un individuo a una lista de morosos de una institución financiera, no podemos permitirnos resolver estas importantes lesiones personales por la vía ordinaria del amparo. No son pocas las veces en que un amparo se resuelve en un período mayor a los doce o veinticuatro meses. Consideramos que cumplido este plazo, el daño sería irreparable. Todas las personas brindan datos personales constantemente sin imaginar que en conjunto estos crean una *identidad* del sujeto”.

Otros consideran que el: “recurso de hábeas data se configura como un procedimiento de resolución inmediata, con plazos cortos y efectos inmediatos, que busca la cesación o prevención de daños a personas físicas o jurídicas, ante un rechazo o negación de sus derechos constitucionales, incluyendo la libertad informática y la autodeterminación informativa, que desarrolla la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho a la participación política, el derecho a la sindicalización, el derecho a ser sujeto de crédito, el derecho a la intimidad, entre otros”⁹.

El Dr. Piza Escalante (q.p.d)¹⁰, manifestaba que: “El Hábeas Data es la garantía que va a respaldar un derecho que está en muchas partes: el derecho a la imagen, el derecho a nombre; el derecho a la intimidad en determinados casos, porque puede ser que haya una información que lo que tienda es a que desaparezca, porque no tiene por qué existir, el derecho al honor. Todos estos derechos, que ya son derechos fundamentales (...) De

6. FALCÓN, Enrique, *Hábeas Data: Concepto y Procedimiento*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, p. 23.

7. GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa, *El Derecho a la Intimidad, el Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona 1994.

8. CHIRINO, Eric Alfredo, *Informática y Derecho a la Intimidad: Perspectivas de Política Criminal*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia, San José 1991.

9. MONGE NICOLAAS, Edgar, “El Hábeas Data en Costa Rica”, *Revista Parlamentaria*, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Volumen 5, n° 1, San José, Abril de 1997, p. 375.

10. El pasado 13 de enero del año 2002, falleció el Dr. Rodolfo PIZA ESCALANTE, Magistrado y Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica. Destacado jurista y escritor costarricense de renombre nacional e internacional, defensor insigne de los Derechos Humanos en todo el Continente Americano. Fue además, Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor universitario y conferencista. Diputado de la Asamblea Legislativa de Costa Rica y Embajador ante la Organización de las Naciones Unidas.

manera que yo no entiendo, a qué se refiere la ponencia de que deba reformarse la Constitución para incluir el Hábeas Data. Si es para incluir el derecho a la información, ya está; prefiero no llamarlo derecho a la información porque podría confundirse, más bien, con la información para fines de interés público, que es otra cosa. Es decir, es el derecho de conocer lo que se refiera a nosotros mismos y eso especialmente, no necesita consagrarse; no es que sobre si se consagra, pero no hace falta. El remedio, el recurso en sí del Hábeas Data es una forma del amparo, y con esto quiero contestarle la segunda parte, tanto es una forma de amparo, que nosotros lo hemos tramitado como amparo y no hemos tenido la menor duda de que cae dentro de los supuestos del amparo; es la protección, la garantía de un derecho fundamental”¹¹.

Sobre la naturaleza del proceso de Hábeas Data, Gozáni, nos indica que es: “un proceso constitucional que se instala en la órbita del derecho de acceso a la justicia sin restricciones, salvando cuestiones de legitimación que en la especie son ineludibles por tratarse de afecciones de carácter personalísimo. Tal como sucede en el amparo, se trata de una vía residual que se paraliza cuando existen remedios alternativos que propician soluciones idénticas a las que se pretenden por esta senda”¹².

Ahora bien, en cuanto a la legitimación procesal¹³, es necesario acreditar el derecho subjetivo vulnerado, pues se tutelan intereses propios relacionados con la naturaleza e imagen del ciudadano. Estos son algunos de los elementos que deben ser tomados en consideración en el estudio de esta figura jurídica, junto a su apreciación conceptual.

2. Información, Informática y Derecho

El recurso de Hábeas Data responde al desarrollo tecnológico y científico que se ha llegado a obtener en la actualidad en materia de comunicaciones e información, pues esto constituye sin lugar a dudas un aspecto esencial en la sociedad moderna.

Algunos han señalado certeramente que el que tiene la información tiene el poder. En este sentido el tratadista español Miguel Sánchez Morón señala: “...el dominio de la información se concibe tan sólo como una fuente de poder, que es necesario reservar celosamente en manos de unos pocos”¹⁴.

Dentro de esta misma línea de pensamiento, otros autores han indicado: “La información es, se dice, poder y, a veces, el núcleo del mismo. Esta es la razón por la que los grupos de élite se proponen como uno de sus objetivos monopolizar la información, situándose en los puntos estratégicos de la organización, atricherándose tras ellos como muros blindados de silencio”¹⁵.

Podríamos afirmar de este modo que el manejo de la información es un aspecto medular en la actualidad y por ello debe tener límites que deben estar establecidos dentro del ordenamiento jurídico, esencialmente con relación al resguardo y protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

11. Expediente Legislativo n° 12827, p. 141.

12. V., GOZÁNI, *op.cit.*, p. 180.

13. *Ibid.* p. 181.

14. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “El derecho de acceso a la información en materia de Medio Ambiente”, *Revista de Administración Pública*, n° 137, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1995, p. 32.

15. ÁLVAREZ RICO, Manuel e Isabel, “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Administración Pública*, n° 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1994, p. 475.

En la exposición de motivos del Expediente Legislativo N° 12827 se indica sobre este tema que la actual revolución tecnológica y la *autopista de la información* han facilitado muchos medios que ponen en peligro esta gama de derechos ligados al desarrollo en sociedad de la persona. En este sentido, la aparición de nuevas técnicas, el abuso del poder, la necesidad de contar con información de las personas y la libertad de información, constituyen un problema en el cual se debe proteger la vida privada de las personas, para que no sea avasallada esa privacidad, especialmente por la informática, a través de la protección de datos, pero no únicamente por esta forma. La cantidad de información que circula se va constituyendo un enorme poder informático que puede crear un perfil subjetivo de la persona, estigmatizándola, con la consecuente limitación del pleno uso de sus derechos.

La informática interesa en esta materia, por su avance tecnológico en la búsqueda y almacenamiento de datos de los ciudadanos. Así encontramos grandes Bases de Datos de organizaciones públicas y privadas que guardan dentro de su contenido la información más íntima y confidencial de las personas. Esto está bien, pero el problema es cuando esta información trasciende esa línea de privacidad pudiendo afectar derechos intrínsecos de las personas. Es importante resaltar que el poder informático se plasma con mayor fuerza cuando estamos frente a derechos personalísimos.

De ahí, que el Derecho debe ir ajustando jurídicamente esa protección de las libertades públicas por el manejo de la información que se haga y es aquí cuando surge el interés de ampliar el marco de protección y garantizar plenamente el ejercicio de las libertades públicas.

Dentro de este marco que observamos y la relación información, informática y derecho debemos ubicarnos para abordar un tema de tanta importancia en la actualidad que ensaya en forma importante la protección de una serie de derechos que están protegidos en la actualidad por el recurso de amparo pero que por su especialidad pretende una resguardo más efectivo y ágil por parte del recurso de Hábeas Data.

3. Derechos que protege el Hábeas Data

La incorporación del Hábeas Data como instrumento procesal lleva consigo la protección de derechos fundamentales específicos, pero lo interesante de esta materia es determinar cuáles son esos derechos que serán incluidos para su resguardo.

La Exposición de motivos del proyecto de Ley N° 12827 plantea un acercamiento al punto manifestando que en la doctrina del derecho constitucional, se establece una serie de derechos y libertades básicas para todos los ciudadanos, garantizados por todos los ordenamientos jurídicos. Entre ellos podemos citar: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad religiosa e ideológica, el derecho a la libre circulación, entre otros. En la esfera de la vida privada, son internacionalmente reconocidos el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor, el derecho a la imagen propia y el derecho al secreto de las comunicaciones. Estos últimos relacionados con el fuero interno de las personas.

En razón de lo anterior, el hábeas data pretende tutelar uno de los principales derechos fundamentales, un nuevo derecho reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y algunas legislaciones avanzadas. El derecho a la autodeterminación informativa proviene del derecho a la intimidad, aunque no se limita a ella, sino que la trasciende. El derecho a la autodeterminación informativa va mas allá de la esfera privada, protegiendo el

derecho a la disposición de los datos; se refiere al consentimiento en el uso de un dato personal y a la posibilidad de supervisar que se utilice con apego a un fin legal y de previo determinado, de modo que a partir del acceso a la información exista la posibilidad de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela. La autodeterminación informativa puede afectar los derechos de la personalidad dentro de los cuales se encuentran la intimidad, la imagen y el honor. El otro derecho que tutela es la libertad informática, que proviene de la libertad personal, la cual garantiza la igualdad, el trato no discriminatorio en la esfera comercial y en la esfera laboral, entre otros. Este instrumento es una garantía de defensa para la persona frente a otros, que podrían ser el Estado, un ente privado o personas físicas o jurídicas, según se trate de un registro público o privado o de una investigación en manos de particulares o empresas. Esta es la forma en que plantea el concepto, el proyecto de ley costarricense sobre el hábeas data.

Esto podría considerarse lo más novedoso de la propuesta y en general del tema, pues incluye un derecho que es desarrollado en forma muy breve por la doctrina, no así por la legislación que no ha abordado el tema con insistencia.

Con fundamento en lo anterior podemos indicar que la autodeterminación informativa consiste en el derecho que tiene todo ciudadano de disponer de sus datos personales, en solicitarle por parte de cualquier organización (pública o privada) o sujeto particular el consentimiento para el uso de sus datos teniendo la posibilidad de exigir que dicha información se utilice conforme al marco legal y previo conocimiento de su uso. De acuerdo con este acceso que se tenga de la información la persona tendrá el derecho de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela.

Es evidente que la transgresión a esta autodeterminación informativa, no la afecta únicamente a esta, sino que se extiende a otros derechos no menos relevantes para la persona, como son: la intimidad personal y familiar, el derecho al honor, el derecho a la imagen propia y el derecho al secreto de las comunicaciones, derechos personalísimos, entre otros¹⁶.

Igualmente debemos hacer mención de la libertad de autodeterminación de la información, en el sentido de que como toda goza de la misma protección y garantías para su ejercicio. El Hábeas Data además protege la libertad informática, que proviene de la libertad personal, la cual garantiza la igualdad, el trato no discriminatorio en la esfera comercial, laboral, social, económica, entre otros.

Ensayando el contenido del autodeterminación informativa, se manifiesta: “Cuando la libertad informática trata sobre la facultad de controlar el uso, transmisión y recolección de datos personales propios, se habla entonces de un derecho a la *autodeterminación informativa*. Este concepto recién introducido en la doctrina española, aparece entendido como derivado de la intimidad...lo define a partir de la jurisprudencia, como el derecho que va a sustentar la protección de los datos personales propios, o *derecho de toda persona a controlar el flujo de informaciones que a ella le conciernen* -tanto en la recolección como el posterior tratamiento y uso de los datos personales- mediante una serie de derechos subjetivos como el consentimiento, el derecho de acceso, rectificaciones,

16. GOZAÍNI sobre este punto indica: “El derecho a la intimidad se halla ahora acosado por la evolución y progreso de las herramientas técnicas. Inclusive, la información sobre las personas constituye un dato relevante y revelador de las fuentes de conocimiento sobre el desarrollo de la sociedad. La posibilidad de aislamiento otrora posible, está afectada por la inmiscusión permanente de los medios en el hogar, los que son inevitables y paradójicamente imprescindibles”. V., GOZAÍNI *op. cit.*, p. 156.

(...) La noción se ha venido utilizando con más frecuencia en relación con la protección de datos que se hace necesaria frente al peligro del uso inadecuado de la informática (...) A pesar de que la autodeterminación informativa es un derecho que ampara en específico una parte de la libertad informática -el control de la persona sobre sus datos personales-, en España se le sigue identificando como parte del derecho a la intimidad (...) La libertad informática es más amplia que el derecho a la autodeterminación informativa, si se entiende como tal al derecho de utilizar los mecanismos de rectificación, eliminación, consentimiento, actualización, inclusión, adecuación al fin y acceso, para controlar el flujo y manejo de los datos personales¹⁷. De esta forma, este derecho reconoce un nuevo bien jurídico: la información personal ordenada lógicamente, como un bien susceptible de apropiación (no siempre material), que genera una autoridad que afecta directamente los derechos de la personalidad¹⁸.

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, debemos considerar las manifestaciones del Dr. Piza Escalante (q.p.d), en el sentido de que el recurso en estudio respaldará un derecho que está en muchas partes, de ahí que su delimitación sea difícil de especificar en uno o varios supuestos de derechos fundamentales. Por ello, al tratarse de este tipo de derechos la interpretación de ser amplia en cuanto a los distintos derechos que se relacionan con el manejo de la información personal. Uno de los aspectos que también deben tomarse en cuenta es el hecho de si se justifica una cierta celeridad en este tipo de recursos, por la categoría de derechos que violenta. Así se da el ejemplo de la información que está en manos de entidades privadas de investigación de crédito ya que este se ha constituido en uno de los motivos de la implementación de este tipo de recurso. Debemos agregar nosotros las listas negras o de morosos que pueden levantar en Bancos o entes privados, que trascienden definitivamente la esfera específica del crédito y se extiende a otros ámbitos del quehacer de la persona pudiendo afectarle en forma grave.

Como observamos la protección y el pleno ejercicio de la libertad de estos derechos novedosos, derivados del desarrollo y avance tecnológico de las sociedad con respecto al uso y manejo de la información privada, constituye uno de los aspectos que mayor interés muestra la incorporación del recurso de Hábeas Data en nuestra legislación.

4. Base constitucional y legal en Costa Rica

A pesar de que estamos frente a un derecho novedoso como es la *autodeterminación informativa* y la libertad informática que no se encuentran plasmados expresamente en nuestra Carta Magna, creemos que su fundamento se deriva del derecho a la intimidad establecido en el artículo 24 de la Constitución Política que dice: “Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de los dos tercios de los diputados que forma la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento...”. El que consideremos que ya se encuentran protegidos estos derechos que cubre el hábeas data, no va en contra de la idea

17. CHAVERRI ÁLVAREZ, Alejandra y LÓPEZ FUSCALDO, Gloriana, *El Hábeas Data en Costa Rica*, “Tesis de grado para optar al grado de Licenciadas en Derecho”, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José 1995, pp. 26-27-28.

18. V., CHAVERRI ALVAREZ y LÓPEZ FUSCALDO, *op. cit.*, p. 31.

de la conveniencia de incluirlo en el texto constitucional o en una ley sustantiva en forma específica.

Otras disposiciones que se deben de tomar en cuenta al analizar estos derechos son los artículos 28 referente al régimen y principio de libertad (todas las acciones privadas que no dañan la moral, el orden público o a terceros están fuera de la acción de la ley); 30 sobre el libre acceso a los departamentos administrativos y el secreto de Estado; 33 el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación; 41 que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación por las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, dándoles justicia pronta y cumplida sin denegación y con estricto apego a las leyes.

Junto a estas normas constitucionales se debe citar como normativa complementaria de naturaleza internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que hacen mención sobre la obligatoria protección de este tipo de derechos fundamentales.

III. EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO

Pretendemos exponer en este capítulo las distintas normas tanto constitucionales como legales que regulan la figura del Hábeas Data en el Derecho Comparado con el fin de utilizar dicha normativa como parámetro de estudio del instrumento procesal constitucional que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico costarricense.

1. Argentina

La Constitución Argentina después de la reforma de 1994, introduce en el capítulo segundo *Nuevos derechos y garantías*, artículo 43, párrafo tercero, el recurso de hábeas data en la siguiente forma: "Toda persona podrá interponer esta acción (de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"¹⁹.

Contamos con información de algunos proyectos de ley presentados en el Senado y la Cámara de Diputados en Argentina durante los años de 1995 y 1996, en los cuales se procura la aprobación de varias leyes relacionadas con el tema en estudio pero que no han tenido un buen destino en su trámite legislativo. Así tenemos un proyecto de Ley Reglamentaria del Hábeas Data (Artículo 43 de la Constitución Nacional)²⁰; otro que regula el derecho de la prensa y de las investigaciones sobre el libre acceso a los regis-

19. Artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Argentina, citado por GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 158. V., además *Constitución de la Nación Argentina*, Universidad Nacional Autónoma. Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México 1995.

20. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1995, n° 41, Buenos Aires, viernes 28 de abril de 1995, pp. 2104-2106.

tros o bancos de datos públicos y otras fuentes oficiales²¹ y finalmente un proyecto de Ley contra los delitos informáticos²².

Haremos en este punto una breve referencia al contenido de algunas normas del proyecto de Ley Reglamentaria del Hábeas Data (Artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina) presentado en abril de 1995 en el Senado y Cámara de Diputados, independientemente de cual ha sido su futuro en la tramitación legislativa. Esta iniciativa está dividida en dos títulos, denominados requisitos de admisibilidad y procedimientos, respectivamente. El Título I está compuesto por un Capítulo I *Legitimación* y un Capítulo II *Derechos tutelados* y el Título II por un Capítulo I *Demanda y prueba* y Capítulo II *La sentencia*. Nos detenemos en el Título I con el fin de observar algunos puntos interesantes.

En cuanto a la legitimación activa, se indica que: “Se encuentra legitimada para iniciar la acción de amparo bajo la modalidad del hábeas data, toda persona física o jurídica afectada por datos a ella referidos obrantes en los registros o bancos de datos públicos, o privados, con las modalidades y alcances previstos en la presente norma”. La legitimación pasiva que se introduce en los artículos 2 y 3, posibilitan la acción respecto de todo registro o banco de datos públicos o privados, dirigido por una autoridad estatal nacional o por particulares susceptible de generar información o destinado a proveer informes.

En relación a los derechos tutelados importa referirnos a ellos, pues constituye uno de los aspectos más importantes de aclarar sobre la materia competencia de este recurso. Así tenemos en primer término el:

Derecho de información. El afectado debe alegar la existencia de datos referidos a su persona. El juez actuante deberá ponerlos en conocimiento del afectado.

Derecho a la privacidad, honor y otros derechos constitucionales, supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos. Cuando por medio del procedimiento se acredite que la información registrada resulta discriminatoria, falsa o inexacta, pudiendo afectar de algún modo el derecho a la intimidad, privacidad, honor, buen nombre, libertad religiosa y de pensamiento político o cualquier otro derecho del accionante constitucionalmente protegido. El afectado podrá solicitar al juez la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos.

Entre los fundamentos que se esgrimieron cuando se presentó este proyecto de ley tenemos la reciente reforma al artículo 43 de la Constitución Nacional; implementar este recurso como una modalidad del amparo; reglamentar el ejercicio de este instrumento y de los derechos que protege, entre otros.

Finalmente debemos indicar que en razón de que muchas iniciativas sobre el Hábeas Data en Argentina no llegaron a plasmarse, en el Boletín de *Trámite Parlamentario* N° 14 del período 1997²³ (jueves 20 de marzo de), fue publicado una nueva iniciativa sobre este tema, indicando textualmente lo siguiente:

21. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1996, n° 57, Buenos Aires, jueves 16 de mayo de 1996, pp. 2595-2596.

22. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1996, n° 191, Buenos Aires, martes 26 de noviembre de 1996, pp. 7737-7742. En este texto se regulan diversos tipos penales como: delitos informáticos, delitos relacionados a la informática, delitos contra la propiedad intelectual del software, entre otros.

23. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1997, n° 14, Buenos Aires, jueves 20 de marzo de 1997, p. 933.

Artículo 1.- La presente ley tiene por objeto reglamentar el artículo 43 de la Constitución Nacional párrafo tercero, que salvaguarda el derecho que tiene toda persona de tomar conocimiento, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales que consten en registros o bancos de datos.

Artículo 2.- La acción tramitará según el procedimiento vigente para la acción de amparo. La sentencia que lo conceda ordenará la rectificación, actualización o eliminación de los datos de carácter personal según sea el caso, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder.

En la actualidad se encuentra en el Senado de la Nación y en la Cámara de Diputados desde noviembre de 1998, el proyecto de *Ley de Protección de Datos Personales*. Este proyecto de ley nos proporciona información acerca de las características y elementos propios del recurso de hábeas data, conforme al artículo 43 de la Constitución argentina. En el proyecto se define el dato persona: como la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal, determinadas o indeterminables. En el mismo sentido el dato sensible, es el que revela el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información relativa a la salud o la vida sexual. Así también, se exponen como datos informatizados: aquellos datos sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado²⁴.

La jurisprudencia sobre hábeas data la que está suplantando en parte del vacío jurídico que en Argentina existe por falta de una ley de protección de datos personales, según indica el jurista Pablo Palazzi. Sobre los proyectos de ley dice: “En cuanto a los proyectos de Leyes de Hábeas Data y Protección de Datos Personales cabe consignar los siguientes: (i) Proyecto del Senador Eduardo Menem, sobre cuya base se elaboro el proyecto del Senado Nacional. Luego de un arduo debate el Proyecto de Ley de Hábeas Data y Protección de datos personales fue aprobado por el Senado de la Nación el 26 de noviembre de 1998. Existe actualmente una versión con modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados. Por su parte la Cámara de Diputados también elaboro un proyecto de Ley sobre base de datos de Riesgo Crediticio. Orden del Día 1441: Dictamen (con modificaciones) de las Comisiones de Comercio, de Finanzas y de Defensa del Consumidor en el proyecto de ley sobre Bases de datos de riesgo crediticio. Este proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados pero el Senado se negó a tratarlo para evitar una duplicidad de normas”²⁵.

Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “la privacidad e intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos (...) cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad”. (CSJN, 15-IV-1993). Igualmente, la Corte ha indicado que “la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada, el debido proceso libre de todo perjuicio sensacionalista, el derecho al silencio, a no exhibirse, a hacer el bien sin espectáculo, a mantener en secreto los aspectos más delicados de la intimidad fuera de toda curiosidad agresiva, indagación oliscosa o mofa”. (CSJN/ 8-IX-1992).

24. LUQUE, Carlos, *Desarrollo y estado actual de la acción de hábeas data a seis años de su incorporación en la Constitución Nacional*, agosto del 2000. (www.nexos.co.cr/cesdepu/revelec/luque.htm.)

25. PALAZZI, Pablo, *Hábeas Data y Protección de datos en Latinoamérica. Propuestas de reglamentación y armonización de estándares de protección de datos*. (<http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia20.html>).

2. Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil²⁶, en su Título II *De los Derechos y Garantías Fundamentales*, Capítulo I *De los Derechos y Deberes individuales y colectivos*, Artículo 5º, inciso LXXII, establece sobre el recurso en estudio lo siguiente: “Se concederá Hábeas Data: a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de entidades gubernamentales o de carácter público. b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.

3. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999²⁷, establece en su artículo 28 expresamente el derecho y acción de hábeas data, indicando expresamente:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrán acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Complementa la anterior disposición el artículo 60 de la Constitución venezolana de 1999, que dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Encontramos además otras normas de índole constitucional dentro de la Constitución de 1999, que se relacionan con el tema, entre ellos podemos citar: el artículo 57 (al derecho a la libre expresión del pensamiento); 143 (derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales); 281 (atribuciones de Defensor del Pueblo). Resulta interesante como en esta reciente normativa de naturaleza constitucional encontramos bien definidos en su contenido las distintas figuras propias de la defensa de derechos fundamentales. Es indudable que aquí debemos resaltar la figura del Maestro Allan Brewer-Carías, por su participación en la Asamblea Constituyente de 1999.

4. Paraguay

La Constitución Nacional de Paraguay²⁸, establece el recurso de Hábeas Data en la Parte I, Capítulo XII “De las garantías constitucionales”, Del Hábeas Data, artículo 135 que en lo que interesa dice:

26. *Constitución de la República Federativa de Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México 1994, p. 13. Constitución de 1998 con reformas del 2001. (www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Brazil/esp88.html).

27. BREWER-CARIAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 275.

28. *Constitución Nacional del Paraguay*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México 1994, p. 40.

Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad.

Podrá solicitar ante la magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

Del mismo modo, el artículo 136 de la Constitución paraguaya garantiza la competencia y responsabilidad de los magistrados de conocer los recursos constitucionales (Amparo, Hábeas corpus y Hábeas Data). Al respecto señala la norma:

Ningún magistrado judicial que tenga competencia podrá negarse a entender en las acciones o recursos previstos en los artículos anteriores; si lo hiciese injustificadamente, será enjuiciado y, en su caso, removido.

En las decisiones que dice, el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delito, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia, instruirá el sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público; si no la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su prosecución.

5. España

La Constitución española, regula en dos artículos lo relativo al recurso del Hábeas Data. Para ello citamos el 18.4 que dice: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En el mismo sentido, el artículo 105.b), señala: “La ley regulará el acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”²⁹.

A nivel legislativo, en España se protegen estos derechos en la Ley O. 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁰, modificada por L.O. 3/1985. Además se debe ver la Ley O. 5/1992, de 29 de octubre, regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Más reciente encontramos la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LORTAD), que entró en vigor el 4 de octubre del 2000. Esta Ley adapta la normativa a la Directiva General de Protección de Datos de la Unión Europea, lo cual en la actualidad se encuentra altamente desarrollado³¹. Su artículo primero señala: “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables,

29. *Constitución Española y Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, cuarta edición, Madrid 1993.

30. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y otro, *Código de las Leyes Administrativas*, Editorial Civitas, décima edición, Madrid 1995, p. 175.

31. CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. *La nueva Ley Española de Protección de datos de carácter personal*. (<http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html>)

en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas”.

6. Alemania

En Alemania, acontecen dos registros fenomenales en la defensa referida. Por un lado, disposiciones legislativas de 1970 dictadas en el Land de Hesse, crearon un *comisario de datos*, que es un encargado o responsable de datos en cada uno de los servicios informatizados, públicos o privados, que cuente con más de cinco operadores; y posteriormente, la ley federal sobre *protección de datos*, reglamentando la metodología de almacenamiento. Al respecto, informa Fernández Segado que el Tribunal Constitucional Federal, en una sentencia dictada el 15 de diciembre de 1983, entendió admisible la acción de hábeas data, cuando se conoce anticipadamente la finalidad para la que vayan a utilizarse los fichajes. Se ha podido hablar de esta forma en Alemania de un derecho de autodeterminación de las informaciones³².

7. Otros países

Con relación a esta materia, encontramos en Luxemburgo, la aprobación de la Ley de 31 de marzo de 1979, sobre utilización de datos nominativos en tratamientos informáticos y el reciente Reglamento Gran Ducal de 2 de octubre de 1992 sobre creación y explotación de bancos de datos nominativos de policía general.

Igualmente debemos hacer cita de la legislación de Suiza³³ que incorpora normativa novedosa sobre protección de datos. Citamos en este sentido la: Ley Federal de Protección de Datos (LPD) de 19 de junio de 1992; Decreto Federal de 15 de junio de 1993, sobre la Ley Federal de Protección de Datos; Decreto Federal de 14 de junio de 1993, por el que se regula el tratamiento de datos personales con motivo de medidas preventivas en el ámbito de la defensa del Estado.

IV. EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Además del desarrollo doctrinal que hemos venido planteando con respecto a la figura del Hábeas Data y del Expediente Legislativo N° 12827, podemos verificar como los derechos que se protegen con este recurso, han sido objeto de estudio en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual ha protegido estos derechos a través del recurso de amparo, sin necesidad de que se encuentre regulado en nuestra legislación.

32. V., GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 161. V., además *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, publicada en 1986.

33. Ver en este sentido *Boletín de Legislación Extranjera*, Cortes Generales, n° 163-164, Madrid, mayo-junio de 1995.

1. Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

El tema del Hábeas Data no es nuevo en nuestro país, pues ya la Sala Constitucional de Costa Rica, ha desarrollado su contenido en algunas de sus resoluciones, específicamente en materia relativa a archivos criminales y su confidencialidad. Conforme a lo indicado presentaremos una breve reseña de cada uno de los votos que en nuestro criterio han abordado este asunto.

El Voto N° 2680-94, relativo a un recurso de Hábeas Corpus³⁴, presentado en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia contra el Jefe de la Delegación Regional del OIJ de Heredia y el Departamento de Seguridad del Banco de Costa Rica, Sucursal de Heredia, se hace referencia a una pretensión Hábeas Data con el fin de que se elimine información contenida en el Archivo Criminal. Al respecto se resolvió:

Bien es sabido que tanto esta Sala como la Corte Plena, han otorgado validez a la existencia de los archivos criminales, dando el criterio de que la información que se mantiene en la fichas, es de carácter confidencial, de tal manera, el archivo criminal debe ser interpretado, como uno de los medios que han sido puestos por el legislador a disposición de los investigadores judiciales y de aquellos otros que realicen una función judicial de investigación propia del organismo, únicamente para el esclarecimiento de los hechos delictivos. De ahí que el carácter confidencial del Archivo no permite un acceso irrestricto a la información que se contiene, pues esa confidencialidad fue acordada para proteger la honra de las personas que se encuentran allí fichadas (ver al respecto voto N° 2609-91). En el caso presente, el accionante solicita que la información del archivo referente a su persona sea eliminada, pues le está causando serios daños y podrían ser afectadas sus pretensiones laborales en el futuro. El reclamo del gestionante no es de recibo, pues la información ahí contenida no puede salir del ámbito del Organismo de Investigación Judicial para ser entregada a particulares, porque precisamente la *confidencialidad* exige que en respeto de la honra, honor e intimidad de la persona, esos datos sólo pueden ser consultados por la Policía Judicial o aquella que actúe ejerciendo funciones propias del Organismo de Investigación, por lo que no hay razón para presumir que sus aspiraciones laborales se puedan ver afectadas por ese hecho. Si bien es cierto, se le dictó un sobreseimiento obligatorio respecto al delito que se le imputaba -folio 4-, ello no es causa suficiente para que el O.I.J. no tenga sus datos en las fichas del Archivo Criminal, pues no se le está causando ningún daño, como pretende hacerlo ver en su reclamo.

En este caso se solicita la supresión de datos del Archivo Criminal, situación que se mantiene, pues el Órgano Constitucional hace énfasis en que dicha información es confidencial y no puede ser accesada por particulares, previendo de esta forma una posible transgresión al derecho a la intimidad.

Igualmente es importante hacer mención del recurso de Amparo interpuesto contra el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y resuelto mediante Voto N° 476-91 de las 14:10 hrs. del 1 de marzo de 1991, de la Sala Constitucional, en el cual se indicó sobre el tema: "...en el presente caso observa la Sala que efectivamente el accionante fue detenido y obligado a comparecer ante las autoridades judiciales en calidad de presunto responsable de hechos punibles, por lo que de conformidad con lo que establece el artículo 40 de la Ley Orgánica del OIJ si procedía elaborar y mantener su ficha y documentación respectiva en el Archivo Criminal creado con ese propósito. Por el contrario, y según ha manifestado con anterioridad esta Sala (Ver Voto N° 1490-90), resulta improcedente que el Archivo Criminal conserve las fi-

34. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José. Voto n° 2680-94 de las 16:24 hrs. del 8 de junio de 1994. Recurso de Hábeas Corpus, presentado por J.C.P. contra el Jefe de la Delegación Regional del OIJ de Heredia y el Departamento de Seguridad del Banco de Costa Rica.

chas y documentos de quienes han sido detenidos por error, cuando por haber sido desvirtuados los indicios que ocasionaron su detención son puestos en libertad sin que una autoridad judicial haya dado curso a un proceso en su contra. En tales circunstancias, conservar la ficha y documentación del detenido atentaría contra los principios constitucionales de libertad y presunción de inocencia. Sin embargo, en el caso que se examina se comprueba que el recurrente fue no sólo detenido sino también puesto a la orden de las autoridades judiciales que dieron curso al proceso en su contra, resultando éste condenado en mil novecientos ochenta y nueve por una contravención. Por ello, y con fundamento en el artículo citado de la Ley Orgánica del OIJ, considera este Tribunal que no existe la lesión alegada a sus derechos fundamentales pues el Organismo recurrido ha actuado en acatamiento de sus obligaciones legales”.

El Tribunal Constitucional en este caso es claro en afirmar que el Organismo de Investigación Judicial no podrá conservar la ficha y documentos de quienes han sido detenidos por error, en razón de ello deberá de suprimirse, pues lo contrario acarrea la afectación de los principios constitucionales de libertad y presunción de inocencia.

La Sala Constitucional en el Voto N° 1441-96, resolviendo un recurso de amparo había establecido las facultades del Organismo de Investigación Judicial en esta materia, expresando:

Si bien es cierto que la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial faculta a éste, entre otras funciones de su competencia, a recibir denuncias, a proceder a la aprehensión de los presuntos culpables, a interrogar a las personas que pudieran aportar datos de interés a la investigación y a permitir que su Archivo Criminal cuente con las fichas y documentos de las personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante las autoridades en calidad de presuntos responsables de hechos punibles, esto no significa que puedan conservarse dentro de dicho archivo las fichas y documentos de las personas que hubieren sido detenidas, por error de las autoridades, con motivo de una investigación a su cuidado y que por haber sido desvirtuados los indicios que ocasionaron su detención fueren puestas en libertad. En estos casos es improcedente conservar toda ficha o documento que se hubiere levantado con motivo de la detención pues iría en contra de los principios de libertad e inocencia, e incluso ocasionar graves perjuicios en contra de lo dispuesto en el artículo 39 constitucional y la doctrina que lo informa, si -como en el presente caso- por la existencia de personas homónimas ello derive la posibilidad de incurrir en falsas imputaciones por el solo hecho de haber sido erróneamente detenida una persona y conservarse un expediente sin haber cometido falta alguna. De acuerdo con lo expuesto el recurso deviene procedente y la posibilidad de conservar fichas y documentos, en el Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial, debe entenderse de aquellas personas que hubieran sido detenidas y pasadas a juicio ante autoridad judicial competente independientemente de como terminará la causa, pero no de las que por error lo hubieren sido y al desvirtuarse los indicios de su eventual responsabilidad hubieren de ser puestas en libertad de inmediato. En este mismo sentido se puede ver el Voto N° 1490-90 de la Sala Constitucional.

Observamos que la protección del Hábeas Data lo hemos encontrado en nuestro país a través de los recursos de amparo, de hábeas corpus e inconstitucionalidad, aspecto que es interesante, pues la protección de los derechos que propugna el instrumento procesal propuesto lo encontramos protegido en los diferentes recursos. Lo anterior nos lleva a la conclusión que los derechos protegidos por el Hábeas Data no son desconocidos por la Sala Constitucional y que han recibido su protección independientemente del instrumento procesal utilizado o procedimiento seguido.

El Tribunal Constitucional ha tomado en consideración en sus resoluciones el criterio emitido por la Corte Plena en el año de 1991, sobre el tema de la confidencialidad y el artículo 41 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial indicando:

...al hacer referencia el artículo 41 a las demás autoridades, para acordar su acceso al archivo criminal, lo es cuando ellas cumplan funciones propias del organismo, con la interpretación anterior se da aplicación al criterio restrictivo de interpretación que debe tomarse en consideración al interpretar normas como el señalado en el artículo 41, pues el carácter confidencial del Archivo no permite un acceso irrestricto a la información que contiene ya que esa confidencialidad fue acordada para proteger la honra de las personas que se encuentran ahí fichadas de una posible afectación sin causa, dado que no siempre han sido condenadas como autores de delito, pues la ficha se levanta aún cuando son sospechosos desde el punto de vista policial³⁵.

En el Voto 2609-91, se presenta una situación especial, pues debido a información brindada por un agente del OIJ violando el principio de confidencialidad de los Archivos, provocó que un ciudadano (con antecedentes) perdiera una oportunidad laboral. En la entrevista esta persona no hizo ninguna referencia a sus antecedentes pues consideraba que esta era la razón por la cual le rechazaban de varios trabajos. Esto dio lugar a que la Sala considerara que se le habían violado al recurrente los artículos 11, 24 y 56 de la Constitución Política. Tomando en consideración esta situación, encontramos Nota del Magistrado Piza Escalante (q.p.d) en el citado Voto, que sobre la resolución manifestó: “He concurrido con el voto de mayoría, pero hago reservas de las razones contenidas en el Considerando V, en cuanto estoy de acuerdo en la no inclusión del Gerente de la empresa SEVIPRI en la estimación del recurso, pero porque ni uno ni otra se encontraban en la posición de poder prevista para la procedencia del amparo contra personas de derecho privado artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero por falta de mayores elementos de juicio no me pronuncio sobre sí, al no contratar al amparado, se incurrió en una discriminación contraria a la dignidad, y por ende, en una violación de su derecho constitucional a la igualdad (art. 33 de la Constitución Política)”.

Esta última resolución reviste importancia no sólo por el fortalecimiento que se da a la protección de la intimidad de los datos personales de los ciudadanos, sino también por incluir el derecho constitucional de igualdad como otra de las posibles garantías que pueden ser violadas al brindarse ilegítimamente este tipo de información.

En este mismo sentido debemos hacer cita del Voto N° 3195-95 de las 15:12 hrs. del 20 de junio de 1995, de la Sala Constitucional, en el cual se tiene como asunto previo dos recursos de Hábeas Corpus y un recurso de Hábeas Data, acumulados y que son incluidos en la resolución de esta Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 10 y 12 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de las Comunicaciones Privadas e Intervenciones de las Comunicaciones N° 7425. En lo que interesa dice la resolución sobre el artículo 24 constitucional: “La garantía establecida en el artículo 24 constitucional se satisface con el cumplimiento de las siguientes exigencias: a) intervención necesaria del juez en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones; b) la exigencia a éste de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo; c) la exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para todo lo cual posee una responsabilidad indelegable y d) que el juez se imponga del contenido de la comunicación intervenida y sea él quien discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la policía. Con ello se quiere que el juez que autoriza intervenir las comunicaciones mantenga un estricto control sobre todas las diligencias, sin abandonarlas al criterio y arbitrio de la autoridad policial, como ocurría bajo el amparo del antiguo numeral 221 del Código de Procedimientos Penales, declarado inconstitucional por esta Sala. Ni el artículo 9 ni el 10 que

35. Extracto de la resolución tomada en sesión ordinaria de la Corte Plena, artículo LV, celebrada el veintiocho de octubre de 1991, citada por el Voto n° 2609-91 de las 14:00 hrs. del 5 de diciembre de 1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Amparo.

se cuestionan establecen una delegación de las facultades del juez, contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución. Únicamente los Tribunales de Justicia pueden ordenar, en resolución fundada y en los casos expresamente previstos por ley, la intervención de cualquier tipo de comunicaciones privadas. Para admitir la injerencia de las autoridades en tales comunicaciones, debe existir un control constante y efectivo sobre la medida ordenada, control que debe ser ejercido, necesariamente, por la Autoridad judicial, de manera tal que queda garantizado su monopolio en lo que a la limitación de Derechos y libertades fundamentales se refiere”.

El Dr. Piza Escalante, en su comparecencia ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, sobre el Proyecto de Ley 12827, que pretendía reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional para introducir el Hábeas Data señaló sobre los antecedentes de este recurso: “Voy a empezar por ese punto, para decirles que la Sala Constitucional ha interpretado que el Hábeas Data ya existe, lo cual no quiere decir que no sea conveniente y hasta necesario regularlo. Pero, nosotros hemos admitido el concepto de Hábeas Data como una de las formas del amparo. Es decir, el amparo de un derecho fundamental, que tiene toda persona a su buen nombre, a su imagen y a la información sobre lo que le concierna. Ya la Sala Constitucional ha resuelto algunos amparos...”³⁶ Así: “Es el caso de una abogada que solicitó el protocolo de autopsia, de una persona fallecida en el Organismo Médico Forense y se le negó. Ese recurso, que lo consideramos como un recurso de amparo, precisamente es típico de hábeas data y fue declarado sin lugar, porque la abogada no demostró ninguna autorización de los causahabientes, o sea, porque era un tercero. Esa sentencia está ya prácticamente redactada, esta en firmas”³⁷.

Se ha podido comprobar que los derechos que protege el Hábeas Data no han sido extraños a la labor de la Sala Constitucional, de ahí que la introducción de un instrumento de este tipo sería beneficioso para los ciudadanos, pues tendrían dentro del ordenamiento jurídico otro mecanismo -tal vez más expedito- de protección a la autodeterminación informativa e intimidad.

2. Proyecto de Ley denominado: “Del Recurso del Habeas Data”

Como se indicó anteriormente en noviembre de 1996 se presentó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto con el fin de incorporar mediante ley el recurso de hábeas data. La propuesta cumplió con los distintos trámites de la corriente legislativa, pero el paso del tiempo no impidió su archivo. Pese a lo anterior, hemos creído importante mostrar los aspectos de mayor relevancia que distinguieron tal propuesta analizando el contenido del Expediente Legislativo N° 12827.

A. Resumen de la iniciativa

La iniciativa buscó incorporar mediante adición un nuevo capítulo IV (actualmente el capítulo IV regula lo referente a Sanciones) el Recurso de Hábeas Data, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tema que se encuentra en auge dentro de la doctrina constitucional comparada, en especial sobre la protección de datos e información vinculados

36. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Acta de la Sesión n° 32 de las 13:30 hrs. del martes 29 de julio de 1997, Primer Período Ordinario, Cuarta Legislatura, p. 5. (Folio 137 del Expediente Legislativo n° 12827).

37. *Ibid.*

con el derecho a la intimidad. El Dr. Alfredo Chirino, sobre la propuesta indica: “El proyecto formula, de manera consecuente con la evolución del derecho constitucional en Costa Rica, una ampliación de las competencias de la Sala Constitucional, y utilizando el espejo del *habeas corpus* para ofrecer un proceso sumario y expedito para analizar posibles lesiones a la autodeterminación informativa...el proyecto Urcuyo acierta en dos aspectos medulares: En primer lugar, se plantea de inmediato la necesidad de tutelar la autodeterminación informativa del ciudadano costarricense, comprendiendo en su correcta dimensión que este novedoso bien jurídico es una derivación de la intimidad, pero en su faceta de libertad, en el ámbito en que los ciudadanos realizan su plan de vida en una democracia que les ha de garantizar esta posibilidad sin poner limitaciones, siempre y cuando este plan no afecte derechos de tercero, no vaya contra la moral o contra el orden público. En segundo lugar, porque ubica esta necesidad de tutela en el contexto tecnológico actual, donde los aspectos de comunicación e interacción, en general, entre los seres humanos, han sufrido tantos cambios, y donde la actividad del legislador debe ser inmediata y eficiente...”³⁸.

Esta propuesta originalmente estuvo conformada por nueve artículos, numerados del 71 al 79, regulando los siguientes puntos: Hábeas data propio e impropio; trámite, legitimación, requisitos y efectos. Después, en el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa, se incluyeron otros artículos relativos a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y a la ejecución del recurso de hábeas data.

Debemos resaltar en este proyecto de ley es la extensa y bien fundamentada exposición de motivos que justifica y explica en forma clara las pretensiones del proponente. Entre los puntos esenciales destaca que: “Son muchos los derechos y libertades que enumera nuestra Constitución, pero no así los mecanismos reales con los que aquellos se pueden proteger efectivamente. Si bien en la doctrina tradicional se pueden encontrar dos instrumentos básicos para la protección de los derechos ciudadanos consagrados por los ordenamientos jurídicos, como el recurso de *habeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, y el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en las constituciones, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, recientemente la doctrina y la legislación de varios países han incorporado a los instrumentos de protección de los derechos y libertades fundamentales un nuevo instrumento de protección: el *habeas data*”.

Una crítica general al proyecto³⁹ es que la protección que plantea el *habeas data* no es preventiva, sino que se dará esencialmente cuando se ha violentado el derecho a la in-

38. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, *El habeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley*. Setiembre 1997, Expediente n° 12827, folios 165-166. En su disertación ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, el Dr. Chirino estableció las tres características fundamentales del proyecto: “...la primera es que incorpora en la legislación costarricense el derecho de autodeterminación informativa, como un bien jurídico tutelado. El segundo elemento que esta ley introduce...es que el proyecto ofrece una tutela a la persona frente al tratamiento de los datos personales que se pueden hacer, por medio de los sujetos del derecho privado...el *habeas data* tendría la posibilidad de ser planteado frente a sujetos de derecho privado...La tercera característica que tiene este proyecto y es quizás, la más importante en el derecho comparado, es la de incorporar la posibilidad de declaratoria del debido proceso...” Ver Expediente Legislativo n° 12827, folio 192.

39. En este sentido, el Dr. CHIRINO, Alfredo, manifiesta: “Sin embargo, tal y como está concebido el proyecto apuesta considerablemente alto a una eventual efectividad del *habeas data* luego de las etapas de recolección y transmisión de los datos, lo que provoca que los efectos del recurso se produzcan cuando las informaciones ya han sido trasladadas por medio telemáticos a otros lugares de procesamiento, en tal caso los daños a la intimidad y a la autodeterminación de los ciudadanos probablemente ya se habrán producido, sutilmente y sin dejar una huella que

timidad y la autodeterminación informativa, y en este sentido pierde la iniciativa expectativas de verdadera tutela de estos derechos. En este mismo sentido, se observa que es el ciudadano el que debe dar aviso de la lesión a su derecho, teniendo este la carga de la prueba, situación que por el tipo de materia es en ocasiones difícil la determinación del manejo de la información por parte de agentes públicos o empresas privadas. Estas limitaciones a la iniciativa legislativa son planteadas por el Dr. Chirino en su estudio.

A continuación hacemos mención de algunos otros criterios generales que abordaron el tema del hábeas data en su trámite legislativo, en especial, al texto original propuesto por el Licenciado Constantino Urcuyo, ex-diputado.

B. Criterios sobre el proyecto de ley original del “Hábeas Data”

En este apartado hacemos un recuento de aquellos criterios de relevancia que fueron presentados por los diversos departamentos y funcionarios sobre el tema del hábeas data.

(a) *Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa*

La elaboración del Informe Jurídico de este Departamento técnico de la Asamblea Legislativa incluyó entre los aspectos más importantes, las siguientes observaciones:

Al no estar previsto el recurso del hábeas data, los derechos que la iniciativa pretende tutelar, podrían protegerse, -y en la realidad así sucede- mediante el amparo. Sin embargo, el derecho comparado ha recurrido a la figura del hábeas data que es bastante similar al amparo, hasta el punto que parte de la doctrina lo califica como una especie del amparo. Si en la actualidad los derechos que protege el hábeas data son tutelados por el amparo, máxime en Costa Rica en donde está normado el amparo contra los particulares, podría cuestionarse la conveniencia de incluir un nuevo instrumento procesal cuando ya existe protección. (...) Si bien en principio compartimos el argumento expuesto, discrepamos en que los derechos protegidos por el hábeas data, requieran una protección más ágil que la del amparo, incluso, y tal y como está la iniciativa su tramitación sería similar o más expedita que el mismo hábeas corpus. Recordemos que mediante el amparo se protegen derechos como a la vida, a la salud, al ambiente, a la propiedad, derechos laborales, etc., que al igual que los derechos tutelados por el hábeas data requieren de resolución en plazos perentorios. Además, debe el legislador cuestionarse, si al conceder esta nueva competencia a la Sala, ya saturada de asuntos, y al establecerse plazos preferentes en relación con el amparo, se estaría contribuyendo con la situación actual de saturación de este órgano y consecuentemente se estaría dando aun más al traste con el instrumento del amparo, cuando se trate de otros derechos, pero sobre todo, con las mismas funciones que en la actualidad y que con prioridad debe conocer la Sala como lo son las acciones de inconstitucionalidad y el mismo hábeas corpus. De ahí que consideremos que si bien la introducción de la figura del hábeas data, podría incrementar el ámbito de protección de los ciudadanos en la tutela de los derechos fundamentales, tal objetivo se podría lograr, creando la figura protectora de los derechos de fondo, pero utilizando los procedimientos actuales que tiene la ley de la jurisdicción en materia de amparo y de amparo contra particulares⁴⁰.

procesalmente es verificable... El hábeas data perdería su razón de ser si llega tarde, si no llena las expectativas de tutela y, sobre todo, si la fase de prevención es soslayada”. V., CHIRINO, *op. cit.*, *El hábeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley*. folios 166-167.

40. Informe jurídico elaborado por la Licda. FALLAS VEGA, Elena, Area de Derecho Constitucional, Expediente n° 12827.

(b) *Colegio de Abogados*

En resumen este ente corporativo considera que se requiere de una reforma constitucional para introducir el recurso de hábeas data dentro de la legislación costarricense. Dice al respecto: “De consiguiente, para introducir el Hábeas Data como un *amparo específico*, debe estar consagrado, a nivel constitucional o, por lo menos, supralegal -tratados, convenios, etc. (artículo 7 de la Constitución Política) el derecho a la *libertad informática* o a la *autodeterminación informática*”⁴¹.

Agrega además el Colegio de Abogados que es suficiente con el recurso de amparo para proteger estos derechos.

(c) *Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica*

La criterio de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante, CCSS) está en desacuerdo con la creación de este instrumento pues considera que es suficiente con el recurso de amparo. Al respecto señala: “Sin duda se trata de una institución novedosa en nuestro medio jurídico, probablemente porque en la realidad social no se ha presentado una auténtica necesidad de tal recurso. Por esta última razón, en principio consideramos innecesario, en el momento actual, legislar al respecto... En cuanto a los intereses de esta institución, un recurso como el que se pretende crear, sería indiferente. Con tal instrumento de protección de los datos personales o sin él, tenemos clara conciencia, con base en la Ley Constitutiva de la Caja, que toda la información a que se tiene acceso en razón de los cometidos constitucionales y legales que se deben alcanzar, le pertenece a su dueño y que está protegida por la confidencialidad y por el secreto profesional, en el caso de la atención médica, sin perjuicio de los propósitos estadísticos que por su propia naturaleza no deben afectar en ningún caso el derecho a la intimidad”⁴².

(d) *Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*

Con fecha 23 de julio de 1997, Oficio N° 249-SP-97, la Corte Suprema de Justicia envía su criterio a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, conformado por un estudio muy bien fundamentado sobre los aspectos que merecen mayor consideración en la iniciativa. En términos generales, señala: “No existe sin embargo, ninguna norma constitucional o convencional que venga a deslindar claramente, el contenido del derecho por cuyo ejercicio ha de velar el hábeas data; y en tales términos, debe tomarse en cuenta la necesidad imperiosa de impulsar, como en otros países ya se hizo -y se acepta en la exposición de motivos del proyecto- una reforma constitucional que establezca los alcances de ese derecho, sus titulares y los límites a su ejercicio, dado que no es la reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional -texto de carácter instrumental- la vía idónea para ello, ni resulta conveniente dejar su desarrollo a creación meramente jurisprudencial. En esa tesitura, la incorporación de un nuevo capítulo en la ley número 7135 como se pretende, únicamente debería tener por objeto la regulación del procedi-

41. Nota del Colegio de Abogados enviada el día 1 de julio de 1997 al Dr. TREJOS S., Gerardo, Presidente de Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo n° 12827, p. 99.

42. Nota enviada por la Caja Costarricense del Seguro Social, Oficio n° 9295 del 8 de julio de 1997 al Dr. TREJOS SALAS, Gerardo, Presidente de Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo n° 12827, p. 122.

miento a seguir cuando se esté ante la violación al derecho fundamental, más no la definición misma del derecho, pues ello excede la naturaleza del cuerpo procesal cuya modificación se pide, y constituye, por el contrario, un asunto de resorte exclusivo del legislador constituyente derivado”⁴³.

Con relación a otros comentarios interesantes sobre el proyecto de ley, la Corte indica que es necesario hacer la diferencia entre la base de datos de particulares y de entes estatales, pues el recurso de amparo contra particulares es excepcional y no puede dársele el mismo tratamiento que con entidades públicas.

En cuanto al punto esencial del proyecto, cree la Corte que se tiende a confundir pues señala: “En realidad el derecho constitucional que se tutela a través de dicha figura procesal consiste en solicitar y obtener la información que interesa, o su modificación, corrección, supresión o exclusión, y sólo en caso de que ello le sea negado, se podrá acudir a la Jurisdicción Constitucional. El hábeas data es únicamente el recurso o mecanismo para hacer efectivo el derecho del amparado -derecho que es preexistente a la intervención de la Sala...”⁴⁴.

Aclarando este punto en la Comisión, el Dr. Piza Escalante (q.p.d) en su audiencia manifiesta: “Quiero que quede claro, que no es que nosotros hemos dicho que haya que reformar la Constitución. Lo que dice el informe de la Corte es que es más propio de una ley sustantiva, es decir, de la Constitución o de una ley sustantiva para definir el derecho mismo, porque la Ley de la Jurisdicción Constitucional es una norma de carácter procesal y lo que debería tener son los procedimientos”⁴⁵.

Es importante apuntar que este es un aspecto de gran discusión, pues la Ley de Jurisdicción Constitucional es eminentemente procesal y por ello, en un primer momento se replanteó este cuestionamiento con respecto al recurso de hábeas data, pues se incluían normas propias de derecho sustantivo, aspecto que siempre quedó plasmado en el último texto aprobado.

(e) *Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez*⁴⁶, sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa

El planteamiento que esboza el Dr. Chirino a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, que estudió el proyecto de ley de Hábeas Data, se presenta desde la perspectiva de la evolución legislativa y doctrinal del derecho a la autodeterminación informativa, de sus posibilidades en el ordenamiento constitucional costarricense y de los distintos retos de orden jurídico que evidencia el tratamiento de los datos personales. Desarrolla y enumera los problemas que dan sentido a la iniciativa, puntualizándolos de la siguiente forma: ubicación en la sociedad de la información; clarificar la aparente antinomia entre hábeas data y derecho a la autodeterminación informativa y la posibilidad de re-

43. Nota enviada por la Corte Suprema de Justicia mediante Oficio n° 249-SP-97 de fecha 23 de julio de 1997 al Dr. TREJOS SALAS, Gerardo, Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo n° 12827, p. 127.

44. *Ibid.* p. 128.

45. V., Acta n° 32, Expediente Legislativo 12827, *op. cit.*, p. 138.

46. El Dr. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, es un connotado jurista y experto costarricense en materia informativa. Profesor de Derecho Penal e Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Es el Director de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado Suplente de la Sala Tercera de la Corte. Una de sus obras que interesa a este tema es: *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, CONAMAJ, 1997.

solverlo con una regulación de orden procedimental; y finalmente, una reflexión crítica sobre el proyecto de ley⁴⁷.

En forma resumida, el Dr. Chirino manifiesta entre sus ideas esenciales las siguientes:

-En cuanto a la sociedad de la información, la recogida, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos personales, se han convertido en una actividad altamente lucrativa en donde la información de las personas va de un lado a otro en cuestión de segundos. Esta información tiene un precio muy alto para las grandes empresas.

-El contexto se ve determinado por el desarrollo tecnológico que lleva a un procesamiento de datos altamente sofisticado y a la transmisión de información en forma virtual desde cualquier parte del planeta. Son estas las autopistas de la información. En este sentido, el derecho a la intimidad requiere de un replanteamiento para su protección y equilibrar los intereses de los ciudadanos con el desarrollo informático.

-Señala el Dr. Chirino en su estudio que en América Latina, siguiendo una tradición distinta a la de Europa, se ha escogido por la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, por medio del recurso de hábeas data, el cual permite al ciudadano un acceso a la jurisdicción a fin de obtener conocimiento de los datos a que él se refieren, y que pueden estar en manos tanto del Estado como de los particulares. Se solicita con este recurso la supresión, rectificación o actualización de las informaciones que sean imprecisas, incorrectas o dañinas a la intimidad. Del mismo modo, indica el autor que el hábeas data como remedio procesal, se entiende doctrinalmente como la realización del derecho a información del ciudadano frente al tratamiento de sus datos y de la facultad de revisión y control de las informaciones a fin de impedir o prevenir lesiones al derecho de intimidad o a otros derechos fundamentales. Propone en este sentido, un afinamiento de los conceptos. Se debe entender por autodeterminación informativa: "un moderno bien jurídico que pretende garantizar al ciudadano una tutela frente a un Estado totalizante y una sociedad panóptica y frente a un procesamiento de datos privados que, con el lema de la *producción de libertad* en la sociedad de mercado, pretende canjear nuestra libertad por una cómoda personalidad de cristal, transparente para cualquier fin de interés económico o de cualquiera otra clase"⁴⁸.

Entre las conclusiones y aportes que esboza el Dr. Chirino sobre el texto original del proyecto analizado tenemos:

-Una hipótesis que no fue incluida en el proyecto de ley fue el supuesto en que el Estado, justificado en fines públicos, como la investigación de delitos, persiga información personal de sospechosos y personas inocentes a fin de realizar pesquisas electrónicas mediante comparación de grandes cantidades de datos o mediante la reunificación de datos que han sido entregados a distintas organizaciones públicas y privadas con otros fines distintos a los de la investigación criminal.

-Plantea preferiblemente una legislación integral, más que una tutela procedimental, en razón de la necesidad de que exista una declaración de fondo sobre el derecho del ciudadano a su autodeterminación informativa y los principios que informan el tratamiento de datos personales en el Estado de Derecho.

-El proyecto de reforma es de suma importancia para completar las garantías del Estado de Derecho de Costa Rica, y constituye una iniciativa de gran calidad en la región.

47. Expediente Legislativo nº 12827, Tomo I, folio 154 a 187.

48. V., Expediente Legislativo nº 12827, Tomo I, folios 164-165.

En la comparecencia ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el Dr. Chirino refiriéndose a la autodeterminación informativa indicó: “El derecho de la autodeterminación informativa no es un derecho a ultranza, no es un derecho que lo incorpore todo o que cree un derecho de propiedad sobre los datos. El derecho de la autodeterminación informativa es un derecho con límites y estos límites están básicamente en el interés público del Estado, para conocer las informaciones de los ciudadanos para efectos legales. Es decir, si por vía de una ley se establece la necesidad de que ciertos datos sean conocidos por los ciudadanos, el derecho a la autodeterminación informativa tiene que ceder”⁴⁹.

C. Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica

Una vez superada esta primera fase de discusión en donde el texto original, recibió críticas y aportes, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos con base en todas estas ideas y comentarios, pasaron el estudio del proyecto de ley a una Subcomisión, la cual presentó su informe proponiendo un texto sustitutivo de la iniciativa original. Este informe de la Subcomisión fue acogido para análisis nuevamente por la Comisión, dando lugar a un Dictamen Afirmativo de Mayoría que modifica en algunos aspectos el texto inicial. Entre las principales diferencias tenemos:

-El texto original omitió una norma que definiese de manera general, el alcance de los derechos a protegerse. En el artículo 71 actual incluye esta conveniente norma.

-El proyecto original dividía el recurso de hábeas data propio y en hábeas data impropio. En este texto se retoma la propuesta del texto sustitutivo de eliminar el hábeas data impropio, manteniendo solamente el propio. La principal razón, es que aún cuando lo que este recurso pretendía proteger la libertad informática. El remedio podría ser más dañino que el problema original, fue el criterio mayoritario de los expertos que podría provocar abusos por parte de autoridades públicas, por esta razón se eliminó.

-Una de las principales observaciones, sobre las excepciones al derecho a solicitar información personal fue que debía excluirse “la petición de información sobre la cual verse una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no hubiera concluido el proceso investigativo”. Esta importante sugerencia de don Rodolfo Piza Escalante fue acatada.

-Se incluye, además, principios para el tratamiento de datos personales, tanto en el ámbito público como en el privado, para garantizar el adecuado tratamiento de datos e información personales.

-La inclusión de definiciones. Teniendo claro que no es de buena técnica legislativa, pero después de importantes consultas, se acordó incorporar estas definiciones, pues su contenido es bastante técnico, lo que permitirá una adecuada interpretación por parte de quienes imparten justicia⁵⁰.

Una vez aprobado este Dictamen Afirmativo de Mayoría, pasó a la Presidencia de la Asamblea Legislativa, quien mediante la aprobación en el Plenario de una moción delegatoria se trasladó el estudio del proyecto del Hábeas Data a la Comisión Legislativa Plena Segunda o Miniplenario (en adelante, Comisión Plena) con el fin de entrar a conocerla.

49. Expediente Legislativo n° 12827, Tomo I, folio 206.

50. V., Expediente Legislativo n° 12827, Tomo II, folios 361-362.

D. Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda⁵¹

Con fundamento en el artículo 160 del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (en adelante Reglamento)⁵², se delegó el conocimiento de este proyecto para su aprobación a la Comisión Plena.

Para el estudio de la Comisión Plena, el Departamento de Servicios Técnicos emite una “Minuta de Expediente”, en donde se da: una descripción básica de la iniciativa; propósito del proyecto; consultas realizadas a instituciones y aspectos de constitucionalidad. Sobre este último punto, el Lic. Guillermo Vargas, Letrado del DST, manifestó en su momento: “En virtud de lo dispuesto por los numerales 96 inciso a) y 98 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley N° 7128), el presente proyecto debe ser consultado preceptivamente a la Sala Constitucional luego de ser aprobado en primer debate por la Comisión Plena (artículos 165 y 143 del Reglamento de la Asamblea Legislativa⁵³)”.

En la discusión del proyecto de Hábeas Data en la Comisión Plena, se presentan diversas mociones. Citamos aquellas que merecen algún comentario:

-Moción 4-2

El artículo 75 del Dictamen Afirmativo de Mayoría, quedó redactado en la siguiente forma:

Artículo 75. El recurso podrá ser interpuesto por:

1. La persona física.
2. Los herederos del difunto.
3. Las personas jurídicas.

51. Mediante reforma parcial a la Constitución Política de la República de Costa Rica, se introdujeron las Comisiones con potestad legislativa plena o miniplenarios, las cuales tienen también la competencia para aprobar leyes. Así el artículo 124 de la Constitución Política indica: “Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de dos debates, cada uno en distinto día no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales. No tienen el carácter de leyes, y por lo tanto, no requieren los trámites anteriores los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23), y 24) del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial. La Asamblea Legislativa puede delegar, en comisiones permanentes, el conocimiento y la aprobación de proyectos de ley. No obstante, la Asamblea podrá avocar, en cualquier momento, el debate o la votación de los proyectos que hubiesen sido objeto de delegación. No procede la delegación si se trata de proyectos de ley reactivos a la materia electoral, a la creación de los impuestos nacionales o a la modificación de los existentes, al ejercicio de las facultades previstas en los incisos 4), 11), 14), 15) y 17) del artículo 121 de la Constitución Política, a la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para cualquier efecto, y a la reforma parcial de la Constitución Política. La Asamblea nombrará las comisiones permanentes con potestad legislativa plena, de manera que su composición refleje, proporcionalmente, el número de diputados de los partidos políticos que la componen. La delegación deberá ser aprobada por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y la avocación, por mayoría absoluta de los diputados presentes. El Reglamento de la Asamblea regulará el número de estas comisiones y las demás condiciones para la delegación y la avocación, así como los procedimientos que se aplicarán en estos casos. La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas”.

52. El artículo 160 del Reglamento de la Asamblea Legislativa dice: “1. Procede la delegación de proyectos dictaminados o de proyectos a los que se les hayan dispensado los trámites, de conformidad con el artículo 177 de este Reglamento, siempre y cuando se encuentren en la Agenda Parlamentaria del Plenario y no hayan sido aprobados en primer debate. La moción que solicite la delegación de uno o de varios proyectos deberá indicar a cuál Comisión Legislativa Plena se asignan...”

53. Ambos artículos del Reglamento se refieren al control previo de constitucionalidad, establecido tanto en la Constitución Política de Costa Rica, como en el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de Jurisdicción Constitucional.

4. El Defensor de los Habitantes, y
5. Las asociaciones representativas de los habitantes, por actos de discriminación.

En la Comisión Plena, se presenta la moción 4-2 de los ex-diputados Sancho Chavarría, Chamorro Santamaría y Vílchez Cascante (período 1998-2002) que dice: “Para que se eliminen los incisos 4 y 5 del artículo 75 del proyecto en discusión”. Los legisladores proponentes de esta moción, consideran que el recurso de hábeas data protege básicamente la gestión individual del ciudadano o de la persona jurídica y que la Defensoría de los Habitantes y las asociaciones representativas, defienden interés públicos, no particulares y por ello consideran que es contradictorio. Manifiestan que no se puede mezclar un recurso de hábeas data con otros recursos u otros sistemas de defensa que tienen como centro de atracción el interés público. El ex-diputado Pacheco Salazar, consideraba que no se debía eliminar estos incisos debido al caso de los menores o incapaces, que quedarían en la imposibilidad de presentarlo, sino a través de una entidad que los representara. Una vez discutida la moción, se votó, recibiendo trece votos afirmativos y tres negativos. Por tal razón, se eliminó del artículo 75 del proyecto de ley la posibilidad de que el Defensor de los Habitantes y las asociaciones representativas de los habitantes tuvieran la legitimación para interponer el recurso de hábeas data.

-Moción 4-3

El artículo 72 inciso d) quedó redactado en el Dictamen Afirmativo de Mayoría de la siguiente forma: “Artículo 72. El recurso de hábeas data podrá plantearse en los siguientes casos:...d) procederá el recurso de hábeas data también para solicitar informaciones que han sido declaradas secreto de Estado, de la información solicitada, se ajusta a los requerimientos constitucionales”.

La moción 4-3, dice textualmente: “Para que el inciso d) del artículo 72 se lea de la siguiente manera: “Artículo 72.-...d) procederá el recurso de hábeas data también para solicitar informaciones que han sido declarada secreto de Estado. La Sala, en pleno, deberá determinar si la declaración de secreto de Estado, de la información solicitada, se ajusta a los requerimientos constitucionales. Para los efectos de esta norma, secretos de Estado son lo asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones de seguridad nacional pendientes”.

Consideran los ex-legisladores proponentes de la moción que establecer una definición del secreto de Estado en el artículo mismo, procura dejar claro a los ciudadanos su concepto, buscando una información plena y transparente. La moción tuvo ocho votos a favor y siete en contra, situación que dio lugar a la aprobación de esta.

Pese a que la moción fue vista positivamente por la mayoría, consideramos en forma crítica que el concepto de secreto de Estado que se incorpora a la norma es muy restrictivo, además de que no es conveniente desde el punto de vista de la técnica legislativa, introducir definiciones, pues las mismas en su contenido son modificadas con el transcurso del tiempo, quedando en desuso la norma. Ahora bien, el tema del secreto de Estado es un tema muy amplio que no se puede limitar a una mera noción, involucra necesariamente toda una normativa base que le da sustento a esta potestad de imperio del Estado.

-Moción 4-4

El artículo 75 inciso 1, se refiere a la persona física, como uno de los sujetos que tienen la legitimación para interponer el recurso de hábeas data.

La moción 4-4 presentada por el ex-diputado Pacheco Salazar (1998-2002), señala: “Para que el inciso 1) del artículo 75, se lea así: “1) La persona física, o su representante en el caso de menores o incapaces”.

Esta moción lo que buscaba era agregar entre los sujetos legitimados para interponer el recurso de hábeas data, a los representantes de menores o incapaces. Su discusión se había anteriormente y presentó para estudio la moción 4-2, siendo aprobada por unanimidad.

Una vez incorporadas algunas de las mociones que hemos indicado, se aprueba el texto en Primer Debate de la Comisión Legislativa y consecuentemente pasa a consulta en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, debido al control previo que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

E. Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones.
Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado
en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda

Creemos conveniente transcribir los artículos de la iniciativa original propuesta por el ex-diputado Urcuyo Fournier, con el objetivo de plantear una valoración crítica de cada uno de ellos. Se anotarán junto a cada norma, las recomendaciones planteadas por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (en adelante CSJ); el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (en adelante DST); el Instituto Nacional de Seguro de Costa Rica (en adelante INS); la Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica (en adelante CCSS); y el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, experto en la materia (en adelante Dr. Chirino). Además de estos comentarios, elaboramos de cada norma un cuadro comparativo, con el fin de observar las diferencias entre el texto original y la redacción final.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final.
<p><i>Artículo 71.</i> Hábeas data propio. A través del recurso de hábeas data, toda persona física o jurídica, podrá conocer lo que conste de la misma o sobre sus bienes, en registro, archivos, listados o bancos de datos, sean manuales, mecánicos, Electrónicos o informatizados, públicos o privados, así como la finalidad a que se destine esta información, y a requerir su rectificación, actualización, inclusión, confidencialidad o cancelación inmediata. Ningún dato será proporcionado a tercero, salvo que tenga un interés legítimo. La manipulación de la información y de los datos no podrá vulnerar la intimidad, la autodeterminación informativa y el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades, salvo que sea para fines estadísticos.</p> <p>El recurrente solicitará la declaratoria de ese derecho a su favor, y si se llega a determinar, luego de analizado el caso por el juez, que tal derecho es válido o legítimo, así lo declarará, y además, tendrá que responder a todas las pretensiones que tenga el recurrente para que haga posible el ejercicio de tal derecho.</p>	<p><i>Artículo 71.</i> El recurso de hábeas data tiene por objeto proteger de manera procedimental el derecho de la persona a su intimidad, imagen, honor, autodeterminación informativa y libertad informática en el tratamiento de sus datos personales. Asimismo, es objeto de este recurso garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos y las libertades concernientes a los datos y la información de carácter personal.</p>

Observaciones al texto original del hábeas data. La CSJ recomendaba cambiar el epígrafe por Hábeas data personal. Propone modificar el contenido de la norma. La CCSS propone precisar el contenido de la norma pues encuentra conceptos jurídicos indeterminados. El DST, en esta disposición indica que se regulan aspectos de forma y fondo que deben ser separados con el fin de no confundir su interpretación. Debido a esta serie de aportes el artículo 1 del texto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa incluye en forma precisa los derechos que protege el recurso de hábeas data, mencionando entre ellos: derecho a la intimidad, imagen, honor, autodeterminación informativa, libertad informática en el tratamiento de datos personales. Además se define el hábeas data como mecanismo procesal.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final.
<p><i>Artículo 72.</i> El hábeas data impropio. Por medio del recurso de hábeas data se garantizará el derecho a solicitar información contenida en estos registros, listados, archivos o bancos de datos, aunque la información no verse sobre su persona o sus bienes, siempre y cuando el sujeto demuestre que tiene un interés legítimo para acceder a esta información. Este recurso procederá, asimismo, para información declarada como secreto de Estado, siendo el magistrado instructor quien deberá determinar si efectivamente esta información merece el calificativo.</p>	<p>Debido a las recomendaciones planteadas, esta norma se suprime.</p>

Observaciones al texto original del hábeas data. La CSJ solicita se suprima esta disposición, ya que se trata de la posibilidad de que una persona solicite datos de terceros, pero el Hábeas Data protege derechos personalísimos, de ahí que sea contradictorio. Si es frente a entidades públicas, puede aplicarse el 30 constitucional. La CCSS considera como defecto fundamental que se reserve la definición de lo qué es o no es secreto de Estado⁵⁴ al Magistrado instructor. El DST no hace comentario. El INS hace la salvedad de que los contratos de seguro son expedientes que contienen información cubierta por el secreto profesional, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica (Voto N° 5466-93). El Dr. Chirino, considera que una figura como el hábeas data impropio merece un análisis aparte. Le interesa el supuesto mediante el cual terceros pueden pedir datos personales que no les pertenecen siempre que demuestren interés legítimo. Manifiesta que la base de este recurso no está en el sentido de la tutela de derechos personales, sino mucho más en el derecho de información, sin embargo, el prelegislador no previno, aparentemente, por ejemplo, los casos de difícil equilibrio constitucional cuando con base en el ejercicio del derecho a informar a otros, la prensa exija el acceso a datos e informaciones de personas que sean de interés para la investigación periodística. En dichos casos, el interés legítimo lo harán brotar los medios de comunicación. Agrega el Dr. Chirino que en el derecho comparado se introduce además del interés legítimo, el requisito de proporcionalidad. Otro punto que no es considerado en la iniciativa, es el que se refiere al tema del derecho de información del afectado, es decir, al entregar datos de otra persona a un tercero que está interesado legítimamente en ellos, se debería de condicionar a que el afectado reciba información sobre quién

54. Sobre el tema de secreto de Estado, ver el Capítulo II de mi libro *El libre acceso a los Departamentos Administrativos y el secreto de Estado*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, San José 1996.

tiene interés en sus datos, su motivo y circunstancias, entre otros. Finalmente, considera conveniente la supresión del *hábeas data impropio*, por los anteriores motivos y que sea el legislador el que regule las hipótesis específicas en que es posible a un tercero el acceso a datos personas del ciudadano. Como lo anotamos en el cuadro comparativo, se elimina la norma en el texto aprobado en primer debate de la Comisión Legislativa, debido especialmente a la indeterminación de su contenido.

En el texto final aprobado por la Comisión Legislativa, el artículo 72 pasa a referirse a los casos en que se puede plantear el recurso de hábeas data. Al respecto dice:

Artículo 72. El recurso de hábeas data podrá plantearse en los siguientes casos:

- a) Toda persona, física o jurídica, podrá plantearlo para conocer lo que conste sobre sí misma o sus bienes en registros, archivos, listados o bancos de datos, sean manuales, mecánicos, electrónicos o informatizados, públicos o privados. No podrán solicitarse datos sobre una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no haya concluido el proceso investigador.
- b) La pretensión del recurso de hábeas data puede consistir en solicitar información sobre la finalidad de los datos personales recogidos, su destino final y su eventual entrega en otros lugares de procesamiento de datos distintos del lugar que, en primera instancia, recolectó los datos.
- c) Mediante el recurso de hábeas data podrá requerirse la rectificación, actualización, inclusión, confidencialidad o cancelación inmediata de los datos personales que están en poder del lugar de tratamiento de los datos, ya sea público o privado.
- d) El recurso de hábeas data también procederá para solicitar informaciones declaradas secreto de Estado. La Sala en pleno deberá determinar si tales informaciones se ajustan a los requerimientos constitucionales. Para los efectos de esta norma, secretos de Estado son los asuntos en tramitación, de carácter diplomático o referidos a operaciones de seguridad nacional pendientes.
- e) Podrá plantearse el recurso de hábeas data cuando se haya lesionado alguno de los principios relacionados con el procesamiento de datos personales descritos en el artículo 73.
- f) El afectado podrá impugnar, mediante la presentación del recurso de hábeas data, los actos administrativos o las decisiones de carácter particular que impliquen una valoración de su comportamiento, cuya única base sea un tratamiento de datos personales que defina sus características o personalidad.

Esta disposición establece los supuestos en que puede plantearse el recurso de hábeas data, desarrollando de esta forma una serie de incisos que regulan aspectos diferentes de protección de estos derechos. Así tenemos, por ejemplo que toda persona física o jurídica podrá plantear el recurso para conocer los datos que consten en registros o archivos, públicos o privados. Constituye esto la esencia misma del recurso, además de la supresión de la información cuando así se solicite por afectación de algún derecho.

Del mismo modo, se agrega un artículo 73 relativo al tratamiento de datos personales y los principios que deben respetarse. La norma quedó redactada de la siguiente manera:

Artículo 73. El tratamiento de datos personales, tanto en el ámbito privado como público, deberá respetar y seguir los siguientes principios:

- a) Sólo podrán recogerse datos de carácter personal para someterlos a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se han obtenido. Así se asegura el principio de calidad de los datos.
- b) Los datos personales objeto de tratamiento, no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que fueron recogidos.
- c) Los datos personales que se consignen en un determinado registro informatizado o manual han de ser exactos y puestos al día de forma que respondan verazmente a la situación real del afectado.

- d) Los datos de carácter personal serán cancelados cuando ya no sean necesarios ni pertinentes para la finalidad por la cual fueron recabados y registrados.
- e) Los datos de carácter personal deberán ser procesados de manera que el afectado pueda acceder a ellos.
- f) No será permitida la recolección de datos por medios fraudulentos, desleales ni ilícitos.
- g) El afectado deberá recibir información acerca del tratamiento de sus datos personales, de los objetivos o fines de dicho tratamiento, de los derechos que le competen según esta ley para acceder los datos que, sobre su persona, estén consignados en el banco de datos, quiénes realizarán el tratamiento de datos y de cómo podrá ejercer su derecho de acceso a los datos y la revisión.
- h) El tratamiento automatizado de datos personales requerirá el consentimiento del interesado, salvo que la ley disponga otra cosa. Sin embargo, este consentimiento no será necesario en los casos de datos personales recogidos de fuentes accesibles al público o cuando se reúnan para fines de la Administración Pública en el marco de sus competencias legales o cuando se refieran a personas vinculadas por una relación de negocios, laboral, administrativa o un contrato y dichos datos se necesiten para mantener las relaciones o cumplir el contrato.

Esta disposición de naturaleza sustantiva establece parámetros generales en el tratamiento de los datos personales, tanto en el ámbito público como privado.

Texto original del hábeas data.	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final.
<i>Artículo 73.</i> Trámite prioritario. El recurso de hábeas data recibirá trámite prioritario sobre el recurso de amparo y deberá ser resuelto en un plazo no mayor a ocho días hábiles.	<i>Artículo 74.</i> El recurso de hábeas data recibirá el trámite establecido para el amparo. Se resolverá con prioridad respecto a otros recursos de amparo, salvo los fundamentados en el derecho de rectificación y respuesta y el de petición. Deberá dictarse sentencia a más tardar cinco días naturales después de recibidas las pruebas del caso.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ señala que se busca dar trámite prioritario a este recurso (8 días hábiles). El proyecto no contiene una referencia al procedimiento a utilizar para la decisión del Hábeas Data. Se recomienda modificar el contenido de la norma, en donde se señale expresamente que el Hábeas Data recibirá el trámite establecido para el Amparo. La CCSS, dice que no establece a partir de cuando rige el plazo de 8 días. El DST reitera las observaciones anteriores. La redacción final de la norma incluye aquellas consideraciones planteadas, disminuyendo el plazo a cinco días naturales el plazo para dictar sentencias después de recibidas las pruebas.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final.
<i>Artículo 74.</i> Legitimación. El recurso podrá ser interpuesto por: <ol style="list-style-type: none"> 1. La persona física. 2. Los herederos del difunto: ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge por los derechos del difunto. 3. Las personas jurídicas. 4. El Defensor de los Habitantes, y 5. Las asociaciones representativas de habitantes, por actos de discriminación. 	<i>Artículo 75.</i> El recurso podrá ser interpuesto por: <ol style="list-style-type: none"> a) La persona física o su representante, en el caso de menores de edad o incapaces. b) Los herederos del difunto. c) Las personas jurídicas.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ sugiere eliminar los incisos 4) y 5) por que el recurso protege derechos personalísimos. La CCSS solicita corregir derechos por datos de difunto. El DST plantea una serie de ideas sobre la legitimación dentro de la misma línea de criterio que la CSJ. Se eliminan los incisos cuatro y cinco en razón de los intereses generales que representan tanto al Defensor de los Habitantes como a las asociaciones representativas de habitantes por actos de discriminación.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final
<p><i>Artículo 75.</i> Requisitos. La petición inicial deberá reunir los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El nombre y el domicilio de quien interponga el recurso, ya sea persona física o jurídica. 2. La individualización del archivo, listado, registro o banco de datos sobre el que se quiere pedir informes o, en su caso, la institución o persona a cuyo cargo se encuentra. 3. La relación circunstanciada de los datos presuntos en el registro, listado, archivo o banco de datos y el perjuicio que estos pudieran causarle. 4. El requerimiento de la medida por tomar sobre estos datos si se conocieran o denunciaran previamente, sin perjuicio de ampliar, con posterioridad al informe, tal requerimiento. 5. Acompañar la prueba que tuviera a su disposición. 6. La petición en términos claros y positivos. <p>El recurrente deberá expresar cada una de sus peticiones por aparte, y si tiene pretensiones indemnizatorias, deberá exponerlas junto con las razones que las justifiquen, y el daño producido o por producirse.</p> <p>Deberá decirse si el recurso es interpuesto para efectos del ejercicio de la autodeterminación informativa, o si se trata de derecho al acceso a la información que le concierne. Se consignarán los derechos aparentemente violados o en peligro de ser violados y las razones.</p> <p>Para los efectos de este artículo, se estará a lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 38 de la presente ley.</p>	<p><i>Artículo 76.</i> El escrito inicial deberá reunir los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) El nombre y domicilio de quien interpone el recurso, ya sea persona física o jurídica. b) La indicación de cuál es el dato o la información personal que se controlará mediante el ejercicio del hábeas data, así como la relación circunstanciada del daño o perjuicio que el tratamiento automatizado le ha causado o pueda causarle. c) La identificación de la persona, oficina o institución que realizó el tratamiento de datos personales y la forma como se recolectó la información. Además, podrá incluirse una referencia de los lugares probables donde se conservan los datos o las informaciones de carácter personal objeto de este recurso. d) La indicación del tipo de efectos esperables de la resolución que acoge el recurso de hábeas data. Este requerimiento podrá ampliarse después de presentado el recurso. <p>Acompañar la prueba que tiene a su disposición quien interpone el recurso.</p> <ol style="list-style-type: none"> f) Las pretensiones habrán de indicarse por aparte y, si existe una pretensión indemnizatoria, deberá indicarse en qué consiste el daño o perjuicio, así como la prueba que permita apreciar su cuantía. Cuando no se conozcan con anterioridad los daños o perjuicios ocasionados por el procesamiento de los datos personales, estos podrán ser reclamados después en la jurisdicción correspondiente, mediante el proceso de ejecución de sentencia. <p>Para los efectos de este artículo, se estará a lo dispuesto en los artículos 35, 36, 38 y 43 de la presente ley y, de faltar alguno de los requisitos señalados, el Presidente o el magistrado instructor así lo hará saber al recurrente y le concederá un plazo máximo de tres días hábiles para que corrija lo necesario. Si dentro de este plazo no se corrigen dichas omisiones, el asunto se rechazará de plano.</p>

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ sugiere se modifique la redacción del párrafo tercero con el fin de que se aclare. Se recomienda agregar el artículo 43 de la Ley de Jurisdicción Constitucional en el último párrafo. La CCSS solicita que se interprete el artículo con cuidado por aquello de las indemnizaciones. Se acoge los diversos criterios y además se desarrolla en uno de sus incisos lo referente a los daños y perjuicios.

En la redacción final del proyecto, se agrega un artículo 77 referente a la determinación por parte de la Sala de una lesión al ordenamiento jurídico constitucional. Además se agrega que la Sala debe garantizar que no se divulgue información que afecte al titular. En este sentido señala la disposición:

Artículo 77. Si analizado el asunto, la Sala determina que se produjo lesión constitucional, así lo declarará y dictará las medidas que estime pertinentes para el cabal cumplimiento del fallo.

En todo caso, la Sala deberá velar porque no se divulgue información cuyo titular pueda resultar indebidamente afectado por el conocimiento que terceros puedan tener de ella, e incluso podrá imponerle al recurrente el deber de guardar secreto en relación con lo que conozca en razón de que el recurso interpuesto fue declarado con lugar.

El proyecto además hace referencia a los efectos que surgen de la aceptación del recurso de hábeas data. Se expone en el texto comparativo lo siguiente:

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final
<p><i>Artículo 76.</i> Efectos. El primer efecto del recurso será el de exhibición, el cual podrá ir acompañado del de certificación, en caso de ser solicitado por la parte interesada. Este consiste en dictar una medida para que determinada información pase al conocimiento de las partes. En cualquier caso, la Sala tendrá acceso a la información objeto del recurso, aunque se trate de datos confidenciales.</p>	<p><i>Artículo 78.</i> El primer efecto del recurso será el de exhibición, que podrá ir acompañado del de certificación, si la parte interesada lo solicita. Al admitir el recurso, se ordenará al recurrido aportar la información objeto del asunto. Aunque se trate de datos confidenciales, la Sala tendrá acceso a dicha información; pero deberá tomar las medidas cautelares pertinentes a fin de que el contenido no trascienda de las partes. Asimismo, determinará a cuáles datos tendrá acceso el recurrente.</p>
<p><i>Artículo 77.</i> El segundo efecto del recurso es el de suspensión, y procederá siempre precautoriamente en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Cuando el dato está siendo transmitido y se impugna su confidencialidad, debe suspenderse la transmisión o revelación. b) Cuando se está tratando de incluir un dato que parece ser sensible o confidencial, debe suspenderse la inclusión. c) Cuando la información se impugna por inexacta, falsa o desactualizada, debe suspenderse su transmisión. <p>Cuando seguir transmitiendo la información o seguirla almacenando pueda causar en el futuro, daños irreparables o los esté causando ilegítimamente.</p> <p>Según la urgencia del asunto, si se prevé que se puedan causar daños futuros o inmediatos, el magistrado dictará, al recibir el escrito de interposición, la suspensión del acto o mecanismo que permita la transmisión de los datos o la creación de la central de información en un plazo de veinticuatro horas y por todo el tiempo que transcurra hasta la sentencia, esta disposición surtirá efectos sobre todos los</p>	<p><i>Artículo 79.</i> El segundo efecto del recurso es el de suspensión. Procederá siempre en carácter precautorio en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Cuando el dato se esté transmitiendo y se impugne su confidencialidad, deberá suspenderse la transmisión o revelación del contenido. b) Cuando se trate de la inclusión de datos personales que revelen, entre otros, la ideología, la religión, las creencias, la filiación política, el origen racial, la salud o la orientación sexual de la persona, deberá suspenderse la inclusión de los datos, hasta tanto se determine que existió consentimiento válido del afectado en dicho tratamiento. c) Cuando la información se impugna por inexacta, falsa o desactualizada, debe suspenderse su transmisión. d) Cuando transmitir la información o almacenarla pueda causar en el futuro, daños irreparables o los cause ilegítimamente. <p>Según la urgencia del asunto y para evitar daños futuros o inmediatos, el magistrado instructor, al recibir el escrito de interposición, dictará la suspensión del acto o mecanismo que permita transmitir los datos o crear la central de información en un plazo de veinticuatro horas y por todo el tiempo</p>

registros conexos donde pueda aparecer el dato impugnado. Incurriendo la Sala en responsabilidad civil y hasta administrativa, si por no dictar tal mandamiento, el recurrido sufre perjuicios personales o económicos.	que transcurra hasta la sentencia. Esta disposición también surtirá efectos sobre los registros conexos donde pueda aparecer el dato impugnado. El magistrado instructor o la Sala, en su caso, incurrirá en responsabilidad civil y disciplinaria cuando, por no ordenar tal mandamiento, el recurrente sufra perjuicios personales o económicos.
---	--

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ considera que el contenido de estos artículos debe tratarse en una sola norma. Ambos son relativos a efectos. La CCSS en el artículo 76 considera que es extraño la definición del primer efecto en el sentido de hacer partícipes a la partes del conocimiento de determinada información cuando debería ser solo el gestionante. En cuanto al 77 encuentra un error material con relación a la impugnación de la confidencialidad, cuando más bien debe ser protección de la misma. El DST analiza los artículos 76, 77 y 78 en un comentario, afirmando que en el 77 se utilizan conceptos de difícil precisión como *dato que parece ser sensible o confidencial* y otros. Iguamente hace mención de la suspensión automática aspecto que debe quedar claro por la responsabilidad que trae consigo. El texto aprobado en primer debate de Comisión Legislativa, mantiene la exhibición como primer efecto, debiendo tomarse medidas cautelares para que dicha información no trascienda. El segundo efecto es la sanción y en la norma se precisa la definición de datos personales, entre otros.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redacción final
<p><i>Artículo 78.</i> El efecto de la eliminación o supresión de la información o el dato impugnado se aplicará, inmediatamente, en los siguientes casos:</p> <p>a) Cuando se trate de la recolección de información confidencial con fines de publicación o transmisión a terceros no legitimados para conocerla.</p> <p>b) Cuando se trate de la recolección de datos evidentemente sensibles y no exista un fin legítimo para almacenarlos o transmitirlos.</p> <p>c) Cuando la permanencia de los datos haya perdido su razón de ser, por haber transcurrido una prescripción o por ser inútil tal información, a efectos de cumplir con el fin para el que fueron almacenados.</p> <p>d) En los casos en que figure una información que haya sido obtenida por delito, por desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación al debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.</p>	<p><i>Artículo 80.</i> La sentencia que declare con lugar el recurso ordenará restituir al accionante, en el pleno goce del derecho constitucional conculcado, todo conforme a los numerales 51 a 56 de la presente ley. Además, producirá la eliminación o supresión inmediata de la información o el dato impugnado, en los siguientes casos:</p> <p>a) Cuando exista tratamiento de información confidencial con fines de publicación o transmisión a terceros no legitimados para conocerla.</p> <p>b) Cuando haya tratamiento de datos evidentemente delicados como los aludidos en el inciso b) del artículo anterior, y no exista consentimiento expreso del interesado ni un fin legítimo para realizar sobre ellos un tratamiento.</p> <p>c) Cuando la permanencia de los datos en su fichero haya perdido la razón de ser, porque transcurrió el plazo de prescripción previsto en la ley para cada caso o cuando se haya alcanzado el fin para el cual fueron tratados.</p> <p>d) Cuando figure información obtenida mediante la comisión de un delito, desviación de poder, falta o negligencia del informante o el solicitante de la información, violación de las reglas o los principios del debido proceso o cuando, por conexión, debe eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.</p>

<p>En los casos anteriores, la Sala se pronunciará sobre el otorgamiento de posibles daños y perjuicios por las faltas cometidas.</p> <p><i>Artículo 79.</i> Para efectos de devolver la situación al estado anterior o menos perjudicial, se estará a lo dispuesto en los artículos que van desde el 51 hasta el 56 de la presente ley. (Ley de la Jurisdicción Constitucional).</p>	<p>e) Cuando la información resulte innecesaria para los fines del registro, el archivo, la base de datos o el listado legítimos.</p> <p>En el caso del inciso d) anterior, cuando el dato impugnado figure como elemento probatorio en un proceso judicial incoado contra el afectado, podrá solicitarse que ese dato no sea utilizado como prueba en su contra por haberse lesionado los derechos y las garantías que dan sentido al recurso de hábeas data.</p> <p>Del mismo modo, la Sala ordenará al recurrido efectuar las correcciones, alteraciones o supresiones correspondientes y le concederá un plazo máximo de cinco días hábiles. Vencido este período, deberá verificar el cumplimiento de la orden impuesta. Asimismo, condenará en abstracto al recurrido al pago de las costas y los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se liquidarán mediante un proceso de ejecución de sentencia, en la vía civil o en la contencioso-administrativa, según se trate de particulares o del Estado y sus instituciones respectivamente.</p>
---	--

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ propone modificar algunos aspectos del contenido de este artículo. La CCSS no refiere a la norma y el comentario del DST ya está incluido en las normas anteriores. El Dr. Chirino refiriéndose concretamente al inciso d) de este artículo, señala: “Este inciso d) abre la puerta para que puedan examinarse por vía del hábeas data las posibles lesiones a la autodeterminación informativa que cometan, por ejemplo, las autoridades de las investigación penal cuando, en ejercicio de sus facultades, realicen un procesamiento de datos que no haya sido autorizado de acuerdo a las reglas del debido proceso. El problema es grave y tiene muchas consecuencias tanto al nivel de la práctica de los órganos de la investigación penal como también a nivel del orden constitucional, ya que los ataques de orden informativo son también ataques para los derechos fundamentales, muy especialmente para el derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que los datos que son utilizados en las investigaciones pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya han sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propios del derecho a la protección de datos”⁵⁵. Del mismo modo, un comentario interesante que plantea el Dr. Chirino es la posibilidad de *eliminación de datos*, pues es una herramienta importantísima para que los ciudadanos se protejan frente a posibles lesiones a sus derechos fundamentales producto de la actividad del Estado.

El texto aprobado en primer debate de la Comisión Legislativa a la cual hemos hecho referencia, agrega otras normas de interés que abordan temas como: definiciones sobre datos personales, tratamiento de datos, responsable del fichero y afectado; y otras reformas a la Ley de Jurisdicción Constitucional, que a continuación detallamos con el objetivo de tener todo el panorama de la normativa que fue analizada en la Asamblea Legislativa.

55. V., CHIRINO, *op. cit.*, *El hábeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley*, folios 173-174.

Artículo 81. Para efectos del recurso de hábeas data, se definen los siguientes conceptos:

Datos personales: Información concerniente a personas físicas o jurídicas, identificadas o identificables.

Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos automatizados o no, que permitan la recolección, la grabación, la conservación, la elaboración, la modificación, el bloqueo y la cancelación de información, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

Responsable del fichero: Persona física o jurídica, pública o privada, y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, el contenido y uso del tratamiento.

Afectado: Persona física o jurídica titular de los datos objeto del tratamiento automatizado o manual.

Artículo 2. Refórmase el inciso a) del artículos 2 y el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135, de 11 de octubre de 1989, cuyos textos dirán:

Artículo 2. Corresponderá específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo, los derechos y las libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica. (...)

Artículo 5. La Sala Constitucional regulará la forma de recibir y tramitar los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo, cuando se interpongan después de las horas laborales o en días feriados o de asueto. Para tales efectos, habrá siempre un magistrado de turno, quien les dará el curso inicial.

Artículo 3. Refórmase los actuales artículos 71 y 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135, de 11 de octubre de 1989, los cuales pasarán a ser los artículos 82 y 83 respectivamente. En consecuencia, se corre la numeración de los artículos siguientes. El texto de los artículos será:

Artículo 82. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, a quien reciba una orden que deba cumplir o hacerla cumplir o al jerarca o encargado de una institución o departamento que, conociendo una resolución dictada por la Sala Constitucional en una acción de inconstitucionalidad, recursos de amparo, hábeas corpus o hábeas data, no la acate ni la haga acatar, siempre que el delito no esté penado más gravemente.

Artículo 83. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien dé lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo, hábeas corpus o hábeas data por repetirse, en daño de las mismas personas, las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un recurso anterior declarado precedente.

En el ámbito de las reformas a la Ley de Jurisdicción Constitucional se agrega el hábeas data como otro de los recursos que garantizan protección a los derechos fundamentales. Se establece así mismo, su procedimiento y sanciones de naturaleza penal a quien no cumpla con una sentencia de la Sala Constitucional.

Finalizado este breve estudio comparativo de la propuesta original y el proyecto de ley aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa, observamos que la propuesta inicial tuvo cambios generales y beneficiosos para la aplicación efectiva de este instrumento procesal de naturaleza constitucional. Consideramos desde este punto de vista, que pese a que la iniciativa fue archivada en la Asamblea Legislativa debido al cumplimiento del plazo, este análisis constituirá un antecedente relevante a la hora de que nuevos legisladores se propongan incluir en la corriente legislativa una iniciativa como esta.

F. Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo.
Avocación del Plenario del Expediente. Archivo

Mediante el Voto N° 05958-98 del 14:54 horas de 19 de agosto de 1998 de la Sala Constitucional, se resuelve la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de “Adición de un nuevo capítulo IV, denominado *Del Recurso de Hábeas Data*, al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135, del 19 de octubre de 1989”, que tramita el expediente legislativo N° 12827. En su aspecto medular la resolución señala:

Que la Comisión Legislativa Plena Segunda se apartó de las recomendaciones dadas por la Corte Suprema de Justicia en su informe, pues fueron acogidas únicamente algunas de ellas. El Voto 05958-98 indica que la postura negativa de la Corte Suprema de Justicia tocante a la figura del hábeas data impropio *en general* y al hábeas data respecto a secretos de Estado *en particular* es determinante. Agrega que: “Si bien la mayor parte de las propuestas dirigidas a la Asamblea Legislativa fueron acogidas e introducidas en el texto a la sazón fue votado en primer debate por la Comisión con potestad Legislativa Plena Segunda, debe advertirse que ésta en definitiva se apartó de la recomendación concreta que se cita en el acápite anterior...” Establecido lo anterior, se debe concluir que en la medida en que el texto aprobado por la Comisión Legislativa Plena Segunda diverge de lo oportunamente recomendado por la Corte Suprema de Justicia, se infringe el número 167 de la Constitución Política. Ello es así por cuando “como se expresó arriba” la posibilidad de aprobar una ley que por su contenido o efectos difiera de lo señalado por la máxima instancia judicial, es exclusiva *a su vez* de la máxima instancia legislativa, ya que sólo a través del plenario puede lograrse la mayoría reforzada que aquella norma exige para tal efecto. Ello obliga a decretar la inconstitucionalidad del procedimiento parlamentario seguido en este caso, declaratoria cuya eficacia principia en el acuerdo de delegación tomado en sesión N° 43 del 14 de julio del corriente y se hace extensiva a todos sus actos subsecuentes, incluyendo *desde luego* la aprobación del proyecto de ley en primer debate. Se aclara que esto es así por cuanto, una vez vertido por la Corte Suprema de Justicia un criterio condicional favorable al proyecto de ley (como ocurrió en ese caso), la decisión de apartarse o no de las propuestas que condicionaron en su momento esa aprobación, debe ser prerrogativa exclusiva y excluyente del plenario legislativo y no de la respectiva comisión plena⁵⁶.

El Magistrado Piza Escalante, había redactado una nota separada a esta sentencia, en la cual hace suyo también el criterio de los otros Magistrados en razón de que el procedimiento parlamentario es inconstitucional por violentar el artículo 167 de la Constitución Política de Costa Rica que dice: “Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de los dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea”.

Pese a que acoge el criterio de la mayoría como lo indicamos anteriormente, el jurista si entra a analizar el fondo del proyecto de ley, expresando: “En todo caso, en lo que se refiere al contenido del proyecto, comienzo por aplaudir el hecho fundamental de que se corrigiera el original para dejar en claro que *hábeas data* no es el mecanismo para obtener el acceso a la información personal que garantiza, sino para garantizarlo y restable-

56. V., Expediente Legislativo, n° 12827, folios 458-459.

cerlo frente a su lesión o amenaza de lesión, porque aquel derecho y el consiguiente deber de dar ese acceso son preexistente al recurso, de la misma manera que los de libertad personal preexisten al recurso de hábeas corpus, el cual operan, por definición, cuando aquellos se hayan violado, se estén violando o se amenacen violar...”⁵⁷

En forma resumida hacemos cita de las observaciones que planteaba el Magistrado Piza al proyecto de ley aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda:

-En el artículo 72 inc. a), rechaza la excepción del derecho de las personas a conocer lo que conste sobre ellas en cualquier registro, público o privado, cuando se trate de “una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no haya concluido el proceso investigador”, pues esto es violador del principio del debido proceso.

-En el artículo 72 inc. d), no comparte la definición que se hace de *secretos de Estado*, la cual considera que es inconstitucional y peligrosa, pues no todos los asuntos en trámite de carácter diplomático o referidos a operaciones de seguridad nacional tienen por qué caber en el concepto excepcionalísimo y restringido de *secreto de Estado*. En cuanto al segundo supuesto, señala que propicia la nefasta doctrina de seguridad nacional de tan tristes recuerdos para América.

-En el artículo 73 inc. g), considera que falta un elemento esencial del derecho a la información personal, además de la relativa al tratamiento de datos personales, de sus objetivos y fines y de más ahí consignados: el derecho consustancial de conocer los criterios y métodos utilizados para ese tratamiento, incluyendo los de carácter científico o técnico.

-Sobre los artículos 74, 75 y 76, por su contenido tan complejo, desdican principios fundamentales del recurso de amparo, del cual el de hábeas data no es más que una especie particular.

-Plantea la necesidad de que consigne expresamente de que los derechos protegidos por el hábeas data, lo son también de los causahabientes de la persona fallecida, de los parientes inmediatos o guardadores del menor o incapaz y de los acreedores en los casos de la acción pauliana ya previsto en la legislación común.

-Es conveniente que se advierta de modo claro y expreso que nada tiene que ver el hábeas data como amparo de los derechos fundamentales a la propia información, a la propia imagen o la propia intimidad, con los derechos generales de petición o a la información con fines de interés público, consagrados en los artículos 27 y 30 de la Constitución Política, derechos frente a los cuales la información personal, privativa de su propio titular, y de nadie más, constituye un valladar infranqueable.

Agrega el Magistrado Piza Escalante, la satisfacción por el contenido general del proyecto, aunque sin ser absolutamente necesario, porque, ya la propia Sala Constitucional había reconocido el hábeas data como forma de amparo, resultan altamente conveniente para darle al derecho fundamental a la información personal un tratamiento específico y garantías más adecuadas a su naturaleza especial.

Coincidimos con los criterios esbozados por el Magistrado Piza, y sus aportes al estudio del expediente legislativo, la mayoría de sus propuestas y recomendaciones, ya las hemos desarrollado y defendido en este ensayo, de ahí que no profundizaremos más en ese aspecto.

57. Expediente n° 12827, folio 462.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que el desarrollo e incorporación de instrumentos procesales de naturaleza constitucional que garanticen en una forma lógica y ordenada la protección de los derechos fundamentales beneficia la posición del ciudadano frente al poder público.

La pregunta de si es conveniente o no la incorporación del Hábeas Data ha levantado bastantes criterios al respecto, situación que es común dentro de la ciencia y la doctrina jurídica. Importa aquí determinar más bien, si este instrumento facilitará y garantizará una protección especial en favor de los ciudadanos, acercándose al precepto de justicia pronta y cumplida, pues lo que interesa aquí es que el derecho fundamental del ciudadano sea cubierto de cualquier forma por el ordenamiento jurídico y respetado por los administrados.

En este punto es de interés reiterar uno de los criterios más acertados que hemos puntualizado en el estudio, y es que todo aquello que le garantice una protección más efectiva y amplia de sus derechos fundamentales debe ser bien acogido por los ordenamientos jurídicos internos y por la normativa que regula el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los derechos fundamentales que se protegen con este recurso, son novedosos dentro de normas constitucionales si lo vemos desde el punto de vista de la introducción de la libertad de informática en la Constitución Política de Costa Rica que si la encontramos en otras Constituciones como la de España (artículo 18.4).

Ahora bien el derecho de autodeterminación informativa consiste en el derecho que tiene todo ciudadano de disponer de sus datos personales, en solicitarle por parte de cualquier organización (pública o privada) o sujeto particular el consentimiento para el uso de sus datos teniendo la posibilidad de exigir que dicha información se utilice conforme al marco legal y previo conocimiento de su uso. De acuerdo con este acceso que se tenga de la información la persona tendrá el derecho de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela.

El recurso de Hábeas Data como especie del recurso de Amparo cubre otros derechos relativos a derechos personalísimos, derecho a la intimidad, al honor y a la reputación entre otros, que deben ser considerados por su trascendencia en la sociedad.

El Derecho Comparado es una muestra clara del interés que se tiene a nivel constitucional y legal de introducir esta figura dentro de la normativa. Tenemos ejemplos claros en Argentina, Venezuela y Brasil.

Como hemos comprobado en el tratamiento del tema, la materia objeto del Hábeas Data en la jurisprudencia constitucional costarricense no es novedosa, y se ha aplicado sobre todo en la información que se guarda en Archivos Criminales o de antecedentes de instituciones como el OIJ. En este sentido debemos dejar constancia de que pese a que no ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico costarricense, ya la Sala Constitucional a través de sus votos le ha dado contenido y desarrollo tanto a este recurso como a los derechos fundamentales que protege.

Sin lugar a dudas el proyecto de ley planteado por el Diputado Constantino Urcuyo Fournier, fue un aporte interesante y novedoso en la doctrina constitucional costarricense que ha dado lugar a una discusión sobre la conveniencia o no de introducir dicho instrumento. Lastimosamente esta importante iniciativa fue archivada en la Asamblea Legislativa en noviembre del año 2001. Esperaremos que otros legisladores retomen

este importante instrumento procesal y los derechos esenciales que protege para que se logre su incorporación en la legislación.

Comparto el planteamiento que en su momento hizo el Dr. Rodolfo Piza Escalante, en razón de que el derecho fundamental que se protege en el hábeas data sea regulado en una ley sustantiva o en la Constitución Política, ya que la Ley de Jurisdicción Constitucional es naturaleza procesal. Además de que este recurso respaldará un derecho que está en diversas normas constitucionales. Por ello, al tratarse de este tipo de derechos la interpretación de ser amplia en cuanto a los distintos derechos que se relacionan con el manejo de la información personal.

Debo manifestar finalmente que el tema constituye un aporte a la discusión, procurando darle al lector información reciente y actualizada sobre una de las temáticas que ya están dando lugar a posiciones y criterios de grandes juristas latinoamericanos y de otras latitudes, sobre el desarrollo paralelo que debe llevar siempre el Derecho con los avances en la Ciencia, y de la Tecnología.

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 30 de diciembre de 1999, ha realizado un doble reconocimiento, que resulta capital en el desarrollo de la sociedad democrática. Tal declaración está conformada por dos principios superiores que gobiernan la vida de los hombres libres, iguales y progresistas del mundo occidental. Uno está constituido por la declaración de *Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia*, mencionada en el artículo 2 de la Constitución; y el otro, por la reafirmación de uno de los principios superiores que aspiran todos los hombres civilizados, como lo es el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 26 de la Constitución.

Estas declaraciones han llevado a algunos operadores jurídicos a creer, que se produjo una especie de terremoto en el ordenamiento jurídico, que condujo al desmoronamiento de todas las leyes e instituciones procesales preconstitucionales, lo que parece legitimarlos para reinventar o ensayar *lege ferenda* soluciones jurídicas, que carecen de la más absoluta racionalidad constitucional y legal.

Nada más falso que esa apreciación, pues la concepción de Estado Social de Derecho, no es una creación de la Constitución de 1999, sino el reconocimiento expreso de una tradición constitucional que se remonta al año 1947 y que inspiró la concepción de Estado, que existió durante los treinta y ocho años que estuvo en vigencia la Constitución de 1961¹.

En tanto, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, “le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales”².

Es así, como el derecho a la Justicia, -al igual que otros derechos inherentes a la persona humana-, fue reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

1. COMBELLAS, R., *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 53-58; 89-96.

2. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid 2001, pp. 25-26.

En este sentido, el reconocimiento que realiza el artículo 26 de la Constitución de 1999, no supone la aparición de un derecho nuevo, sino el reconocimiento de un derecho que debe considerarse ha existido desde siempre. Por tanto, esta norma constitucional no ha supuesto la desaparición del ordenamiento procesal vigente; sino la reafirmación de la validez del ordenamiento jurídico preconstitucional, que garantiza el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Ello es así, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no es un fin en sí mismo, sino que es un derecho de naturaleza procesal o adjetiva, que se alcanza a través del ejercicio del derecho al debido proceso, los cuales tienen por objeto garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de contenido sustantivo y como ha señalado la jurisprudencia inveterada y lo ha reconocido recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, siempre que se respete el contenido esencial, es de libre configuración legal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 49, 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución.

En tal virtud, el tema que corresponde abordar está relacionado como la debida articulación del engranaje jurídico, para garantizar el ejercicio de los derechos procesales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, que constituyen unos de los pilares en los cuales se soporta el Estado de Derecho que proclama la Constitución.

La garantía del ejercicio, goce, disfrute, protección y restablecimiento de los derechos constitucionales se puede lograr mediante varias vías procesales, reconocidas en la Constitución y reguladas por las leyes. Una de esas vías, que constituye el objeto de este análisis es el amparo constitucional³, previsto en el artículo 27 de la Constitución, la cual señala:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad de restablecer inmediatamente, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

A los fines de lograr una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré este trabajo en los siguientes aspectos: La naturaleza jurídica de la pretensión conjunta de amparo constitucional (I); La competencia de los órganos jurisdiccionales en el amparo cautelar (II); La pretensión cautelar de amparo constitucional y los requisitos para la admisión del recurso contencioso administrativo (III); La aplicación de la *cautio iudicatio solvi* en los procesos cautelares (IV); El proceso para la tramitación del amparo cautelar (V); Las medidas provisionales o precautelares (VI); Los presupuestos procesales de las medidas cautelares (VII); Las pruebas en el proceso cautelar (VIII); Las formas de terminación del proceso de amparo constitucional (IX); Los modos de impugnación de la decisión cautelar (X); La ejecución de la medida cautelar de amparo constitucional (XI); Las costas en el proceso de amparo constitucional (XII).

3. CHAVERO, R., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001, pp. 20 ss.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La posibilidad de efectuar una pretensión de amparo constitucional, conjuntamente con un recurso de inconstitucionalidad de leyes y demás actos estatales normativos o con un recurso contencioso administrativo de anulación o de abstención, fue establecida por el legislador, en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El primero de éstos artículos, en su único aparte señala:

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia (*rectius: Tribunal Supremo de Justicia*), si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

En tanto que el segundo expresa:

La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria y efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, *suspenderá los efectos mientras dure el juicio*.

Sin embargo, como de las normas transcritas no se evidenciaba la verdadera naturaleza jurídica de tales pretensiones, tal precisión le correspondió efectuarla al Poder Judicial, mediante una interpretación constitucional, progresiva y audaz, de las referidas normas jurídicas.

Es por ello, que seguidamente se hará referencia a las sentencias líderes, tanto las preconstitucionales, como las que se dictaron luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, que contribuyeron a precisar la auténtica naturaleza jurídica de las pretensiones de amparo constitucional conjuntamente interpuestas con los recursos de inconstitucionalidad contra actos normativos o con los recursos contencioso administrativos.

1. El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Banvenez*, al realizar una interpretación de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en un asunto que pasó a constituir un *leading case* dentro de la jurisprudencia, estableció que cuando se interpone un recurso contencioso administrativo, con el objeto de obtener la anulación de un acto administrativo o de obtener una condena contra una conducta omisiva o la negativa expresa de la administración a cumplir un deber legal, conjuntamente con la pretensión de amparo constitucional, debe entenderse que ésta

tiene una naturaleza cautelar, subordinada, accesoria o subsidiaria de la pretensión principal, valga decir, de la anulación del acto administrativo o de la condena de la Administración, a que se realice una determinada actividad y en consecuencia, la pretensión cautelar tiene vigencia temporal, provisoria, mientras se dicta la sentencia sobre el mérito de la controversia.

2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 156, de 24 de marzo de 2000, caso *Corporación L Hotels C.A.*, conociendo de un amparo constitucional contra sentencia, analizó la naturaleza de la pretensión de amparo constitucional, formulada en un recurso contencioso administrativo y señaló:

Las anotadas condiciones demuestran que su naturaleza es cautelar y que tal cautela existe por la urgencia en que se encuentra el que accede a esa acción.

Este carácter cautelar de la acción se resalta en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que permiten que la acción se ejerza conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, a fin de que se suspenda la aplicación de la norma, mientras dure el juicio de nulidad; o que se ejerza conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, a fin de que mientras dure el juicio se suspendan los efectos del acto recurrido.

Tal como se aprecia del texto parcialmente transcrito, el máximo y último intérprete de la Constitución, ha mantenido el criterio, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, de que los supuestos contemplados en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mantienen plena vigencia y que en consecuencia, la pretensión de amparo constitucional conserva su naturaleza cautelar, mientras duren los juicios de inconstitucionalidad, de anulación o abstención que respectivamente contemplan dichos artículos, quedando a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente para conocer de la causa principal, decretar tal medida, si lo considera procedente para la protección constitucional.

III. LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la distribución de las competencias para conocer en materia de amparo constitucional contra los órganos del Poder Público, fue establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en razón al criterio de territorialidad (artículos 1, 7 y 9), al criterio orgánico (artículos 2, 3, 4, 5 y 8), al criterio de la afinidad con los derechos constitucionales denunciados (artículos 7 y 8), y al criterio de la actividad o inactividad lesivas de tales derechos (artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9)⁴.

4. AYALA CORAO, C., y BREWER-CARIAS, A., *La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 1988, p. 12 ss.; RAMÍREZ LANDAETA, B. *Interpretación Jurisprudencial de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Funeda, Caracas 1996. p. 16 ss; LINARES BENZO, G., *El proceso de amparo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Al entrar en vigencia la Constitución de 1999, se creó el orden jurisdiccional constitucional especializado, con competencia para garantizar la protección y vigencia de la misma. En principio, este orden jurisdiccional se encuentra atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 266, numeral 1 y 336 de la Constitución).

Una lectura incorrecta de los artículos 266, numeral 1 y 335 de la Constitución, podría llevar a pensar que el orden jurisdiccional constitucional, lo ejerce de manera exclusiva y excluyente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; pero una interpretación racional de dicha norma rechaza tal conclusión, dado que no se crea un orden jurisdiccional, para que lo ejerza de forma exclusiva, un único órgano jurisdiccional.

En efecto, la Constitución brinda varios ejemplos, que evidencian que el orden jurisdiccional constitucional no es exclusivo, ni excluyente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano éste al cual se atribuyen competencias exclusivas en el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Por ello, todo análisis de la distribución competencial establecida en la Constitución, conduce a una interpretación armónica del artículo 266, numeral 1 en concordancia con los artículos 269 y 334 de la Constitución.

En aras de la racionalidad en la interpretación constitucional, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, máximo y último intérprete ha delimitado el nuevo marco competencial en materia de amparo, de los tribunales que ejercerán el orden jurisdiccional constitucional.

No obstante, escapa al objeto de esta exposición la realización de un estudio exhaustivo de las competencias de los órganos jurisdiccionales de la República, para conocer en materia de amparo.

Ello así, en atención al epígrafe de este trabajo, el presente análisis se circunscribirá, a precisar la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen de procesos, en los cuales es posible plantear la tutela constitucional cautelar.

1. El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 20 de enero de 2000, caso *Emery Mata Millán*, procedió a señalar lo siguiente:

1. Que la Sala Constitucional es competente para conocer en única instancia de las acciones de amparo constitucional, contra las autoridades que se mencionan en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

2. Tal competencia se extiende a aquellos casos en los cuales, los funcionarios actúen por delegación de atribuciones de las autoridades mencionadas en el citado artículo 8 de la Ley.

3. También le corresponde conocer tanto de las acciones de amparo constitucional, que se intenten contra las decisiones de los Juzgados Superiores de la República, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de las Cortes de Apelaciones con competencia penal, que lesionan directa e inmediatamente derechos constitucionales;

como de las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas por éstos órganos jurisdiccionales, cuando hayan conocido en primera instancia.

Señalado esto, la Sala Constitucional procedió a analizar el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y estableció lo siguiente:

Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas.

Al estar vigente el citado artículo 5, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Administración, mediante recursos contencioso administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se encuentra caduca.

Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contencioso administrativos, remitirán a esta Sala [Constitucional] las acciones de amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político-Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas.

Conforme a esta decisión, tanto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como los demás tribunales que señale la ley que regule el orden jurisdiccional administrativo, conservan la competencia en primera instancia, para conocer de los procesos administrativos de anulación o abstención con pretensión de amparo constitucional, en razón de que, al ser la pretensión cautelar accesoria de la principal, el órgano jurisdiccional administrativo, conserva la competencia para conocer de ambas pretensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tanto que, la apelación o la consulta del amparo constitucional, así como el amparo autónomo contra la sentencia cautelar, dictadas por los Juzgados Superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo y por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, serían del conocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

2. La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En ese proceso de determinación de las competencias en materia de amparo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 87, de 14 de marzo de 2000, caso *Elecentro y Cadela*, señaló lo siguiente:

Es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo que se ejerzan, por vía principal, contra las decisiones de última instancia que dicte la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones que se ejerzan contra las sentencias de la citada Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando ésta conozca, por vía principal, de acciones de amparo en primera instancia.

En lo concerniente a la competencia para conocer en alzada, de las sentencias de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, dictadas por éstos en primera instancia, en los procesos de amparo constitucional, realiza la siguiente precisión:

A la vez, en los casos en que el conocimiento de las acciones de amparo en primera instancia corresponda a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las apelaciones y consultas que se ejerzan contra las sentencias que éstos pronuncien, será de competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En estos casos, la Sala Constitucional sólo podrá acceder al examen de la respectiva sentencia de amparo, a través de la revisión prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República.

Cabe destacar, que la Sala Constitucional al establecer tanto la competencia en primera instancia como en alzada, no distingue que se trata de acciones autónomas de amparo constitucional o de recurso contencioso administrativo de anulación o abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional, en razón de lo cual, se debe considerar que la precisión realizada por la Sala incluye ambos supuestos.

Luego, establece la competencia del órgano jurisdiccional competente para conocer de las apelaciones o consultas, de las sentencias de amparo cautelar; así como de las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas, dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En tal sentido estableció:

Cuando, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la pretensión de amparo se formule, por vía cautelar, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a título de tribunal competente, conjuntamente con la pretensión contencioso administrativa de anulación, el conocimiento de las consultas y apelaciones que se ejerzan contra la correspondiente sentencia de amparo, así como el conocimiento de los recursos que se intenten contra la sentencia definitiva, o contra las interlocutorias con fuerza de definitivas, que se pronuncien sobre la pretensión anulatoria, serán de la competencia de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, ratificó el criterio del órgano jurisdiccional que puede conocer en apelación o consulta, contra las sentencias recaídas sobre una pretensión cautelar de amparo constitucional, dentro de un proceso administrativo de anulación o carencia, en el caso que le haya correspondido conocer en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Sobre el particular señaló:

Las acciones de amparo incoadas conjuntamente con los procesos de nulidad son conocidas por los Tribunales competentes para la nulidad, es decir, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Tales tribunales, si son Superiores, son a su vez competentes para conocer las apelaciones y las consultas que se dicten en los amparos a tramitarse conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Consecuencia de lo anterior, es que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, sería la competente para conocer de las apelaciones y consultas de los amparos que sean dictados de manera cautelar, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Además, modifica el criterio respecto al órgano jurisdiccional que debe conocer de los amparos autónomos contra las sentencias dictadas sobre una pretensión cautelar de amparo constitucional, dentro de un proceso administrativo de anulación o abstención, en los casos que le haya correspondido conocer en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. La Sala Constitucional al revisar nuevamente sus competencias expresó:

Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparos conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones o consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en este tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o de terceros interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de actos administrativos.

En la actualidad, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones o consultas, de las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sobre las pretensiones cautelares de amparo constitucional, dictadas en los procesos administrativos de anulación o abstención.

Igualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para conocer en primera instancia de las acciones autónomas de amparo contra las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sobre las pretensiones cautelares de amparo constitucional, en los procesos administrativos de anulación o abstención, que le corresponda conocer a ésta, en ejercicio del primer grado de jurisdicción.

3. El avocamiento en materia de amparo constitucional

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el artículo 42, ordinal 29 en concordancia con el artículo 43, estableció que la competencia para conocer del avocamiento de los asuntos que cursaban en otro órgano jurisdiccional, estaba atribuida de manera monopólica a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. El ejercicio de tal competencia había sido delineado por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

No corresponde en esta ocasión realizar un análisis jurisprudencial del avocamiento y menos aún, estudiar los recientes criterios establecidos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pues ello escapa al objeto de este trabajo. En tanto, se analizará la reciente decisión constitucional que ha ampliado la competencia de avocamiento, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 806, de 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, luego de analizar los artículos 42, ordinal 29 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, llega a la conclusión que el último artículo citado, al restringir exclusivamente a la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la posibilidad de avocamiento, resulta incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia, establecido en la Constitución. Siendo en consecuencia tal restricción inconstitucional, concluye declarando nula la mencionada atribución de competencias y estableciendo que la misma, opera hacia el futuro.

Planteado en tales términos el asunto, la Sala Constitucional declara su propia competencia para conocer y resolver la pretensión de avocamiento efectuada por *Sintracemento*, con respecto al proceso que se sigue ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, del Trabajo y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo contra la Corporación de Cemento Andino C.A. y concluye, que no existen motivos suficientes que justifiquen el avocamiento de la Sala.

Según lo expuesto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para conocer y resolver las solicitudes de avocamiento, que se formulen respecto a los procesos de amparo constitucional, que cursen en otros órganos jurisdiccionales de la República, siempre que se den los presupuestos de procedencia de dicha solicitud.

IV. LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece las condiciones que debe cumplir el recurrente para que le admitan el recurso contencioso administrativo, independientemente que pretenda la declaratoria de anulación de un acto administrativo individual o la condena a cumplir con una obligación legalmente establecida.

En este sentido, los artículos 84 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecen cuáles son esas condiciones de admisibilidad, debiendo destacar que el recurso no será admisible cuando haya transcurrido el lapso de caducidad o cuando no se hubiese agotado la vía administrativa.

En tanto, el artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece:

Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

Esta norma lleva a estudiar, la incidencia de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en lo concerniente a las condiciones de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación o abstención.

1. La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa

La primera consecuencia que produce la interposición de un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, consiste en el no agotamiento de la vía administrativa, que exigen tanto los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como el artículo 124, ordinal 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Este no agotamiento de la vía administrativa, se encuentra taxativa previsto en algunas normas legales, siendo en consecuencia de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. Ello debe ser así, por dos razones fundamentales:

A. La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal

La regulación en materia de procedimiento y por ende, el debido proceso, así como la legislación concerniente al acceso a la justicia y el ejercicio, goce y disfrute del derecho

a la tutela judicial efectiva, corresponde al Poder Legislativo por disposición expresa de los artículos 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución.

Con fundamento en esta competencia, el legislador sancionó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyos artículos 92 y 93, exigen el agotamiento previo de la vía administrativa, como condición para recurrir ante la vía jurisdiccional. En concordancia con éstas normas, el artículo 124, ordinal 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que el Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso contencioso administrativo, cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se exhorta al legislador para que éste "... con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, (sancione) la ley orgánica que deberá eliminar, la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio"⁵.

Es así como, recientemente se introdujo una reforma importante, al establecer en el artículo 7, numeral 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, que constituye un derecho de los particulares no agotar la vía administrativa, para tener acceso a la vía jurisdiccional, con lo cual se produce una derogación expresa de las disposiciones previstas en las leyes especiales, que exigen el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo.

Debe advertirse, que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de la Administración Pública difirió la aplicación del numeral comentado, hasta tanto entre en vigencia la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual debería sancionarse dentro del año siguiente a la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

B. El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional

La otra razón que incide en las condiciones de admisibilidad del recurso contencioso administrativo, tiene que ver con la competencia del órgano jurisdiccional para conocer y decidir del proceso administrativo. El no agotamiento de la vía administrativa, no tiene mayor incidencia en lo referente a la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá en primera instancia, cuando se trata de autoridades estatales o municipales, porque en esos casos, la competencia se encuentra claramente atribuida a los Juzgados Superiores Civiles con competencia en lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tal situación cambia, cuando se trata de los órganos de la Administración Pública Nacional, pues en tales casos, el agotamiento o no de la vía administrativa, va a afectar la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá en primera instancia, el recurso contencioso administrativo.

5. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y Medio de la Constitución de 1999)", *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 439-454.

En efecto, si se impugna el acto administrativo individual o general de un órgano subalterno al Ministro, la competencia ha sido ejercida tradicionalmente por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la interpretación del artículo 185, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que realizaron tanto la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, como la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. La citada norma legal establece que es competencia de este órgano jurisdiccional conocer:

De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.

Posteriormente, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 508, de 2 de mayo de 1995, amplió la competencia a los casos de las acciones o recursos de nulidad y *abstención* que puedan intentarse contra las autoridades diferentes de las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Más recientemente, con la interpretación dada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 194, de 4 de abril de 2000, caso *Alcaldía del Municipio Chacao*, a la expresión *contrario a Derecho*, que establece el artículo 259 de la Constitución, debe entenderse que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no está limitada a controlar los actos administrativos viciados de ilegalidad, sino también los viciados de inconstitucionalidad, pues ambos son contrarios a Derecho.

En tanto que, siguiendo el criterio tradicional, se señalaba que en aquellos casos que la actuación administrativa o la inactividad fueran imputables directamente a algunas de las autoridades constitucionales a que se refieren los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o aun cuando fuese una autoridad de inferior rango y se alegaren razones de inconstitucionalidad, la competencia correspondía a la extinta Corte Suprema de Justicia, según se estuviese ante una violación directa, inmediata y manifiesta de la Constitución y se tratase de un acto de contenido general.

Es oportuno mencionar, que el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite que los afectados en sus derechos o garantías constitucionales, opten entre agotar la vía administrativa, que generalmente finaliza con un acto administrativo del Ministro o el silencio de éste, en cuyo caso deberían acudir directamente ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia o que impugnen la actuación o abstención de los órganos de inferior categoría al Ministro, en razón de lo cual deberían acudir ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

No cabe duda, que el hecho de no agotar la vía administrativa, ha tenido una incidencia importante en la distribución de competencias dentro del orden jurisdiccional administrativo.

(a) El cambio temporal de criterio de distribución de competencias

Sin embargo, tal situación fue modificada temporalmente por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 188, de 6 de febrero de 2002, caso *Procoven*, oportunidad en la cual realizó una reinterpretación del artículo 42, ordi-

nal 10 en concordancia con el artículo 185, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En esa oportunidad la Sala señaló:

De lo expuesto se colige, que la interpretación de la antigua Corte Suprema de Justicia atribuyó a la norma, un sentido distinto al contenido en su supuesto de hecho, toda vez que, el ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no alude a la estructura interna del órgano, sino a la rama del poder del Estado que dicta el acto y al alcance de sus efectos. Además de haberse traducido en la práctica una situación en la cual, quedaba en manos del administrado recurrente, la posibilidad de determinar el órgano competente para resolver el asunto, situación ésta no deseable en un sistema de derecho que persigue la uniformidad de criterios dentro de un sistema de justicia social equitativa.

En consecuencia, la Sala procedió a resolver la declinatoria de competencia planteada y en tal sentido estableció:

Por lo tanto, siguiendo los razonamientos precedentemente expuestos y visto que, la situación planteada se ajusta al supuesto de hecho del artículo 42 ordinal 10 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala acepta la competencia para conocer del recurso incoado y en consecuencia, pasa a proveer sobre la admisibilidad del mismo y en tal sentido señala:

El ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que serán admisibles los recursos de nulidad cuando no se hubiere agotado la vía administrativa.

Así mismo, los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establecen:

...(omissis)...

De las normas transcritas en concordancia con el artículo 124 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se desprende que ciertamente constituye un requisito ineluctable para el ejercicio de los recursos administrativos.

En conclusión, la Sala declara inadmisibles los recursos contenciosos administrativos de nulidad, por no haberse agotado la vía administrativa.

Conforme a este criterio, en los supuestos en que se interponía un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, contra un acto o una abstención de un órgano de la Administración Pública Central, de inferior rango al Ministro y no se había agotado la vía administrativa, la competencia para conocer del recurso correspondía a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

(b) El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias

La anterior posición ha sido recientemente corregida, por la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 718, de 23 de mayo de 2002, caso *Ángel Gómez Tapia*, oportunidad en la cual expresó:

Cabe mencionar respecto al ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido criterio interpretativo reiterado, que la competencia de esta Sala Político Administrativa, para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, queda circunscrita a los órganos de la Administración Central. Aún más allá, y en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, considera la Sala que su competencia, en esos casos, se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pausado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, El Consejo de Mi-

nistros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras. Asimismo le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República; el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.

En atención a lo dispuesto en la norma parcialmente transcrita, visto que los actos cuya nulidad se demanda han emanado de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el conocimiento de la nulidad de los mismos no está atribuido a otro Tribunal, la competencia para conocer y decidir la presente causa corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

El texto transcrito permite señalar, que en los supuestos que se interponga un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, contra un acto administrativo o una abstención de un órgano de la Administración Pública Central, de inferior rango al Ministro o al Viceministro, sin que se haya agotado la vía administrativa, la competencia para conocer del recurso ha sido restituida a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, debe observarse que en los términos contemplados en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el no agotamiento de la vía administrativa, supone un traslado de la competencia del órgano jurisdiccional, en aquellos casos en que la autoridad nacional recurrida, es distinta del funcionario que tiene atribuida por ley, la competencia para poner fin la vía administrativa.

2. La pretensión de amparo cautelar y la caducidad

La segunda consecuencia que produce la interposición de un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, consiste en levantar la interdicción de la admisión, por haber operado los lapsos de caducidad establecidos en la ley, tal como lo señala el artículo 84, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Es así como, conforme a la interpretación tradicionalmente otorgada al artículo 5, párrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Tanto la doctrina científica y la jurisprudencia han admitido que después de transcurrido el lapso de caducidad, se puede intentar el recurso contencioso administrativo.

Lo anterior lleva a analizar lo referente a los lapsos de caducidad, tanto en el caso del amparo constitucional autónomo, como en el caso del recurso contencioso administrativo, que llevan aneja una pretensión cautelar de amparo constitucional.

A. La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional

El artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que no se admitirá la acción de amparo constitucional, cuando el acto, hecho u omisión que violen el derecho o la garantía constitucional hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, “a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres”.

La Ley en una errónea técnica legislativa, define cuando puede entenderse que se produjo el consentimiento expreso y cuando se produce el consentimiento tácito. Se trata de un supuesto de mala técnica legislativa, porque realiza una definición que es contraria al sentido gramatical que debe otorgársele a las palabras. Es así como el legislador de manera un tanto confusa señala:

Se entenderá que hay consentimiento expreso (*rectius: tácito*) cuando hubieren transcurrido los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses, después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

El consentimiento tácito (*rectius: expreso*) es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación.

Conforme a la disposición analizada, no es posible intentar una acción autónoma de amparo constitucional contra un acto administrativo u omisión, después de transcurrido el lapso establecido en las leyes especiales o en su defecto el lapso de 6 meses, después de la violación o amenaza.

Según esto, no sería posible admitir un amparo constitucional autónomo contra el acto o la omisión de las autoridades administrativas, que lesionen o amenacen con lesionar derechos constitucionales, una vez que haya transcurrido el lapso de 25 días establecido en el artículo 261 del Código Orgánico Tributario, el lapso de tres meses establecidos en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública o el lapso de 45 días establecido en el artículo 457 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que son algunas de las leyes especiales a que se refiere el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y tampoco sería posible admitir un amparo constitucional autónomo contra el acto administrativo o la omisión de otorgar oportuna y adecuada respuesta, del Ministro de Infraestructura, conforme al artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, una vez que haya transcurrido el lapso de seis meses, establecido en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En cualquier caso, en ausencia de un lapso previsto en una ley especial, la posibilidad de accionar en amparo constitucional, caduca en el término máximo de seis (6) meses siguientes a su notificación o a que haya vencido el lapso para decidir en vía administrativa, sin haber obtenido oportuna y adecuada respuesta.

B. La caducidad del recurso contencioso administrativo

El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al regular la caducidad en el proceso administrativo señala:

1. Los actos generales, administrativos o no, del Poder Público pueden impugnarse en cualquier tiempo.
2. Los actos individuales de la Administración, deberán impugnarse dentro del término de seis meses, contados a partir de la publicación o la notificación.
3. En caso de silencio administrativo, como consecuencia de la interposición de un recurso en vía administrativa que no ha sido resuelto oportunamente, el término para recurrir es de seis meses.
4. Los actos individuales de efectos temporales, deberán ser impugnados en el término de treinta días.

5. Los términos establecidos en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no obstan para la existencia de lapsos de caducidad distintos, establecidos en leyes especiales.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia al señalar, el lapso general para recurrir contra el acto administrativo individual o contra el silencio administrativo (Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia 125, de 22 de junio de 1982, caso *Ford Motors*); el lapso para recurrir contra la abstención (Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia 301, de 13 de junio de 1991, caso *Rangel Bourgoín*; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 2519, de 11 de octubre de 2001, caso *Gonzalo Ponce Lugo*); el lapso para recurrir actos individuales de efectos temporales (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de octubre de 1995, caso *Moisés Auday*); el lapso para recurrir contra actos individuales o silencio administrativo, establecido en leyes especiales (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1159, de 5 de junio de 2001, caso *Agropecuaria Framar*).

Conforme a la jurisprudencia mencionada, en caso de intentarse el recurso contencioso administrativo de anulación, fuera de los lapsos señalados en las leyes, deberá declararse la caducidad y en consecuencia la inadmisibilidad del recurso, conforme a lo establecido en el artículo 124, ordinal 4, en concordancia con el artículo 84, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

C. La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional

En principio, la interpretación literal del artículo 5, parágrafo primero de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha reconocido la admisión del recurso contencioso administrativo aunque hayan transcurrido los lapsos de caducidad, siempre que dicho recurso contenga una pretensión cautelar de amparo constitucional y ésta sea declarada procedente; pues en caso contrario, se revisará la caducidad y de constatarse que ha operado, se declarará inadmisibile el recurso.

Tal situación plantea una reflexión sobre el tema de la caducidad del recurso contencioso administrativo, que se expondrá a continuación:

La acción autónoma de amparo constitucional, no es admisible en ningún caso, cuando haya transcurrido el lapso de seis meses siguientes a la producción del acto, hecho u omisión que lesionan o amenazan con desconocer los derechos constitucionales.

El recurso contencioso administrativo, no es admisible en ningún caso, cuando haya operado la caducidad, cuyo lapso máximo es de seis meses siguientes al acto administrativo individual, al silencio administrativo o la abstención de pronunciamiento.

Según lo expuesto, cada una de la acciones planteadas de manera autónoma -amparo o recurso contencioso administrativo-, están sometidas a un lapso de caducidad de seis meses, transcurrido el cual, ambas resultan inadmisibles.

Lo expuesto lleva a analizar ¿Cómo es posible que una pretensión accesoria, subordinada, subsidiaria pueda alterar el lapso de caducidad de seis meses establecido en la ley, a los fines de la admisión de la pretensión principal?.

¿Si no es admisible la acción autónoma de amparo constitucional y tampoco es admisible el recurso contencioso administrativo, después de seis meses de los actos, hechos,

omisiones o abstenciones que constituyen el objeto del proceso, cómo puede admitirse que en caso de plantearse un recurso contencioso administrativo con una pretensión cautelar de amparo constitucional, pueda soslayarse el lapso de caducidad de seis meses?.

La seguridad jurídica, que constituye un principio que se deduce del Estado de Derecho, demanda que las personas tengan certeza, sobre el momento en el cual se consolidan determinadas situaciones jurídicas e incluso el derecho a la tutela judicial efectiva, exige que la justicia se administre de manera expedita, sin dilaciones indebidas, razón por la cual, el lapso de seis meses para la formulación de las pretensiones autónomas, no puede ser afectado cuando se acumulan ambas pretensiones en un mismo escrito de demanda o recurso, una como subsidiaria de la otra que se constituye en principal.

Ello lleva a considerar, que la redacción del artículo 5, párrafo primero de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser interpretado de forma armónica y racional con los principios que se deducen de la Constitución, como la seguridad jurídica y la buena fe, en las relaciones entre los particulares, con los órganos y entes del Poder Público.

En apoyo de tal aserto, debe invocarse el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 1419, de 10 de agosto de 2001, caso *Gerardo Barrios*, en cuya oportunidad expresó:

... ha sido criterio de esta Sala que no puede considerarse, para los efectos de exceptuarse de la caducidad de la acción de amparo constitucional, a cualquier violación que infrinja el orden público y las buenas costumbres; porque, de ser así, todas las violaciones a los derechos fundamentales, por ser todos los derechos constitucionales de orden público, no estarían sujetas a plazo de caducidad y, definitivamente, esa no pudo ser la intención del legislador.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que la excepción de la caducidad de la acción de amparo constitucional está limitada a dos situaciones, y que en esta oportunidad esta Sala considera que deben ocurrir en forma concurrente. Dichas situaciones excepcionales son las siguientes:

1. Cuando la infracción a los derechos constitucionales afecte a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes.

... (*omissis*)...

2. Cuando la infracción a los derechos constitucionales sea de tal magnitud que vulnere los principios que inspiran el ordenamiento jurídico.

Congruente con la decisión anterior, la sentencia 1302, de 17 de junio de 2002, de la Sala Constitucional, en el caso *Rafael Penso*, luego de reiterar la tesis anterior, concluye señalando lo siguiente:

... esta Sala considera que el accionante no fundamenta su acción en una violación constitucional que afecte a una parte de la colectividad o el interés general, así como que la lesión constitucional denunciada no es de tal magnitud como para vulnerar los principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Observa la Sala, que la acción de amparo constitucional intentada ante el *a quo* se refiere a las violaciones a los derechos constitucionales pertenecientes a la esfera jurídica particular del accionante, y no considera esta Sala que se desprenda de la situación denunciada una violación constitucional de magnitud que permita vulnerar la garantía constitucional de la seguridad jurídica que debe existir en el Estado de Derecho venezolano.

Es así como, surge la necesidad de revisar la interpretación que se ha hecho del artículo 5, párrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, con el objeto de plantear una nueva lectura de dicha norma, en atención de los principios de seguridad jurídica y buena fe, que se deducen de la concepción de Estado de Derecho, recogida en la Constitución.

D. Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional

Si se intentasen autónomamente el recurso contencioso administrativo o el amparo constitucional, después de transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ambas pretensiones no serían admisibles por haber operado la caducidad de la acción, lo que lleva a reflexionar, desde el punto de vista lógico, ¿qué razón lleva a admitir la pretensión de amparo constitucional que se presenta como accesoria de la principal, aun después que hayan transcurrido los lapsos máximos de caducidad establecidos en las leyes citadas?

No resulta lógicamente congruente, que la pretensión accesoria y subordinada incida en la pretensión principal, de tal manera que modifique las condiciones de admisibilidad de ésta, tal como se ha venido entendiendo hasta ahora, la pretensión cautelar de amparo constitucional que se presenta con el recurso contencioso administrativo.

Con fundamento en lo antes expuesto, considero que conforme a los principios que se deducen del Estado de Derecho que reconoce la Constitución, debe realizarse una reinterpretación del artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en razón de la cual:

1. Los recursos contencioso administrativos interpuestos con pretensión cautelar de amparo constitucional, sometidos a lapsos de caducidad previstos en leyes especiales, inferiores al lapso máximo de seis meses, pueden ser planteados aún después de transcurridos aquellos lapsos más breves y el órgano jurisdiccional a los fines de su admisión, deberá analizar dos supuestos concurrentes:

En primer lugar, debe constatar que no ha transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues en caso que sí haya transcurrido el lapso máximo de caducidad, deberá declarar inadmisibles el recurso, por razones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, en el supuesto que no haya transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, el recurso contencioso administrativo podrá ser admitido, siempre que se evidencie la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional denunciado, en cuyo caso, además, deberá conceder el mandamiento de amparo cautelar, mientras se tramita el proceso administrativo.

2. Los recursos contencioso administrativos interpuestos con pretensión cautelar de amparo constitucional, sometidos al lapso de caducidad de seis meses, no pueden ser planteados después de transcurrido el referido lapso y en caso de que ello suceda, el órgano jurisdiccional deberá declarar inadmisibles tanto el recurso contencioso administrativo como la pretensión cautelar de amparo, por razones de seguridad jurídica.

3. Los recursos contencioso administrativos de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional, podrán ser admitidos después de transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, de manera excepcional, cuando se produzcan algunos de los siguientes supuestos:

En primer término, que la actividad o inactividad que se somete a control jurisdiccional, presuntamente lesione derechos constitucionales que afecten más allá del interés personal y directo del recurrente, a una parte de la colectividad o al interés general.

En segundo término, que la actividad o inactividad que se somete a control jurisdiccional, sea de tal magnitud que vulnere los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, en los términos precisados por la Sala Constitucional, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución.

V. LA APLICACIÓN DE LA *CAUTIO IUDICATIO SOLVI* EN LOS PROCESOS CAUTELARES

En nuestro ordenamiento jurídico, existen una serie de condiciones que se deben cumplir para actuar válidamente en el proceso, bien sea como actor o como demandado. Una de esas condiciones está relacionada con el domicilio, de aquel que pretende actuar como actor en el proceso. En tal sentido, el artículo 36 del Código Civil señala:

El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales.

Según esta norma para actuar como demandante en Venezuela se requiere:

1. Estar domiciliado en el país y cumplir con las demás condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico.
2. En caso de no estar domiciliado en Venezuela, deberá cumplir una de estas condiciones:
 - a) Poseer bienes en cantidad suficiente, para garantizar las resultas de lo litigado y sentenciado.
 - b) De no poseer bienes en cantidad suficiente, constituir fianza de lo litigado y sentenciado.
3. No será necesario cumplir con tales condiciones, cuando así lo dispongan las leyes especiales.

La aplicación de esta norma, ha planteado diversas posiciones por parte de los órganos jurisdiccionales, que merecen una atención especial.

1. El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

El primer caso se planteó, en virtud de la interposición del recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional, que fue presentado por la empresa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles C.A., domiciliada en el Reino de España, contra el acto de la sociedad mercantil Metro de Maracaibo C.A. (Metromara) que declaró sin lugar el recurso de reconsideración contra el acto mediante el cual se otorgó la buena pro a la empresa Siemens, S.A, en el proceso de licitación para la realización de las obras civiles de la primera etapa de la línea 1, del Metro de Maracaibo.

En la oportunidad de la audiencia constitucional, tanto Metromara como Siemens, invocaron a su favor, la aplicación del artículo 36 del Código Civil y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 143, de 22 de febrero de 2001, resolvió al respecto:

Lo que si debe advertir esta Corte es el necesario cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 36 del Código Civil, a la que hacen referencia tanto METROMARA como SIEMENS. Según esa norma el demandante no domiciliado en el país debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, salvo que se determine que posee bienes suficientes en el país, y se perfila como una caución de solvencia judicial, en el sentido que se exige para demandar en el país como garantía en caso de que la pretensión no prospere y a los fines de responder de los daños y perjuicios que se puedan causar por efectos del juicio. Esa exigencia, requerida para demandar de manera general en el país, resulta lógicamente aplicable a este proceso y así de declara.

Ahora bien, en el presente caso como en efecto lo alegan las empresas antes mencionadas, la parte recurrente no cumplió con tal exigencia, cuestión que considera este Juzgador debe ser decidida con carácter previo, por la necesidad de garantizar los efectos que pueda tener lo decidido en este juicio y atendiendo al carácter de importancia que tiene para los intereses del Estado Zulia y el propio Ente licitante. Además y con base en lo anteriormente señalado, visto que esta Corte tiene la facultad de decidir si abre o no una articulación de ocho días, considera, que debe abrirse la articulación de ocho días -entiéndase de despacho- a que se contrae el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, contados a partir de la notificación de la presente decisión, a los fines de que la parte recurrente pruebe que tiene bienes suficientes en el país y, en caso contrario, ofrezca fianza principal y solidaria de UN MIL DOSCIENTOS NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA MIL BOLÍVARES (Bs. 1.209.160.000), en actuación a lo previsto en el artículo 36 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, la Corte ordenó abrir un cuaderno separado para tramitar la incidencia y finalizado el lapso decidirá si se dio cumplimiento a lo ordenado.

Transcurrido el lapso de la articulación probatoria, sin que se hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 684 de 26 de abril de 2001, dispuso lo siguiente:

Así entonces, verificado como está que no se probó que la recurrente tenga bienes suficientes en el país, ni se consignó la fianza requerida, a los fines de garantizar lo que pueda ser juzgado en el recurso de nulidad ejercido en el presente caso, objeto de la incidencia abierta, esta Corte debe aplicar el efecto procesal establecido en el Código de Procedimiento Civil para el caso de la falta de subsanación de la cuestión previa contenida en el artículo 346, ordinal 5º, esto es la falta de caución. Así, el artículo 54 *eiusdem* al que se contrae el supuesto planteado dispone que, una vez que transcorre el lapso que se le fija a la parte demandante -5 días a contar de la declaratoria con lugar de la cuestión previa en aquel caso-, para que se subsane el defecto o la omisión y no lo hace, debe declararse extinguido el proceso.

En este caso, en síntesis se concluye que, transcurrido como fue el lapso de los ocho (8) días de despacho que le fueron fijados a la parte recurrente por sentencia de fecha 22 de febrero de 2001, para que cumpliera con la carga procesal impuesta y siendo que no se dio cumplimiento a ello, el efecto procesal debe ser en este caso declarar extinguido el proceso contencioso administrativo de anulación que dio lugar a la presente incidencia, y así se decide.

En conclusión, para la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no existe la menor duda sobre la aplicación de la *cautio iudicatio solvi*, en el proceso contencioso administrativo, en el cual se formulen pretensiones cautelares de amparo constitucional.

2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El segundo caso, se corresponde a una acción autónoma de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Tim International B.V., domiciliada en el Reino de los Países Bajos, contra la sentencia cautelar de 26 de octubre de 2001, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, estableció que la competencia para conocer de acciones autónomas de amparo contra amparos cautelares, dictados por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en razón de lo cual ella resulta incompetente para resolverla, pero con fundamento en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, mantiene la medida cautelar de suspensión parcial del dispositivo de la sentencia, mientras el órgano jurisdiccional competente resuelve el fondo.

En lo concerniente al alegato efectuado en la audiencia constitucional, respecto a *cautio iudicatio solvi*, la Sala señala que si el accionante no está domiciliado en Venezuela, no está obligado a constituir garantía, pues el artículo 27 de la Constitución, al garantizar el derecho de amparo, no exige tal requisito, razón por la cual no es necesario que caucione, aquel accionante no domiciliado en Venezuela.

Esta decisión de la Sala Constitucional, es manifiestamente incongruente, porque no debió pronunciarse, antes de resolver sobre su propia competencia, respecto a un alegato efectuado en la audiencia constitucional y que tiene incidencia sobre el fondo de lo debatido.

Si la Sala Constitucional carece de competencia para conocer del amparo, ha debido limitarse a declinar al órgano jurisdiccional competente, manteniendo la medida cautelar conforme al artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, pero ha debido abstenerse de resolver sobre algunas de las defensas planteadas por las partes en la audiencia constitucional, porque ello, limita al órgano jurisdiccional competente, sobre el tema a decidir.

Por ello, cabe manifestar asombro y preocupación, por la manera como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha dividido la competencia para resolver sobre las pretensiones de las partes, resolviendo algunas como si fuera competente - aunque reconoce expresamente que no lo es- y declinando la competencia para resolver las restantes, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual en el caso concreto, este órgano jurisdiccional en principio, no podría establecer una posición distinta, sobre la procedencia o no de la *cautio iudicatio solvi*, en virtud del pronunciamiento previo de la Sala Constitucional.

Sin embargo deben reseñarse dos hechos posteriores a dicha decisión, que resultan trascendentales respecto al criterio que podría fijar la Sala Político Administrativa, del Tribunal Supremo de Justicia. El primero, se produjo en la sentencia 362, de 26 de febrero de 2002, a través de la cual, la propia Sala anuló todo lo actuado y decretó la reposición del proceso de amparo al estado de admisión y el segundo, se materializó en la sentencia 947, de 11 de julio de 2002, que homologó el desistimiento efectuado por el justiciable.

En consecuencia, si bien la reposición abrió la posibilidad que se plantease el asunto de la *cautio iudicatio solvi* en la audiencia constitucional y que la Sala Político Administrativa fijase una posición distinta a la Sala Constitucional, resulta evidente que al haberse producido el desistimiento de la acción de amparo constitucional y haberlo homologado la Sala, no se producirá el esperado pronunciamiento.

VI. EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR

El 23 de enero de 1988, entró en vigencia la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en la cual se estableció el proceso para la tramitación del amparo constitucional.

La interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es producto del desarrollo jurisprudencial, que encuentra su más elevada expresión, en la sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Bantenez*, en la cual se distingue entre la acción autónoma de amparo constitucional (artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), el proceso administrativo de anulación o abstención, en el cual se plantea una pretensión cautelar de amparo constitucional (artículo 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) o el proceso de inconstitucionalidad contra las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Tanto en el supuesto del amparo autónomo como de la pretensión de amparo cautelar, el proceso se tramitaba conforme a lo establecido en los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

No obstante esta situación, ante la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de mayo de 1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con fundamento en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estableció que el órgano jurisdiccional administrativo, tenía la potestad de aplicar el procedimiento que juzgue más conveniente, para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional⁶.

Siguiendo esa línea de argumentación, señaló que en ausencia de un procedimiento especial, el órgano jurisdiccional podía:

- 1) Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, tal como lo hizo la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Carlos Morana contra el Ministerio de Relaciones Interiores* (Sentencia del 20 de octubre de 1994, expediente 11036).
- 2) En caso de que la solicitud de amparo, sólo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- 3) Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II, del Libro Tercero de dicho Código.

Tal como se puede observar, la sentencia de 21 de mayo de 1996, de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, creo la posibilidad que el órgano jurisdiccional aplicase diferentes procedimientos, para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional⁷.

6. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (A propósito de la sentencia de 21 de mayo de 1996, que declaró su Inconstitucionalidad)" en *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1997 pp. 259-291.

7. CHAVERO, R., *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001. pp. 20 ss

Posteriormente, las Salas Plena y Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, uniformaron el procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, aplicando los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

1. El proceso para la tramitación del amparo autónomo

La entrada en vigencia de la Constitución de 1999, ratifica el reconocimiento del amparo constitucional, como una garantía procesal para la protección de los derechos constitucionales. En tal sentido el artículo 27 de la Constitución señala:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción 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. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

En base a esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, estableció el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional autónomo, en los siguientes términos:

... 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 ..., 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 otros amparos, excepto el cautelar...

No obstante, quedó pendiente la definición del procedimiento para la tramitación de las pretensiones de amparo cautelar, a las cuales se hará referencia a continuación.

2. El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, precisó la forma para la tramitación de la pretensión cautelar del amparo constitucional contra las leyes y demás actos estatales de contenido normativo, a que alude el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ello así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 88, de 14 de marzo de 2000, caso *Ducharme de Venezuela*, estableció el procedimiento para la tramitación de la pretensión de amparo cautelar, en los casos de impugnación de actos de contenido normativo, sean legales o administrativos.

Así señala, en aplicación del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre

la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

En caso de que se declare inadmisibile la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los fines de decidir sobre el amparo constitucional.

El procedimiento de nulidad continuará su trámite ante el Juzgado de Sustanciación y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agravante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

Una vez concluido el debate oral, la Sala el mismo día, deliberará y podrá:

Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

La sentencia transcrita, define el procedimiento que deben aplicar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que tengan competencia para conocer en primera instancia, de pretensiones cautelares contra actos de contenido normativo; así como los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, en aquellos casos que les corresponda conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación de Reglamentos y demás actos administrativos generales que tengan contenido normativo, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Este criterio ha sido ratificado recientemente, por la sentencia 980, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 29 de mayo de 2002, caso *Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos*.

3. El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones

Tal como se puede advertir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no se pronunció sobre la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en los procesos contencioso administrativos.

Ello condujo a que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, aplicase el procedimiento establecido en los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; mientras que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, aplicaba el procedimiento establecido para los casos de amparo autónomo, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Fue posteriormente, cuando el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en ponencia conjunta, caso *Marvin Enrique Sierra Velasco*, estableció el procedimiento para tramitar la pretensión de

amparo constitucional, que se presente con un recurso contencioso administrativo de anulación.

En esa oportunidad la Sala estableció que “es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares”, en razón de lo cual una vez admitido el recurso contencioso administrativo, se debe proceder a emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, *con prescindencia de cualquier otro aspecto* y dándole cumplimiento al propósito constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, de manera expedita.

Según lo anterior, consideró la Sala que el órgano jurisdiccional deberá analizar los presupuestos procesales que condicionan la concesión de toda medida cautelar, como lo son el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional alegado y el *periculum in mora*, el cual se determina por la sola verificación del requisito anterior, porque “la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho, el cual por su naturaleza debe ser restituido inmediatamente, conduce a la convicción que debe preservarse dicho derecho, ante el riesgo de causar un daño irreparable en la sentencia definitiva”.

Ello así, de concederse la tutela cautelar de amparo constitucional, la parte contra quien obre la medida, podrá ejercer su derecho a la defensa y oponerse a ella una vez ejecutada, conforme al procedimiento establecido en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, con la finalidad de tramitar la oposición, debe abrirse cuaderno separado, el cual se remitirá junto a la pieza principal, al Juzgado de Sustanciación, a los fines que se continúe la tramitación.

En tanto que, si el amparo cautelar es declarado improcedente, el recurrente podrá solicitar cualquiera otra medida cautelar prevista en el ordenamiento jurídico.

Este criterio fue acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 30 de marzo de 2001, y posteriormente publicado en resolución de 4 de abril de 2001, que fue difundida para un mayor conocimiento de los operadores jurídicos, en las carteleras de ese órgano jurisdiccional.

4. El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar

Posteriormente, en sentencia 2343, de 23 de octubre de 2001, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Refrimaster*, realizó una precisión sobre la aplicación del procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, al señalar lo siguiente:

..., el operador jurídico ante la solicitud de un decreto de amparo no debe desaplicar mecánicamente y sin ninguna otra consideración los artículos 23, 24 y 26 de la referida Ley de Amparo, pues ocurre que tal inaplicación sólo obedece al caso concreto y por tanto, responde a circunstancias particulares, que deben ser fundamentadas, y cada una de las cuales no siempre legitiman la implementación del referido control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Establecido esto, la Sala procede a analizar los argumentos expuestos por la empresa solicitante de la protección cautelar de amparo constitucional y concluye señalando:

Ahora bien, en virtud de dicha ponderación del interés público que este órgano jurisdiccional está obligado a tutelar (dada la importancia y la afectación del bien colectivo), es por lo que se

justifica, entonces, la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de la parte quejosa y los importantes derechos antes señalados, todo con el fin de proteger tales intereses.

En tal sentido, esta Sala ordena abrir cuaderno separado a los fines de oír a los ciudadanos Procurador General de la República, Fiscal General de la República y Ministro del Ambiente y los Recursos Naturales y Ministro de Salud y Desarrollo Social, antes de decidir sobre la medida cautelar solicitada, a quienes ordena notificar.

Esta decisión resulta sumamente censurable, por varias razones:

En primer lugar, porque la sentencia genera inseguridad jurídica, al admitir que el órgano jurisdiccional puede aplicar el procedimiento cautelar del Código de Procedimiento Civil o incluso, *inventar* uno distinto al previsto en la propia Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En segundo lugar, porque si la Sala decidió aplicar la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en consecuencia ha debido seguir el procedimiento y tramitar la pretensión de amparo constitucional, conforme a lo que ella señala y no ordenar como lo hizo, una notificación para oír a determinados funcionarios, antes de conceder la medida cautelar, estableciendo la notificación sin procedimiento alguno, es decir, sin estar sujeto a la presentación del informe dentro del lapso de 48 horas siguientes a la notificación y de la posterior audiencia constitucional dentro del lapso de 96 horas que señala la Ley.

En tercer lugar, porque si bien es cierto que el control difuso de la constitucionalidad se aplica a la resolución de cada caso en particular, no resulta muy coherente que en algunos supuestos, el procedimiento para la protección de los derechos constitucionales -para ser considerado constitucionalmente válido-, requiera un restablecimiento expedito de la situación jurídica infringida o la que más se asemeja a ella; en tanto que en otros casos, tal protección constitucional pueda ser diferida, a un momento posterior e incierto, que incluso el propio órgano jurisdiccional no determina con precisión.

En cuarto lugar, no se entiende qué sentido tiene que la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, haya establecido el procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional en una ponencia conjunta y que luego, se desaplique ese procedimiento en aras de un supuesto interés público, en una ponencia individual.

En quinto lugar, no se comprende cuál es el basamento constitucional de la Sala para afirmar que realiza la “ponderación del interés público que este órgano jurisdiccional está obligado a tutelar (dada la importancia y la afectación del bien colectivo)”, dado que dentro de la concepción de Estado de Derecho y de Justicia que proclama la Constitución, los órganos jurisdiccionales administran justicia, de manera autónoma, independiente, imparcial, responsable y transparente, razón por la cual, la argumentación que realiza la Sala, respecto a que debe ponderar el interés público porque ella está llamada a protegerlo, constituye un sofisma para justificar el cambio de criterio en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar, porque ni constitucional, ni legalmente corresponde a los órganos jurisdiccionales la tutela del interés público.

Lo antes expuesto, puede conducir a dos posibles conclusiones: Una es que la sentencia 2343, de 23 de octubre de 2001, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no debería pasar de ser un caso aislado y que el proceso para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, debe ser el establecido en el Código de Procedimiento Civil, conforme lo están aplicando los tribunales del orden jurisdiccional administrativo.

La otra conclusión, es que la Sala Político Administrativa ha establecido dos procedimientos para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, cuya aplicación estará sujeta en cada caso, a que el órgano jurisdiccional considere que presuntamente se encuentra involucrado el interés público o se pueden afectar bienes colectivos.

VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES

En el ordenamiento jurídico hispano, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, al reglamentar el incidente de suspensión, en los artículos 122 al 125 de la Sección Segunda, Capítulo V, del Título IV, establecía que los órganos jurisdiccionales sólo podían decidir la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, después de la necesaria tramitación de la pieza de suspensión.

Dado que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, era la única posible en el ordenamiento jurídico ibérico, se desató un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las adecuadas medidas cautelares, que garanticen la tutela judicial efectiva⁸.

A esta cruzada de la doctrina científica, se sumaron el Tribunal Constitucional y los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, que comenzaron a reconocer con fundamento en el artículo 24.1 de la Constitución, que el derecho a la tutela judicial efectiva, permite la posibilidad de adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecución, es decir, medidas cautelares positivas, que permitan imponer a la Administración una determinada conducta o habilitar a un interesado para realizar una actividad específica.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo Español, en la Sala Tercera, Sección Sexta, mediante autos de 2 y 19 de noviembre de 1993, admitió la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas, que en el caso concreto consistieron en la suspensión de la ejecución del acto impugnado, mientras se sustanciaba la pieza separada de suspensión.

El objeto que perseguía la medida cautelar provisionalísima era asegurar la eficacia de la decisión cautelar que podía adoptarse, una vez finalizada la tramitación de la pieza de suspensión.

En tales términos, el primer auto se dictó sin audiencia del Servicio Jurídico del Estado, que representa judicialmente a la Administración del Estado y el segundo auto, de dictó previa audiencia de las partes.

El Tribunal Supremo de Justicia, utiliza un doble fundamento jurídico: En primer lugar, se basa en el artículo 24.1 de la Constitución, que supone reconocer que las medidas cautelares constituyen parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, en razón de lo cual resulta necesario adoptar las medidas adecuadas para garantizar el derecho cuya tutela se solicita; en segundo lugar, se fundamenta en el artícu-

8. CHINCHILLA, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991, pp. 133-188; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1995.

lo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹, que establece la posibilidad de adoptar las medidas cautelares innominadas y que resulta aplicable al proceso administrativo, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En definitiva, la medida precautar o provisionalísima persigue de manera inmediata y directa, garantizar que la decisión que se adopte en el proceso cautelar, no quede ilusoria, que sea realmente efectiva; en tanto que persigue de manera mediata e indirecta, asegurar que no se frustre la tutela judicial definitiva, que no se torne ineficaz la sentencia que se pronuncie sobre el mérito del proceso.

Debe advertirse, que además de los votos disidentes a los autos comentados, la doctrina científica cuestionó la concesión de las medidas cautelares provisionalísimas, expresando al respecto lo siguiente:

... la Sala, en mi opinión, con esta argumentación, no hace sino interpretar de modo muy imaginativo los precitados artículos de la Ley de la jurisdicción, extendiéndose más allá de lo que, desde el punto de vista jurídico, resulta adecuado, puesto que por mucha capacidad interpretativa que se desee no es posible encontrar en estos preceptos base legal alguna, para la adopción de medidas como la adoptada.

A la crítica que realiza a los argumentos dados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia, le agrega lo siguiente:

Es más, parece desconocer que forma parte del poder público -el Poder Judicial- que como tal poder está sometido únicamente al imperio de la ley, que proclama el artículo 117.1 de la Constitución, esto es, que sólo puede hacer aquello que está expresamente previsto por la ley y, debemos añadir, que si la ley no prevé -como no lo hace- este tipo de medidas en el orden contencioso-administrativo, aunque sí en otros órdenes jurisdiccionales, no podría aplicarlas. De otro modo, pienso que está haciendo una interpretación y una aplicación del Ordenamiento jurídico no querida por el legislador -aunque resulta deseable-, es decir, está entrando en el campo *lege ferenda* y no en el de *lege data*, que es en el que se deben mover los poderes públicos, incluidos el Poder Judicial¹⁰.

En este mismo orden de ideas, dentro de la doctrina científica se han efectuado otras críticas a los autos del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar que la concesión de las medidas provisionalísimas es contraria al sistema cautelar previsto por el legislador, el cual goza de plena conformidad a la Constitución, razón por la que considera, que los órganos jurisdiccionales deben respetar la decisión del legislador y limitarse a la aplicación del ordenamiento jurídico.

También se ha cuestionado el uso de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene aplicación supletoria en el proceso administrativo, para justificar las susodichas medidas cautelares, pues ello supone aceptar la existencia de una laguna o vacío en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y justamente ello no ocurre en materia de medidas cautelares, donde el legislador ha establecido el proceso para la tramitación del incidente cautelar¹¹.

9. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1985, fue reformada por la Ley 1/2000.

10. CALONGE VELÁSQUEZ, A., "Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares "Provisionalísimas". Un paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos", *Poder Judicial*, n° 33, 1994. p. 469.

11. SANZ GANDESEGUI, F., "¿Medidas Provisionalísimas en el Proceso Contencioso-Administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", *RAP* n° 138. C.E.C. 1995. pp. 183-201.

Sin embargo, no niega que sea admisible en una futura reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la posibilidad de incrementar las medidas cautelares, incluidas las provisionalísimas¹².

Posteriormente, se dictó la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo artículo 129, amplía el tipo de medidas cautelares que puede adoptar el órgano jurisdiccional, al señalar que se pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia definitiva” y el artículo 131 señala que la resolución del incidente cautelar, requiere la sustanciación de la pieza separada de medidas cautelares.

Entre las novedades más importantes, vale la pena mencionar, en primer lugar, el reconocimiento expreso de la posibilidad de conceder medidas cautelares provisionalísimas, señalando claramente que se concederán inaudita parte, quedando diferida la audiencia cautelar, para el momento posterior a la notificación de la decisión adoptada (artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa); y en segundo lugar, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición del recurso, cuando se accione contra la inactividad o vía de hecho de la Administración y el recurrente tendrá un plazo inexcusable a contar desde la notificación de la adopción de la medida, para ratificar la solicitud al momento de presentar formalmente el recurso (artículo 136.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)¹³.

1. Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional

El primer caso fue decidido en la sentencia 1307, de 26 de octubre de 1999, de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso *Comisión Electoral Nacional de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre*, conociendo en apelación de la sentencia de amparo constitucional, de 13 de julio de 1999, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que revocó el fallo dictado por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental, quien decidió con fundamento en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Al pronunciarse respecto a la denominada por el solicitante, medida cautelar provisionalísima, expresó:

Efectivamente, como la propia parte solicitante afirma, se ha entendido en otros ordenamientos positivos que la medida cautelar provisionalísima es una solicitud cautelar dentro de la medida cautelar principal, destinada a otorgar una protección momentánea, acordada inaudita parte, mientras se tramita contradictoriamente esta última. Por lo tanto, al estarse ya en estado de resolver sobre las medidas cautelares solicitadas en principio -las cuales, por lo demás, pueden ser decididas sin previa audiencia de la contraparte, en el ordenamiento procesal venezolano- carecería absolutamente de objeto decidir sobre una medida que sólo tendría vigencia hasta tanto se dicte decisión sobre estas últimas.

Se observa, adicionalmente, que en este caso la denominada pretensión cautelar provisionalísima está comprendida dentro de la primera solicitud de medidas cautelares. En efecto, la provisionalísima se dirige a suspender la elección convocada por la Comisión Electoral Nacional para

12. SANZ GANDASEGUI, F., *O.c.* p. 195.

13. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Tomo II. Civitas, 3ª ed., 2ª reimpresión, Madrid 1999, pp. 1170 ss; BACIGALUPO, M., *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 185-188; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., en AA.VV. “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 100, Civitas, Madrid 1999, pp. 866-890.

el próximo 27 de octubre de 1999, hecho éste -ahora conocido- que ya había sido anunciado por la parte apelante, pero no de manera precisa, pues para entonces no estaba en conocimiento de tal convocatoria en forma oficial.

Por tales razones, debe proceder la Sala Accidental a resolver de inmediato, y de forma exclusiva, acerca de las medidas cautelares solicitadas en el escrito de fundamentación de la presente apelación.

Lo primero que debe observarse, es que la Sala se refiere a las medidas provisionálísimas, sin hacer mención de norma alguna dentro del ordenamiento jurídico vigente, que le otorgue cobertura legal. En efecto, ni la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ni la normativa procesal vigente, valga decir, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regula el proceso administrativo; ni el Código de Procedimiento Civil, contemplan la institución procesal de las denominadas medidas precautelares o provisionálísimas.

Si la Sala consideraba que las medidas cautelares provisionálísimas tienen justificación en el ordenamiento jurídico procesal venezolano, que es posible otorgar la *cautela de la cautela*, ha debido establecer -en ausencia de texto legal expreso- cuáles son los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares provisionálísimas e incluso, al considerar que en el caso concreto, debía desestimarse la pretensión cautelar, ha debido señalar las circunstancias que harían posible una eventual concesión de tales medidas cautelares.

Por otra parte, es bien cuestionable que la Sala señale “adicionalmente, que en este caso la denominada pretensión cautelar provisionálísimas está comprendida dentro de la primera solicitud de medidas cautelares”, lo que la lleva a considerar improcedente tales medidas provisionálísimas y a pronunciarse sobre las medidas cautelares.

Se supone que siendo las medidas cautelares provisionálísimas, la cautela de la cautela, es decir, la medida cautelar que se solicita en aquellos casos en que se requiera la tramitación previa del proceso contradictorio, para la concesión de la tutela cautelar; la pretensión de la medida provisionálísimas debe guardar la mayor homogeneidad con la pretensión cautelar, en virtud de lo cual, justamente se solicita que se anticipe la tutela cautelar.

Por tal razón, no es aceptable lo que hizo la Sala, que una vez admitida la existencia de las medidas cautelares provisionálísimas -sin fundamento jurídico alguno-, indique como justificación para rechazar su concesión, que son idénticas o iguales a las medidas cautelares que deberán otorgarse al resolver el proceso cautelar, dado que, al constituir un anticipo de la cautela, lo que se solicita provisionalmente debe guardar absoluta identidad con lo que se debatirá en el proceso cautelar.

Si la pretensión de las medidas provisionálísimas, persigue garantizar la tutela judicial cautelar, tal pretensión no puede ser distinta de la pretensión cautelar y siendo ambas idénticas, las medidas provisionálísimas encuentran su justificación -una vez que se les otorgue cobertura legal-, en la urgencia del solicitante, para que se le garantice la eficacia de la decisión cautelar, es decir, que ésta pueda asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

La virtud de esta sentencia, si puede atribuírsele alguna, consiste en renovar el debate sobre el tema de las medidas cautelares provisionálísimas, sacándolo del ámbito meramente académico y trasladando al ámbito judicial.

Esta decisión dictada en un proceso de amparo constitucional autónomo, luego encontrará eco, en dos decisiones de la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que se analizarán seguidamente.

2. Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional

El segundo caso, está relacionado con la sociedad mercantil Pedeca, que interpuso recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional contra el acto administrativo individual, dictado por el Gobernador del Estado Anzoátegui, mediante el cual se revocó la concesión administrativa, así como el acto que ordenó la elaboración del contrato de concesión.

Posteriormente, la empresa recurrente solicitó una “medida cautelar preventiva anticipativa, a fin que se suspenda provisionalmente y sin apertura de contradictorio, los efectos del acto administrativo impugnado, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la vigente Carta Magna”.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 488, de 16 de marzo de 2000, caso *Pedeca*, señaló:

En tal sentido, esta Sala observa que una revisión del Preámbulo y los artículos 19, 26, 27 y 257 de la referida Carta Magna se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La obligación de los Poderes Públicos del Estado de garantizar a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales.
2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías.
3. El carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona.

Conforme a tales presupuestos, se debe concluir que en la Constitución vigente existen presupuestos suficientes para declarar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico, de las referidas medidas provisionalísimas, las cuales persiguen garantizar a los ciudadanos, el goce efectivo de sus derechos constitucionales mediante una tutela expedita de éstos.

Lo anterior permite apreciar como la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, comienza por admitir la validez constitucional de las denominadas medidas cautelares provisionalísimas, para luego establecer que ellas pueden concederse para garantizar la eficacia de la medida cautelar de amparo constitucional, que pueda otorgarse una vez que se tramite el procedimiento contradictorio cautelar. En tal sentido la Sala señala:

Como ya ha sido expresado, se considera necesario la existencia de un *iter* procesal que permita a esta Sala el confirmar o no las presunciones de violación de derechos y garantías constitucionales alegadas por el querellante en su escrito libelar y en su posterior modificación, y a su vez permitirle al presunto agravante el defenderse dentro del proceso constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, pero esto no obsta para poder adelantar una tutela constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, que de forma cautelar suspenda los efectos del acto presuntamente violatorio, cuya vigencia quede supeditada a su ratificación en la decisión que esta Sala emita para resolver el fondo del amparo constitucional incoado.

El argumento antes referido se ve reforzado, bajo las premisas de que la tramitación procesal establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual no ha perdido vigencia, por no enmarcarse dentro del supuesto establecido en la

disposición derogatoria única del Texto Constitucional y no haber sido modificada por la Sentencia número 07 de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, en cuanto al amparo cautelar conjunto con recurso de nulidad; y dada la composición de esta Sala como tribunal colegiado, hacen que el tiempo para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales pueda exceder la noción de inmediatez exigida por el texto constitucional, premisas estas por las cuales se hace necesario y procedente el anticipar una tutela al proceso de amparo y otorgar una cautela de la cautela.

En el mismo orden de ideas, la sentencia reitera la finalidad de las medidas provisionales o de la tutela anticipada como también las denomina, al afirmar que tales medidas cautelares persiguen garantizar la eficacia de tutela constitucional cautelar, que pueda conceder el órgano jurisdiccional, una vez tramitado el proceso de amparo cautelar. Al respecto expresa la Sala, que se trata de la cautela de la cautela, razón por la cual:

Es de gran importancia resaltar que la procedencia de esta Tutela Anticipada sólo tiene como fin garantizar el ejercicio provisional de los derechos presumiblemente violados al querellante, en la espera de la decisión definitiva del amparo como proceso cautelar que persigue suspender los efectos de la actuación de la administración, en la espera, a su vez, de la decisión del fondo del asunto constituido por el proceso de nulidad del acto, que persigue borrar el mismo de la esfera jurídica.

Establecidos los presupuestos procesales -que en criterio de la Sala-, justifican la concesión de la *tutela anticipada*, se concluye afirmando lo siguiente:

... debe esta Sala afirmar la potestad del Juez Contencioso-Administrativo para acordar las denominadas “medidas provisionales” como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar, para garantizar el tantas veces mencionado principio de la tutela judicial efectiva. Ello será lo procedente cuando estén presentes los requisitos ya mencionados en este fallo y hayan sido ponderados los derechos e intereses de la parte que pueda resultar afectada por la medida. Así se declara.

Ésta constituye la primera decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde expresamente se señalan los presupuestos para la procedencia de las denominadas medidas cautelares provisionales, -aun cuando no existe norma legal expresa que las establezca-, siempre que sean solicitadas antes que se adopte la tutela cautelar de amparo constitucional, en un proceso administrativo de anulación.

3. Las medidas provisionales en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional

El tercer caso, se refiere al recurso contencioso administrativo de abstención con pretensión cautelar de amparo constitucional interpuesto por el Fiscal General de la República, contra la omisión del Ministro de Educación, Cultura y Deportes de hacer cumplir o ejecutar la resolución, en la cual se ordena la inscripción de unos niños en el Instituto Educativo Henry Clay.

Adicionalmente, solicitó una medida cautelar innominada, con el objeto que se ordene al Instituto Educativo Henry Clay, la inscripción de los niños para el período escolar 1999-2000.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 788, de 10 de abril de 2000, al resolver el asunto planteado señaló:

En lo que se refiere a la existencia de las llamadas medidas cautelares provisionalísimas, ya la doctrina tanto extranjera como nacional, ha analizado la procedencia de tales medidas como parte del poder cautelar general del Juez, que tiene a su vez, su base en la tutela judicial efectiva, hoy de expresa consagración constitucional en el artículo 26 de la Constitución ..., indicándose que para su procedencia deben cumplirse los extremos exigidos para las cautelares principales, *en un contexto de suma urgencia*, donde la exigencia de buen derecho es más evidente; los daños a tomar en cuenta deben ser de muy difícil reparación; y, no debe existir riesgo de daños a intereses generales.

La Sala procede a ratificar el criterio sobre las medidas provisionalísimas, establecido en la sentencia de 16 de marzo de 2000, declaró procedente la medida cautelar especial y ordenó la inscripción de los niños para el período académico 1999-2000, que se acepte el traslado en las condiciones en que se encuentren, con respecto a las materias estudiadas y notas obtenidas en el Colegio, donde se están cursando los estudios; así como que se les trate de manera justa e igualitaria como a los demás estudiantes.

Además ordena al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, que cumpla la orden, incluso con el uso de la fuerza pública y se le advierta “que lo acordado en virtud de la presente cautelar especial dentro del presente proceso de amparo, es de obligatorio cumplimiento”.

4. La improcedencia de las medidas provisionalísimas

En la actualidad, las medidas provisionalísimas resultan totalmente improcedentes, pues tanto en el proceso administrativo de anulación, como en el de abstención, se modificó el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional cautelar y en consecuencia, el órgano jurisdiccional deberá admitir el recurso antes de pronunciarse sobre la medida constitucional cautelar y de constatar el cumplimiento de los presupuestos procesales, debe concederse la tutela cautelar *inaudita altera partem*.

Esta afirmación es el resultado de una interpretación y aplicación congruente, del criterio señalado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en la cual estableció que “es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares” y en consecuencia, una vez admitido el recurso contencioso administrativo, el órgano jurisdiccional debe proceder a emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, *con prescindencia de cualquier otro aspecto* y en caso de considerarla procedente, restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida de manera expedita.

Así, la decisión constitucional cautelar, al igual que el resto de las medidas cautelares, se concederá *inaudita altera partem* y una vez notificada la decisión, se aplicará el procedimiento de las medidas cautelares establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Por tal razón, visto el procedimiento para la tramitación de las medidas cautelares, puede afirmarse sin temor a equivocación que en el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, resulta manifiestamente innecesaria e improcedente la pretensión de las denominadas medidas cautelares provisionalísimas.

VIII. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutividad administrativa y en general, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere.

Esto nos conduce a analizar, ¿cuál ha sido el tratamiento que le otorga el ordenamiento jurídico a las medidas cautelares en el proceso de amparo?. Sobre el particular, debe destacarse que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no regula expresamente lo concerniente a las medidas cautelares, sin embargo establece que en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado en la misma, se aplicarán supletoriamente *las normas procesales en vigor*, en razón de lo cual, dentro de un proceso de amparo constitucional autónomo, resulta aplicable la medida cautelar de suspensión de la ejecución, regulada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otra medida cautelar de las previstas en el artículo 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil.

Tanto la legislación, como la doctrina científica y la jurisprudencia, han contribuido a precisar los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Seguidamente se analizarán los presupuestos procesales de las medidas cautelares, conforme a la legislación, la doctrina científica reconocida y la jurisprudencia.

1. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación

En el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, los presupuestos procesales para la concesión de las medidas cautelares son los que se derivan de los principios *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora. Así lo establece expresamente con carácter general para todas las medidas cautelares, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala:

Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

El propio Código, en el caso de las medidas cautelares innominadas, agrava la exigencia del segundo de los presupuestos procesales, pero no crea uno nuevo al señalar:

Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

La norma no puede ser más clara, al establecer que el órgano jurisdiccional podrá acordar las medidas cautelares que considere adecuadas, con *estricta sujeción a los requisitos* de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, no estando limitado éste

último, exclusivamente, al temor de que el transcurso del tiempo que se tiene que esperar para que se satisfaga el derecho, haga nugatoria la sentencia que lo reconozca o que se frustre la satisfacción del derecho; sino que implica, la probabilidad del “fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”, es decir, el temor fundado de que mientras transcurre el tiempo que se debe esperar para la tramitación del proceso, el derecho de la parte reclamante, no sufra lesiones graves o de difícil reparación como consecuencia de la actuación u omisión de la otra parte¹⁴.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado para la Asamblea Nacional, señala en el artículo 129 lo siguiente:¹⁵

El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva.

En conclusión debe destacarse, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, -aplicables al proceso administrativo-, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

2. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida

El proceso constituye una garantía para la eficacia del derecho y el instrumento para lograr su reconocimiento, pero dada la complejidad del proceso, éste requiere la realización de una serie de actos coordinados, que van a concluir con la expresión del órgano jurisdiccional que reconoce el derecho. Es por ello, que el proceso *per se* puede llevar a que tal reconocimiento se produzca con tardanza y que en consecuencia, cuando se produzca dicho reconocimiento del derecho, éste no pueda ser ejercido plena y eficazmente por su titular.

En efecto, quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, acude al proceso con una doble finalidad: en primer lugar, que se le reconozca su derecho y en segundo lugar, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, dado que la lentitud natural del proceso, para reconocer la existencia del derecho, hace temer que cuando llegue la decisión judicial, ésta carezca de sentido, ha llevado a la doctrina científica más autorizada a señalar que “las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien o del mal a las reposadas formas del proceso ordinario”¹⁶.

14. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo”, *Revista de la Fundación Procuraduría* n° 22, Caracas 1999, pp. 32-34.

15. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Revista de Derecho* n° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2000, p. 333.

16. CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares*, Trad. SENTIS MELENDO, Santiago, Depalma, Buenos Aires 1984.

La justificación de las medidas cautelares en el proceso, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho, (atribuido en la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo, (que realiza el órgano jurisdiccional).

Es así como, las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento del derecho, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función de control jurisdiccional.

En tales términos, la doctrina científica mayoritaria ha reconocido que los presupuestos procesales que debe analizar el órgano jurisdiccional, para conceder las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

A. La apariencia de buen derecho

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutividad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a derecho y de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos del Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral y la inactividad, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los órganos del Poder Público, al encontrarse ambas -actividad e inactividad- sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida¹⁷.

Esta apariencia de buen derecho, supone que el derecho que se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional o legal, no siendo en

17. CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares*, Trad. SENTIS MELENDO, Santiago, Depalma, Buenos Aires 1984; CHINCHILLA MARÍN, C., "El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales", *RAP* n° 131, C.E.C., Madrid 1991, pp. 167-189; GÓMEZ-FERRER, R., "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993, pp. 1167-1171; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1995; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 28-29; ORTIZ ÁLVAREZ, L., *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, pp. 20 ss.

consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, no es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le producen la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

B. El peligro en la mora

En lo que concierne al peligro en la mora, cabe observar que tal principio se manifiesta en el apotegma según el cual, el tener que acudir al proceso para obtener la razón, no puede perjudicar a quien tiene la razón, mientras se encuentra a la espera que se le reconozca la misma¹⁸.

El peligro en la mora se concreta en el hecho, de que la situación jurídica cuya tutela judicial se reclama, se pueda ver afectada de forma grave e irreparable, por el transcurso del tiempo que necesariamente debe esperarse, para tramitar el proceso que en la sentencia definitiva, reconocerá tal situación jurídica¹⁹.

El peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de su derecho. Esta lentitud produce un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación real y objetiva, sobre la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes experimente un perjuicio efectivo, mientras espera el reconocimiento definitivo del derecho o perciba que,

18. CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Napoli 1933.

19. CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991, p. 42.

por la espera de la decisión definitiva que resuelva la controversia, se pueda producir una inminente inexecución de la sentencia.

Dada la confusión generada por algunos autores, -que incluso se ha admitido en algunas sentencias aisladas-, respecto al peligro en la mora en el caso de las medidas cautelares atípicas e innominadas, debe señalarse que su configuración o contenido no resulta unívoco, sino que este peligro en la mora, puede requerir de un *plus*, de una circunstancia agravada que permita su determinación, a los fines de conceder la tutela cautelar.

Es así como, en las medidas cautelares denominadas innominadas, la doctrina científica ha reconocido la existencia de un peligro en la mora agravado, que consiste en que mientras se tramita el proceso, una de las partes se aproveche de esta situación, para causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho que reclama la otra, es decir, que el órgano jurisdiccional deberá considerar las actuaciones realizadas por la parte accionada, antes de la instauración del proceso y una vez iniciado éste, mientras no se haya emitido pronunciamiento sobre la tutela cautelar, con la finalidad de determinar el potencial daño o lesión, que tal conducta puede producir sobre el derecho del accionante y en consecuencia, conceder la tutela cautelar necesaria para hacer cesar la lesión o el daño, valga decir, no es el mero riesgo de que se haga infructuosa la ejecución de la sentencia, de precaver que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino además, de cesar una aptitud destemplada, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudica el derecho de la otra²⁰.

C. La ponderación de los intereses en presencia

Teniendo en cuenta que la actividad administrativa del Poder Público, debe perseguir el interés general, en la doctrina científica algunos han sostenido sin que les falte razón, que cuando se plantea una pretensión cautelar, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de los intereses en presencia, valga decir, del interés general que tutela la Administración y del interés particular del accionante, que se puede ver afectado.

Según esto, se debe hacer una ponderación de los intereses concurrentes en el proceso, pero antagónicos en sus posiciones, para determinar si la concesión de la pretensión cautelar, en beneficio de un interés particular, no va a afectar el interés general.

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva²¹. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés particular, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto.

En tanto, otro sector de la doctrina, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el particular, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración; en tanto, que si fallan o son débiles

20. ZOPPI, P., *Providencias Cautelares*, Vadell Hermanos Editores, 1988. p. 38.

21. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1995.

algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar²².

Es así como cabe hablar de la procedencia de la tutela cautelar, cuando se alegan y prueban, de manera ostensible, palmaria, patente, los presupuestos procesales de toda medida cautelar, en razón que ningún interés general puede ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico; en tanto, que será imposible conceder la tutela cautelar, cuando no se encuentran presentes de manera concurrente los mencionados presupuestos, pues ningún interés individual puede prevalecer sobre el general, sin exhibir una razonable apariencia de conformidad a derecho y por ende de éxito en el proceso²³.

3. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia

En el ámbito jurisdiccional algunas decisiones poco afortunadas, han expresado que para la concesión de las medidas cautelares es necesaria la existencia de cuatro presupuestos, como lo constituyen la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, el peligro de daño y la prueba de todos los presupuestos anteriores.

Estas decisiones además de ser contrarias al texto constitucional, evidencian un desconocimiento del ordenamiento jurídico positivo, porque tal como se señaló anteriormente, tanto los artículos 585 y 588, párrafo primero del Código de Procedimiento Civil, exigen la concurrencia de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

El último artículo citado, al regular las medidas cautelares innominadas, exige los mencionados presupuestos, agravando el peligro en la mora, al temor que tiene el solicitante de sufrir un daño irreparable en su derecho, por la otra parte, mientras se tramita el proceso.

El solicitante de la medida cautelar tiene, tanto la carga de la argumentación como la carga de la prueba, de allí que una vez alegados y argumentados los presupuestos procesales, debe aportar los medios probatorios necesarios para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que debe concederse la medida solicitada.

Es así como, la prueba de los presupuestos procesales no constituye un requisito de procedencia de las medidas cautelares, sino la consecuencia lógica de la carga de la prueba que rige el sistema procesal administrativo, que está destinada a desvirtuar, al menos provisionalmente, la presunción de legalidad y en consecuencia, enervar temporalmente la ejecutividad del acto administrativo o demostrar la contrariedad a Derecho de la presunta inactividad administrativa, que justifican cautelarmente el otorgamiento de una medida cautelar positiva, bien sea de regulación o de anticipo cautelar.

Aun cuando no han dejado de producirse decisiones, que pretenden exigir los cuatro presupuestos procesales para la concesión de las medidas cautelares -que se han cuestionado por ilegales e innecesarios-, luego de enunciarlos, en el análisis sólo se limitan a

22. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas, Madrid 1993, p. 1170; AGUADO I Cudola, V., "La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993, pp. 1694-1696.

23. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 28-29.

los dos previstos en el Código de Procedimiento Civil, lo que pone en evidencia que afortunadamente esa es una corriente que está en camino de desaparición, en tanto que el Máximo Tribunal de la República, en aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha establecido los criterios que se deben seguir para la concesión de la tutela cautelar.

A. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 726, de 13 de noviembre de 1997, en el caso del amparo constitucional intentado por la Superintendencia Nacional Tributaria contra la sentencia del Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, a los fines de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, señaló lo siguiente:

Examinados los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada, ello es, el peligro de que quede ilusoria o sin eficacia la sentencia de fondo a ser dictada y la presunción sobre el buen derecho que se reclama, la Sala observa que tales condiciones están presentes en el caso que nos ocupa, lo que hace pensar que es urgente y necesaria la paralización de la sentencia cuestionada, sólo en cuanto se refiere a la declaración de inexistencia de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales del SENIAT, debido a los daños que, de no adoptarse tal decisión, pueden ocasionarse al Fisco Nacional, ya que analizado someramente el referido fallo, hay una presunción, sin que ello implique un pronunciamiento acerca del fondo del asunto, de que existe un vicio de incompetencia del Tribunal autor del mismo para dictaminar la inexistencia de la Gerencia Tributaria que *supra* se señaló y, en cuanto al buen derecho, también este presupuesto se encuentra cumplido, ya que las actuaciones del Servicio Nacional Tributario, a través de la citada Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales, tienen su asidero en la Resolución 32, de fecha 24 de marzo de 1995, analizada y cuestionada en el fallo accionado en amparo, por tanto resulta procedente conceder la medida cautelar innominada solicitada, prevista en el artículo 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil y así se declara.

Esta decisión claramente señala que los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar innominada, en un proceso de amparo, son la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora. Tal declaración se ciñe a la interpretación y aplicación de lo expresamente dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, respecto a todas las medidas cautelares, incluidas las innominadas.

Conforme a lo anterior, esta sentencia no reportaría mayor novedad, sino fuese por dos razones: Una, porque este es el primer fallo en que se acordó una medida cautelar, en un proceso de amparo constitucional contra sentencia, que convierte a esta decisión en un *leading case*. Si bien ello por sí sólo constituyó toda una novedad en su momento, a la cual se encuentra habituado el foro jurídico en la actualidad, no puede soslayarse la otra razón, que le otorga trascendencia a este fallo, la misma consistió en la declaración de la suspensión parcial de la motivación del fallo y no de la totalidad de la decisión o del dispositivo de la sentencia, que es lo que efectivamente se ejecuta. Al respecto la Sala expresó:

En consecuencia y con fundamento en las razones precedentemente expuestas y a tenor de lo previsto en el artículo 588, Parágrafo Primero, del Código de Comercio Civil, esta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la Ley, ACUERDA MEDIDA CAUTELAR, mediante la cual suspende, mientras se decide el fondo de la acción de amparo ejercida, la ejecución y los efectos de la decisión N° 541, de fecha 27 de octubre de 1997, dictada por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *pero sólo en cuanto se refiere al pronunciamiento contenido en la motiva de la citada sentencia*, que textualmente dispuso: "...habiendo sido creada la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyente Especiales por un funcionario incompetente, dicho ente es inexistente y, en virtud de ello, sin efecto legal alguno los actos administrativos por ésta emitidos. Así se declara.

El amparo fue declarado con lugar en la sentencia definitiva, en tanto, la sentencia parcialmente transcrita, inauguró una nueva etapa en materia de amparo contra sentencias y una confirmación sobre los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares innominadas.

B. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Tal como señalamos en el epígrafe anterior, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, la jurisprudencia mayoritaria venía señalando que el órgano jurisdiccional que conoce de la pretensión de amparo constitucional, debía constatar la existencia de los hechos presuntamente constitutivos de la lesión o amenaza de la situación jurídica subjetiva, en cuyo caso debería revisar si concurren los elementos existenciales de cualquier providencia cautelar, cuales son: el peligro de que la sentencia definitiva quedase ilusoria (*periculum in mora*) y la existencia o presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*), e incluso, en algunas decisiones, se realizó una ponderación entre el interés general y el particular, que pudiese verse afectado.

Sin embargo, no se puede ignorar que existieron decisiones que soslayaron la presencia concurrente de ambos requisitos, en el momento de conceder la tutela cautelar, lo que permitió relajar -de manera desafortunada-, la concesión de las pretensiones cautelares, así como la carga de probar los aludidos presupuestos procesales.

Ello conduce a afirmar, que tales decisiones constituyeron los primeros pasos, en el camino hacia una mayor discrecional del órgano jurisdiccional en la concesión de la tutela cautelar, porque la misma fue otorgada, obviando el cumplimiento estricto de los presupuestos de peligro en la mora y la presunción de buen derecho.

Al entrar en vigencia la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 156, de 24 de marzo de 2000, caso *Corporación L'Hotels C.A.*, estableció la inexigibilidad de los presupuestos procesales del Código de Procedimiento Civil, por parte del órgano jurisdiccional, al que se solicita una medida cautelar dentro de un proceso de amparo. Al respecto señaló:

De allí, que el juez de amparo, para decretar una medida preventiva, no necesita que el peticionante de la misma le pruebe los dos extremos señalados con antelación en este fallo, ni el temor fundado de que una de las partes pueda causar a la otra lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ya que ese temor o el daño ya causado a la situación jurídica del accionante es la causa del amparo, por lo que el requisito concurrente que pide el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, para que procedan las medidas innominadas, tampoco es necesario que se justifique, quedando a criterio del juez de amparo, utilizando para ello las reglas de lógica y las máximas de experiencia, si la medida solicitada es o no procedente.

Aquí la Sala Constitucional le otorga al órgano jurisdiccional la más amplia discrecionalidad, para que basándose en las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, conceda o niegue la tutela cautelar solicitada, declaración ésta que prescinde de las reglas objetivas establecidas de manera concurrente por el legislador y condiciona la decisión cautelar a criterios subjetivos, difícilmente controlables por el tribunal superior en caso de plantearse un eventual recurso.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, la Sala agrega que:

Lo importante de la medida que se solicita con el amparo, es la protección constitucional que se pretenda y, al igual que en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional se concreta suspendiendo efectos lesivos o amenazantes, y es éste tipo básico de medidas que puede pedir el accionante, y cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño. Es más no permitiendo la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide en la solicitud de amparo, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decreta, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decreta, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudica al accionado. Esto sin perjuicio de la responsabilidad proveniente del error judicial.

La Sala Constitucional comienza con una afirmación parcialmente cierta, al sostener que los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, garantizan que la protección constitucional se concrete “suspendiendo los efectos lesivos o amenazantes”. En efecto, este aserto es parcialmente correcto, porque la suspensión constituye uno de los tipos de medidas que cautelarmente puede adoptar el órgano jurisdiccional, para garantizar la protección constitucional, pero no es la única forma como se manifiesta la protección constitucional, pues ésta también puede consistir en la adopción de cualquier medida cautelar idónea y adecuada, para restablecer inmediatamente el derecho constitucional lesionado o amenazado de lesión. En este sentido se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, al conceder la protección constitucional cautelar positiva, ordenando la realización de una actuación o conducta a la administración u ordenando un anticipo económico, mientras se tramitaba el proceso administrativo²⁴.

Lo que si resulta acertado en la sentencia que se comenta, es la necesidad de ponderación de los posibles daños, que puede producir la concesión de la medida cautelar, en función del hecho cierto, que no resulta posible dentro del proceso de amparo, la tramitación de la incidencia de oposición a la medida cautelar.

Sin lugar a dudas, que esta última sentencia constituye un cambio de criterio en lo que respecta a los presupuestos de procedencia de la tutela cautelar dentro del proceso de amparo, que debería ser revisado y rectificado, en el sentido de exigir el cumplimiento de los extremos procesales contemplados en el ordenamiento jurídico para la concesión de la tutela cautelar, que se han analizado en este epígrafe.

24. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 154-158.

C. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, caso *Marvin Sierra Velasco*, ha señalado que el órgano jurisdiccional deberá analizar los presupuestos procesales que condicionan la concesión de toda medida cautelar, como lo son el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional alegado y el *periculum in mora*, el cual se determina por la sola verificación del requisito anterior, porque “la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho, el cual por su naturaleza debe ser restituido inmediatamente, conduce a la convicción que debe preservarse dicho derecho, ante el riesgo de causar un daño irreparable en la sentencia definitiva”.

Este criterio fue acogido por la Corte Primera del Contencioso Administrativo, en la sentencia de 30 de marzo de 2001.

D. La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia

El ordenamiento jurídico establece algunos casos en los cuales, el interesado puede solicitar y el órgano jurisdiccional conceder las medidas cautelares, sin que se cumplan los presupuestos procesales que con carácter general regulan la tutela cautelar. Estos casos llevan a exigir y constituir una caución para garantizarle a la parte contra la cual obre la medida, que en caso de producirse algún daño o perjuicio marginal, éste le será indemnizado suficientemente.

Se trata del establecimiento de un régimen de responsabilidad del requirente de la tutela judicial cautelar, quien debe ofrecer y otorgar una caución o garantía suficiente, con el objeto de facilitar que se le conceda la pretensión cautelar y de cubrir el eventual daño que ésta le pueda ocasionar, al sujeto pasivo de la medida cautelar. Es así como la parte contra quien obre la medida, en caso de resultar vencedora en el proceso principal y de haber experimentado algún daño en su esfera jurídica patrimonial, con motivo de la privación o limitación temporal de su potestad o de un derecho, se hace acreedor a ejecutar la caución o garantía específica otorgada por el accionante.

La exigencia de caución o garantía por el órgano jurisdiccional requiere la existencia de texto expreso, dado que la misma podría constituirse en determinados casos, en un límite, impedimento o restricción al ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, los cuales solo pueden ser regulados por el legislador, a tenor de lo dispuesto en los artículos 156, numeral 29; 187, numeral 1 y 203 de la Constitución.

Aun así, las normas procesales en vigor que regulan el otorgamiento de la caución o garantía para la concesión de las medidas cautelares ha planteado dudas sobre su validez constitucional, en razón de lo cual fueron sometidas al control de la constitucionalidad ante el Máximo Tribunal de Justicia, que ha fijado posición al respecto.

(a) *La caución en el Código de Procedimiento Civil*

El artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, establece la posibilidad de conceder determinadas medidas cautelares, sin estar llenos los extremos de ley, valga decir, la

aparición de buen derecho y el peligro en la mora, en caso que el solicitante de la medida ofrezca y constituya caución o garantía suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los eventuales daños y perjuicios que pudiera ocasionarle.

En tal caso, no procederá la oposición a la medida cautelar, ni la articulación probatoria, a que se refiere el artículo 602 del referido Código, pero el sujeto pasivo de la medida podrá hacer que se levante la medida cautelar, otorgando caución o garantía suficiente. En caso que “se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta” (artículos 589 del Código de Procedimiento Civil).

Sometida esta norma al control de la constitucionalidad, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, caso *Tulio Álvarez*, expresó lo siguiente:

En efecto, el último aparte del artículo 602 lo que impide es la oposición a la medida por incumplimiento de sus requisitos de procedencia. Nada dispone, no obstante, respecto de la impugnación de la garantía. Es obvio que tal impugnación, aunque no esté prevista, es posible. De lo contrario, sí existiría una violación del derecho a la defensa.

Al respecto, esta Sala Constitucional recuerda que ante una laguna jurídica es necesario recurrir a los medios previstos en el Código Civil. En concreto, lo procedente es recurrir a la analogía y aplicar alguna norma que regule un aspecto similar. No es difícil hallarla y en este mismo fallo se ha hecho ya mención a ella: el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil contempla el procedimiento para objetar la eficacia y suficiencia de la garantía que se constituye para la suspensión de la ejecución de una medida. En vista de que el supuesto es similar al de la objeción a la eficacia de una garantía constituida para acordar una medida cautelar, esta Sala estima que es pertinente aplicarle lo dispuesto en ese aparte único del artículo 589 del referido Código. Así se declara.

En consecuencia, en el caso que una parte solicite una medida cautelar, sin llenar los extremos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, limitándose a ofrecer y otorgar una garantía o caución, el órgano jurisdiccional deberá concederla de considerar que ésta o aquella son suficientes, para garantizar los eventuales daños y perjuicios y la parte contra quien va dirigida la medida cautelar, tiene el derecho correlativo a objetar la garantía o caución otorgada por el solicitante de la medida cautelar. En tal caso, al no existir un procedimiento especial para tramitar dicha objeción, en virtud de la interpretación analógica que es una fuente general de derecho procesal, deberá aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

(b) La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia

En forma similar, la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, contiene dos normas destinadas a regular la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, que sean recurridos en sede jurisdiccional, señalando que el interesado deberá prestar una caución, cuyo monto será establecido por el ente regulador de la libre competencia.

En este sentido, el primer artículo señala:

Artículo 38. En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta Ley.

... (omissis)...

Parágrafo Segundo: En la resolución que dicte la Superintendencia, debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54.

Dicha norma remite al artículo 54 de la Ley, el cual establece:

Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 38.

Estos artículos plantearon serias dudas sobre su conformidad con los artículos 26 y 259 de la Constitución, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional pleno de los actos administrativos; así como a los artículos 136, 253 y 259 de la Constitución, que establecen que cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias, correspondiendo al Poder Judicial, como rama independiente, conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes, así como sentenciar y hacer ejecutar lo sentenciado y en particular, ha sido atribuido al orden jurisdiccional administrativo, que ejercen el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa y los demás tribunales que determine la ley, el control de la actividad o inactividad administrativa.

El cuestionamiento fue el siguiente: Los artículos 38 parágrafo segundo y 54 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia al otorgarle atribución al ente regulador de la libre competencia, para que establezca el monto de la caución que deben otorgar los interesados como presupuesto previo, para la suspensión de la ejecución en vía judicial, de los actos administrativos que determinen la existencia de prácticas prohibidas, ha establecido una restricción económica, al poder cautelar del órgano jurisdiccional, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y que limita el control jurisdiccional pleno de los actos administrativos, porque habilita a la autoridad administrativa, para que mediante su propio acto, restrinja el poder del órgano jurisdiccional para controlar la ejecutividad a través de la tutela cautelar, poder que se encuentra consustanciado con la potestad de sentenciar y hacer ejecutar lo sentenciado.

Ello resulta más evidente, si se considera que el ente regulador puede establecer discrecionalmente el monto de la caución y que incluso puede hacerlo de manera desproporcionada, con la finalidad de disuadir a aquellos interesados que acudan a la vía jurisdiccional, por no tener los medios económicos para constituirlos o que incluso, acudiendo ante el órgano jurisdiccional, éste se vea imposibilitado de conceder la pretensión cautelar de la suspensión de la ejecución del acto recurrido, al no poder satisfacer el interesado la caución fijada por la Administración, lo que culminaría en la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva.

También se argumentaba que, corresponde a los órganos del Poder Judicial, en especial a aquellos que conforman el orden jurisdiccional administrativo y en particular, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la competencia atribuida por el ordinal 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecer en caso que considere que es necesario requerirlo, cuál debe ser el monto de la caución y su suficiencia a satisfacción de dicho órgano jurisdiccional, para conceder la suspensión de la ejecución, cuando se interpone un recurso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos individuales dictados por el ente regulador de la libre competencia.

Por ello se considera, que los artículos 38, párrafo segundo y 54 de la Ley, al atribuirle competencia al ente regulador para que establezca el monto de la caución, para la suspensión de la ejecución de sus propios actos, ante la eventualidad de que los interesados recurran ante los órganos jurisdiccionales, persigue habilitar a la autoridad administrativa para que ejerza funciones que corresponden al Poder Judicial por órgano de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, lo que supone una usurpación de funciones, que constitucionalmente están atribuidas a los órganos del Poder Judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, caso *Víctor Manuel Hernández*, luego de declarar la inconstitucionalidad del artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, se pronunció sobre la conformidad a la Constitución, del artículo 38, párrafo segundo en concordancia con el artículo 54 de la misma Ley. Al respecto la Sala comienza expresando:

... para decidir esta Sala observa que la suspensión de efectos de un acto administrativo impugnado es, en nuestro sistema contencioso, la medida cautelar típica con que cuenta el juez para lograr una tutela efectiva de los derechos subjetivos que ante éste se denuncien como violados. En tal sentido, son varias *las vías con las que cuenta en la actualidad* quien ocurra ante los tribunales de justicia para obtener tal pretensión accesoria a la que solicite como de fondo en su demanda, pudiendo operar ésta de forma automática (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), o a solicitud de parte, bien conforme a lo previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, bien, mediante las llamadas medidas cautelares innominadas que se encuentran consagradas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a través de una pretensión cautelar de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en el caso específico de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, mediante modalidad cautelar establecida en su artículo 54.

En efecto, existen fundamentalmente dos formas de que opere dicha cautela, una correspondiente al contencioso tributario (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), según el cual, basta con que se verifique la interposición del recurso para que *automáticamente* cesen los efectos del acto que es atacado por esa vía, sin que pueda el juez hacer algún pronunciamiento sobre la procedencia de la misma; y la otra, aplicable al sistema contencioso-administrativo general, cuando el juez determine a solicitud de parte que pudieren resultar ilusorios los efectos del fallo, por ser “irreparables o de difícil reparación” los perjuicios que el acto administrativo impugnado pudiere causar durante la tramitación del juicio de nulidad”.

La Sala realiza una afirmación total y absolutamente falsa, porque aplica una norma que no se encuentra vigente, al señalar que en la actualidad el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994²⁵, reconoce la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos recurridos, siendo que ésta desapareció al entrar en vigencia la reforma del Código Orgánico Tributario, el día 15 de enero de 2002, en virtud de lo dispuesto en el artículo 343. Además esta norma, establece cuáles disposiciones entraron en vigencia al día siguiente de su publicación y cuáles entrarían en vigencia a los 360 días siguientes a la publicación en la Gaceta Oficial.

25. El artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994, al regular la interposición del recurso en sede administrativa, señalaba que “La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido. Cuando en el recurso sólo se impugne parcialmente el acto, será exigible el pago de la porción no objetada, en el término de Ley”, en tanto que el artículo 189 ejusdem, al regular la interposición del recurso en sede jurisdiccional establecía que “La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido”. Por tal razón, debe considerarse que la referencia que hace la sentencia al artículo 173, debe entenderse que quiso hacerla al artículo 189.

Al momento de entrar en vigencia la reforma del Código Orgánico Tributario, quedaron derogadas de manera especial, las normas indicadas en el artículo 342 del Código Orgánico Tributario y con carácter general, “todas las disposiciones legales relativas a las materias que regula el presente Código, las cuales estarán regidas únicamente por sus normas y por las leyes a las que este Código remita expresamente. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 340 de este Código”.

Ahora bien, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, expresamente señala:

La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.

La norma parcialmente transcrita, lejos de establecer la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos de la administración tributaria, lo que prevé es que la simple interposición del recurso contencioso tributario contra los actos administrativos de naturaleza tributaria, no suspende *ope legis* la ejecución del acto; en tanto se admite la potestad del órgano jurisdiccional de suspender total o parcialmente el acto recurrido, siempre que se cumplan los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar que ella establece.

No obstante, esta disposición se encuentra expresamente mencionada en el artículo 343 del Código Orgánico Tributario, como una de aquellas que entrará en vigencia a los 360 días de publicado el texto legal en la Gaceta Oficial.

Ello así, considerando que el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994 desapareció y que el Código Orgánico Tributario de 2001, eliminó la disposición que señalaba que la interposición del recurso contencioso tributario conllevaba la suspensión automática de los actos administrativos recurridos, estableciendo en el artículo 263, que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, - pero difiriendo su aplicación para un momento posterior-, debe considerarse que tal regulación generó un problema de derecho transitorio, no resuelto por el legislador, como sí lo hace el artículo 341 del mismo Código.

No estando vigente, el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994 y habiéndose eliminado la suspensión automática de los actos administrativos de la Administración Tributaria, recurridos en vía jurisdiccional, no resulta aceptable la afirmación de la sentencia, respecto a que *actualmente* ésta constituye unas de las vías para lograr la tutela judicial cautelar; pues al desaparecer la disposición *in commento*, la vía procesal para lograr la tutela judicial cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos de la administración tributaria, debe buscarse en el Código de Procedimiento Civil, que se aplica supletoriamente, al proceso tributario, según lo dispuesto en el artículo 332 en concordancia con el artículo 342 del Código Orgánico Tributario, normas procesales que resultarían aplicables hasta tanto entre en vigencia, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario²⁶.

26. Ante la defectuosa regulación legislativa, los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario han resuelto aplicar el criterio de la ultraactividad de la norma derogada y en consecuencia, han entendido que mientras entra en vigencia el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, se aplicará la norma que contemplaba la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en sede jurisdiccional.

Por tanto, esta primera argumentación esgrimida por la Sala para llegar a la conclusión de la constitucionalidad de los artículos impugnados, se fundamenta en una falso supuesto, que destruye la validez jurídica del fallo. Sin embargo, esta argumentación no fue la única realizada por la Sala, sino que además expresó:

Que la Ley prevea la obligación de que Procompetencia señale un *monto* que sería suficiente para garantizar los posibles daños que podrían producirse con la suspensión del acto, lejos de ser un elemento que vulnere o dificulte la posibilidad de obtener una tutela judicial cautelar, por el contrario la facilita. Ciertamente, el señalamiento de dicho monto por parte de la Superintendencia constituye una manifestación clara del principio constitucional de colaboración de poderes hecha en interés y beneficio del sancionado por las Resoluciones de Procompetencia y que en nada afecta el principio de separación de poderes de origen constitucional toda vez que es una estimación (opinión técnica) que por exigencia de la Ley se establece “a priori” -antes de que el interesado ocurra a la jurisdicción contencioso-administrativa- y que, de ser aceptada por el recurrente, en principio, podría considerarse suficiente por el Juez contencioso administrativo para la suspensión de los efectos del acto impugnado de una manera semi-automática.

No parece muy acertada la argumentación respecto a la garantía del principio de la colaboración de poderes, pues una simple lectura de las normas jurídicas impugnadas, pone de manifiesto que las mismas le atribuyen competencias expresas a la autoridad administrativa para emitir decisiones que son competencia exclusiva del Poder Judicial, -fijación del monto de la caución para la suspensión de la ejecución del acto recurrido en sede judicial-, en virtud de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado (artículos 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 585 al 600 del Código de Procedimiento Civil), lo que evidencia, que se trata de una actuación que está muy lejos de constituir una garantía del principio de colaboración entre los poderes públicos; en tanto que, cuando el Poder Judicial requiere la colaboración de cualquier otro órgano del Poder Público, debe requerírsele en virtud de las amplias potestades inquisitivas y oficiosas que le reconocen las leyes.

En otro orden de ideas, debe resaltarse que la Sala Constitucional introduce toda una novedad, al afirmar que la fijación de la caución que realiza la autoridad administrativa, para que el interesado la constituya y obtenga la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado en sede judicial, solo constituye una estimación de carácter técnico, no vinculante para el órgano jurisdiccional, pero que puede servir para lograr una suspensión semi-automática, en caso que el recurrente acepte tal cuantía y otorgue la respectiva caución.

Seguidamente la Sala establece, los elementos que caracterizan la suspensión de la ejecución, regulada en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia y sobre el particular considera:

- a) La naturaleza de la caución es judicial. Se da en el marco de un proceso contencioso-administrativo de anulación, no se constituye ante la autoridad administrativa;
- b) Como una opinión técnica que es, el Juez contencioso administrativo no está sujeto en ejercicio de su potestad cautelar al “monto” que estima la Administración como suficiente para caucionar en el caso concreto. No hay menoscabo de la autonomía judicial en la materia;
- c) La determinación de la corrección, idoneidad y suficiencia del monto a solicitarse para los efectos de la caución la determina el juez contencioso-administrativo y está sometida al control del sujeto contra quien obra;
- d) La existencia de la modalidad de suspensión de los efectos del acto por la vía de la caución, no excluye la posibilidad de que dicha suspensión pueda obtener(la) el recurrente por otros mecanismos legales existentes.

De esta forma, en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva -cuya vulneración aduce el recurrente-, la Ley previó que el juez contencioso administrativo contará con un simple parámetro técnico de referencia que le permitiera suspender los efectos del acto por una vía más expedita y menos gravosa desde el punto de vista procedimental y argumental para el accionante para obtener la suspensión de efectos, toda vez que al suspender la ejecución del acto sancionatorio como consecuencia de la aludida caución, no se requeriría demostrar los extremos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni los correspondientes a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La sentencia luego de reiterar, que el monto de la caución establecido por la autoridad administrativa constituye un simple parámetro técnico, que le sirve de referencia al órgano jurisdiccional, para suspender la ejecución del acto administrativo recurrido, advierte que, tratándose de un monto referencial puede suceder que el órgano jurisdiccional se aparte de él y fije uno distinto:

Hechas las disquisiciones anteriores, resulta fácil comprender que, aún en el caso de que la Administración incurriera en el error de excederse en la fijación del *quantum* de la referida caución, ya sea por errores meramente técnicos o como medida efectista que impide a los administrados suspender preventivamente la ejecución de la sanción por presuntas prácticas prohibidas, tal como es sabido sucede abiertamente en la práctica administrativa, *ello en ningún modo obsta para que el juez contencioso administrativo rechace ese quantum referencial y, en virtud de la potestad cautelar que le es inherente, modifique discrecionalmente, el monto de la caución por considerar que la misma sea desproporcionada e irracional.*

Continuando su argumentación y de manera congruente con lo expuesto en el mismo fallo y en la sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expresa que en caso de otorgarse la caución que debe fijar el órgano jurisdiccional, bien sea porque aceptó la referencia técnica de la autoridad administrativa o porque fijó su propia cuantía, no se requiere el cumplimiento de los extremos procesales establecidos en las leyes, para la concesión de las medidas cautelares. Así expresa:

Por otra parte, reitera esta Sala Constitucional, una vez que quede establecido el monto de la caución por el Tribunal y cumplidas por el administrado las actuaciones pertinentes para la constitución de dicha garantía, queda excluido de plano todo análisis sobre los extremos legales de procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), puesto que, al ser la caución -como se indicó *supra*- una garantía en beneficio de los particulares, constituida la misma opera la suspensión de la ejecución de la sanción sin necesidad de ninguna otra actuación.

La Sala Constitucional efectúa una precisión trascendental, al afirmar que pudiendo los actos administrativos del ente regulador tener incidencia en la esfera jurídica privada de otros agentes económicos, distintos del destinatario directo del acto e incluso, pudiendo repercutir en el público consumidor en general, el órgano jurisdiccional deberá considerar en cada caso, los intereses en presencia que podrían verse perjudicados, por la suspensión de la ejecución del acto recurrido. Conforme a ello expresa:

... estima esta Sala que el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la nulidad de los actos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deberá tener en cuenta, en cada caso concreto, a los efectos de acordar la suspensión de efectos según lo establecido en el tantas veces aludido artículo 54, la afectación que tal suspensión tendría sobre los intereses generales o terceros definidos. Así pues, la amplia potestad cautelar que le es propia a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, permite que éstos reduzcan el monto de la caución "propuesta referencialmente" por la Administración, cuando consideren que ésta se haya excedido en tal fijación; pero, asimismo, deben rechazar la caución y la consecuente suspen-

sión de la ejecución del acto impugnado, en el *exclusivo* caso de que sea evidente que tal medida afectará intereses generales o de terceros definidos.

En razón de lo anterior, la Sala Constitucional concluye considerando, que los artículos 38, párrafo segundo y 54 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde a la tutela judicial efectiva, que tampoco contraría el principio de separación de poderes.

La decisión cuenta con un voto salvado, en el cual se señala que los artículos impugnados contrarían las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 259 de la Constitución, lo que le permite concluir al disidente que “el contenido de los artículos impugnados de inconstitucionalidad menoscaba la autonomía judicial y atenta contra la seguridad jurídica, en virtud de que con dichas disposiciones se permite que los órganos distintos del Poder Público, ejerciendo sus funciones propias, se pronuncien sobre el establecimiento de montos que pueden ser disímiles, y ello porque de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable en los procedimientos contencioso administrativo de anulación contra actos de efectos particulares por los tribunales competentes por la materia, se somete la suspensión de los efectos del acto recurrido al otorgamiento de una fianza, cuya cuantía será -por supuesto determinada-, por el juez que ejerza el control de legalidad del acto”.

(c) *La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*

Esta Ley no contempla norma alguna que regule el otorgamiento de caución o garantía, con el objeto de otorgar la tutela cautelar de amparo constitucional. Sin embargo, vale la pena recordar, que la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Banvenez*, concedió la tutela constitucional cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo de la Comisión Nacional de Valores y solicitó una caución al solicitante de la protección constitucional cautelar.

En el contexto de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 925, de 15 de mayo de 2001, caso *Consorcio Absorbven*, considero procedente conceder la tutela constitucional cautelar y en consecuencia suspender la ejecución del acto administrativo del Registrador de la Propiedad Industrial, mientras se tramita el proceso administrativo. Además establece la Sala que:

De otra parte, y como modo de proteger los derechos de la sociedad mercantil interviniente, que puedan resultar ilegítimamente afectados de resultar improcedente la acción de nulidad incoada, se acuerda exigir una fianza pura y simple, *sin limitación temporal e incondicional* y otorgada por una entidad bancaria o por una compañía de seguros, cuyo monto se fijará como se indica en la parte dispositiva del presente fallo; a fin de garantizar los daños que la sociedad mercantil THE PROTECTOR & GAMBLE pudiera sufrir, y sin perjuicio de que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a solicitud de la referida sociedad mercantil y previo el estudio de la fundamentación que se acompañe a tal fin, fije un monto distinto que considere suficiente como garantía para reparar el eventual daño.

En efecto, la reconocida naturaleza cautelar que tiene la acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con una acción de nulidad, si bien reviste rasgos particulares, la hace participe de las características comunes a estas medidas provisionales (ver en ese sentido sentencia N° 00402 de esta sala, de fecha 20 de marzo de 2001, caso: *Marvin Enrique Sierra vs. Ministro Del*

Interior y Justicia) y como quiera que sería contrario al principio general que las gobierna, causar un daño a un derecho de igual rango para proteger otro también igualmente tutelable, concluye la Sala que se impone exigir una cautela suficiente que garantice el debido equilibrio en el proceso. Así se decide

En razón de esta argumentación, la Sala Político Administrativa dispuso que sería la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el órgano jurisdiccional que deberá fijar el monto de la garantía exigida y el plazo en que debe consignarse, advirtiendo que no presentar la fianza exigida o si luego de presentada se produce una falta de impulso procesal, la medida cautelar quedará sin efecto.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, se pronunció sobre la improcedencia de la exigencia de la *cautio iudicatio solvi*, al accionante que no está domiciliado en Venezuela, ni tiene bienes suficientes para responder de las resultas del proceso, en razón que el artículo 27 de la Constitución no establece tal condición.

Este criterio lleva a considerar, que no siendo exigible la constitución de caución para litigar, en el proceso de amparo constitucional, a aquellas personas que no están domiciliadas en el país o no tienen bienes suficientes para garantizar las resultas del juicio; menos aún debería exigirse, a quien está domiciliado en el país o tenga bienes suficientes para garantizar las resultas del juicio y solicite una pretensión cautelar de amparo constitucional, en un proceso administrativo, porque en este caso, la exigencia de la mencionada caución, tampoco tiene cobertura constitucional y mucho menos legal.

4. Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar

Los presupuestos procesales del amparo constitucional cautelar, son los tradicionalmente admitidos por la legislación, la doctrina científica y la jurisprudencia, valga decir, la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

En el caso del amparo constitucional cautelar, la apariencia de buen derecho viene dada por la denuncia y argumentación de los derechos constitucionales, que han sido lesionados o cuya violación inminente teme el solicitante de la medida, para lo cual debe acompañar, los medios probatorios que constituyan presunción grave de violación o de la amenaza de violación de los susodichos derechos. Tales medios probatorios deben llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que el recurso contencioso administrativo de anulación o de abstención puede prosperar y éste deberá valorarlos, para llegar a la conclusión que *prima facie* existe la presunción de buen derecho, sin que ello signifique un pronunciamiento anticipado sobre el mérito de la controversia, sino una simple verosimilitud, una presunción que espera por su confirmación en la sentencia definitiva, cuando con auténtica certeza jurídica, se reconozca el derecho.

En tanto que el peligro en la mora, se conforma en un presupuesto objetivo, que debe entenderse comprobado, ante la mera verificación de la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional, pues en tal circunstancia, procede restablecer inmediatamente la situación jurídica subjetiva lesionada o la que más se aproxime a ella, tal como lo dispone el artículo 27 de la Constitución, ante la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales, quedando la resolución del debate sobre la conformidad a derecho de la actuación o inactividad administrativa, para un momento posterior, una vez tramitado el proceso administrativo de cognición.

IX. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR

El legislador no estableció qué medios de pruebas son admisibles en el proceso de amparo autónomo o de amparo cautelar, no obstante, en virtud de la remisión que realiza el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a las normas procesales vigentes, deben aplicarse las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico Procesal Penal, ello en razón que, siendo en el proceso cautelar subsidiario del proceso administrativo, aquél se encuentra sometido a las mismas reglas probatorias de éste y en consecuencia, las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria, son aplicables al proceso cautelar de amparo constitucional.

Según esto, con excepción de las limitaciones establecidas en materia de medios probatorios en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que resultan aplicables al proceso cautelar; en todo lo no previsto expresamente, rige lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que reconoce el principio de libertad de medios probatorios.

Esto lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, oportunidad en la cual estableció respecto a la idoneidad de los medios de pruebas, que debe producir la parte accionante, a los efectos que el órgano jurisdiccional pueda conceder la medida cautelar, lo siguiente:

La amplitud de las formalidades no puede significar que la prueba máximo elemento de convicción, puede ser relajada o ignorada, y por ello considera esta Sala que si bien pueden aceptarse copias de documentos auténticos que se acompañan a los escritos de amparo, los originales o copias certificadas de dichos documentos deben ser presentados durante el proceso de amparo y que ninguna medida cautelar, cuando los hechos se verifican con documentos, puede decretarse fundada en documentos que carecen de autenticidad.

Aun cuando es cierto que con base en el principio de libertad probatoria, en el proceso de amparo cautelar son admisibles todos los medios de pruebas, con las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; tal libertad de medios probatorios, no permite que el órgano jurisdiccional otorgue medidas cautelares de amparo constitucional, que no se soporten en medios probatorios obtenidos dentro del debido proceso (artículo 49, numeral 1 de la Constitución) o en medios probatorios que carecen de autenticidad o que se hayan obtenido ilícitamente (artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal).

1. La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar

Tal como se señaló antes, al aplicar las normas procesales en vigor, se pueden aplicar las normas del Código Civil, que regulan la materia probatoria, al proceso de amparo constitucional. En tal sentido, el artículo 1354 del Código Civil establece:

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Por su parte, el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, señala:

Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

En aplicación de estas normas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 337, de 10 de mayo de 2000, caso *Jesús Molina*, se pronunció sobre la carga de la prueba en el proceso de amparo y al respecto señaló:

... este Tribunal Supremo debe puntualizar que en el proceso de amparo, rigen las normas sobre la carga de la prueba, y que dicha carga, en cuanto a los hechos alegados por el accionante, recae en su cabeza como parte de los hechos constitutivos del amparo, bien se apliquen los principios del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil o 1354 del Código Civil.

No habiendo cumplido el actor con su carga, tal hecho lo perjudica al no poder probar su alegato y así se decide.

Estas normas conducen a analizar, la distribución de la carga de la prueba en los procesos de amparo constitucional.

A. La carga de la prueba del accionante

En aplicación de estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, estableció que la parte accionante, debe indicar en su escrito lo siguiente:

... las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviere y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos.

La Sala Constitucional realiza una precisión contundente respecto a la carga de la prueba de la parte accionante, pues establece la oportunidad preclusiva tanto para promover todos los medios probatorios que se tienen al momento de acudir ante el órgano jurisdiccional, así como para producir aquellos cuya evacuación se materializa con su presentación junto al escrito de amparo.

B. La carga de la prueba del accionado

En lo concerniente a la oportunidad procesal de la parte accionada, para producir sus medios probatorios, la Sala Constitucional en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, también indica la oportunidad para ello, señalando:

En la fecha de comparencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y esta decidirá si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agraviante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

Hay que señalar, que la oportunidad para la promoción de los medios probatorios por la parte accionada es la establecida para realizar la audiencia pública, en el caso de los

procesos cautelares de amparo constitucional que se tramitan conforme a la sentencia 88, de 14 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional; en tanto, que si se trata de una pretensión cautelar formulada dentro de un proceso administrativo, la oportunidad para promover y evacuar los medios probatorios será la establecida en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.

C. Una regla común sobre la carga de la prueba

En lo atinente a la oportunidad de la promoción del hecho comunicacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, ha expresado que las partes lo pueden alegar en cualquier estado y grado del proceso, dado que éste puede producirse en cualquier tiempo. Es así como señala:

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca.

La sentencia realiza una afirmación que encierra una *contradictio in terminis*, porque si los hechos notorios no son objeto de prueba, el hecho comunicacional *notorio*, tampoco debería serlo, sólo bastaría que las partes lo invocasen entre sus alegatos, a los fines que el órgano jurisdiccional lo apreciase al momento de adoptar la respectiva decisión. No obstante, según lo expresado en el fallo, las partes tienen la carga de probar el denominado hecho comunicacional *notorio*, mediante publicaciones o audiovisuales, en caso que tengan dudas sobre el conocimiento que puede tener el juez de tales hechos.

En conclusión, quien alega un hecho comunicacional *notorio* tiene la carga de probarlo, como cualquier otro hecho que haya invocado a su favor.

2. La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas

El artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece:

El Juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.

Se entenderá que hay perjuicio irreparable, cuando exista un medio de comprobación más acorde con la brevedad del procedimiento o cuando la prueba sea de difícil o improbable evacuación.

Esta norma emplea el vocablo *podrá*, lo que supone que el órgano jurisdiccional no tiene el deber de ordenar la evacuación de los medios probatorios, sino que puede actuar discrecionalmente, según su prudente arbitrio, teniendo presente lo más equitativo y racional, en aras de la imparcialidad y la justicia, tal como lo establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

Además, la disposición transcrita tiene la virtud de reconocer, que el órgano jurisdiccional constitucional tiene plenas potestades probatorias, dada la naturaleza de orden público del proceso de amparo, -artículos 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre De-

rechos y Garantías Constitucionales y 11 del Código de Procedimiento Civil-, y en consecuencia, al no encontrarse limitado a las que promuevan y produzcan las partes, puede ordenar la evacuación de los medios probatorios que en su criterio sean necesarios, para determinar los hechos que le parezcan dudosos u oscuros.

El órgano jurisdiccional podrá ordenar la evacuación de los medios probatorios, siempre que ello no constituya un perjuicio irreparable para el actor, valga decir, que el medio probatorio no sea acorde con la brevedad del procedimiento o que se trate de un medio probatorio que sea de difícil o improbable evacuación.

La Sala Constitucional en la sentencia 522, de 8 de junio de 2000, caso *Rafael Marante*, señaló que el juez está facultado no para dictar autos para mejor proveer, sino para realizar iniciativas probatorias dirigidas, por un lado, a ordenar a las partes ampliaciones o complementos de los medios probatorios; y por el otro, a hacer uso de iniciativas probatorias oficiosas, en virtud de la naturaleza de orden público del proceso de amparo.

Conforme a ello podrían solicitarse certificaciones de documentos, la presentación de informes o de copias, ordenarse la evacuación de testigos, de testigos-expertos o de peritos, realizarse inspecciones judiciales, para establecer determinadas situaciones que técnicamente se encuentren dudosas u oscuras, a los fines de esclarecer los hechos que son objeto de debate dentro del proceso cautelar.

En lo concierne al hecho comunicacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, sostuvo que el juez “conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas”.

En tal caso, siendo el juez conocedor del hecho comunicacional, de oficio puede acoerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten considerarlo como un hecho notorio.

3. El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo

En principio, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil señala que el juez en sus decisiones debe “atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencias”.

En tanto, existe otro principio general del derecho procesal, *notoria non egent probatione*, que tiene recepción expresa en el ordenamiento jurídico, a través del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que establece expresamente “Los hechos notorios no son objeto de prueba”.

Con base a este principio procesal, cualquier hecho que pueda ser calificado de notorio, independientemente que haya tenido amplia difusión o no, en un momento determinado, a través de los medios de comunicación, no debe ser objeto de prueba.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, introduce una distinción respecto al hecho notorio como género y el hecho notorio comunicacional, como especie. En esta sentencia la Sala textualmente expresa:

El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, sin embargo su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o trascendencia era relativa, tenía importancia solo en un espacio de tiempo limitado y a veces breve.

La Sala comienza indicando que puede existir una categoría de hecho notorio, que se caracteriza por ser temporal y que en razón de su publicidad o divulgación es conocido en una época determinada por un grupo numeroso de personas, llegando a insertarse en el conocimiento cultural de una o varias generaciones, pudiendo desaparecer del conocimiento mayoritario al perder trascendencia. Por ello, la sentencia considera que:

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

Continuando el desarrollo de su argumentación, la Sala indica cuáles son las formas para acreditar el hecho comunicacional y al respecto expresa:

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad de los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Lo expuesto, conduce a la Sala a establecer las características que identifican el hecho comunicacional y en tal sentido señala:

Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de las imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes, la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

Es así como, en los casos que concurren las características enumeradas, -según el criterio de la Sala Constitucional-, se puede hablar de un hecho comunicacional o publicacional notorio, que puede fijar el juez, a pesar que no lo aleguen y menos aún lo prueben las partes.

Sin embargo, debe recordarse que tal como se señaló antes, quien alega un hecho comunicacional *notorio* tiene la carga de probarlo, como cualquier otro hecho que haya invocado a su favor.

4. La técnica de la promoción de los medios probatorios

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, en sentencia 363, de 16 de noviembre de 2001, caso *Cedel Mercado de Capitales*, se pronunció sobre la correcta técnica para la producción de los medios probatorios en el proceso civil, la cual resulta aplicable al proceso de amparo constitucional, al no existir una regulación especial sobre el particular, en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en esa oportunidad expresó:

Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.

Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes, al impedir de esa manera que el contrario del promovente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió.

Con el objeto de garantizar el control de la prueba y el derecho a la defensa, expresa la sentencia:

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte, sino que debe exponer la materia u objeto sobre el cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre del poderdante.

Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de prueba

En razón de lo expuesto, concluye declarando la invalidez del medio probatorio que adolece de defecto en su promoción:

Lo anterior evidencia de manera palmaria que la demandante no indicó al promoverla, el objeto determinado de la prueba, impidiendo a la contraparte cumplir con el mandato del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y al Juez acatar el dictado del artículo 398 eiusdem.

En esas condiciones la testimonial de los ciudadanos Alberto Pérez Martínez, Juan Bautista Domínguez y Antonio Leira Bastidas no fue promovida válidamente, situación ésta que se equipara a falta de promoción, razón por la cual es imposible la configuración del vicio de silencio de pruebas, desde luego que tal vicio supone, necesariamente, la existencia de una prueba válidamente promovida.

La sentencia parcialmente transcrita, establece que para cumplir con la correcta técnica de la promoción de los medios probatorios es necesario que las partes indiquen en sus respectivos escritos, los hechos que pretenden probar con cada medio probatorio, pues sólo así pueden las partes efectuar el control de los mismos, sin ser sorprendidos en su buena fe y el juez puede considerar válidamente promovidas las pruebas a los fines de su admisión, así como de su posterior evacuación y valoración.

5. La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios

La diversidad de procedimientos para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, ocasionan distintas oportunidades y formas para la producción de los medios probatorios.

Es así como, en el caso de la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional contra leyes y demás actos normativos estatales, conforme a lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 88, de 14 de marzo de 2000, se deberá efectuar una audiencia pública, la cual se realizará, según el criterio establecido en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000. En este caso, la Sala procederá en los siguientes términos:

El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediatez del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho a la defensa.

En la oportunidad de la audiencia constitucional, el órgano jurisdiccional determinará cómo se realizará la audiencia y la oportunidad en que se admitirán los medios probatorios y una vez escuchados los alegatos de las partes y promovidos los medios probatorios que se pueden presentar en esa oportunidad, se pronunciará sobre la admisión y ordenará su evacuación, la cual se realizará ese mismo día o el día siguiente, ante el propio órgano jurisdiccional.

En el caso de la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en los procesos administrativos, los medios probatorios se evacuarán dentro del lapso de 8 días establecido en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil y se evacuarán conforme a las formas establecidas en el mismo Código.

6. La valoración de los medios probatorios

Las reglas de valoración de los medios probatorios, tampoco se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo que una vez más, conduce a aplicar las normas procesales en vigor, en razón de lo cual, resulta pertinente un análisis de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto debe indicarse, que el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, establece:

Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma.

Los jueces para llegar a la convicción de que existe plena prueba de los hechos alegados, deben tener presente las reglas de valoración de los medios probatorios, en virtud de lo cual, se analizarán los principios sobre valoración de los medios probatorios, recogidos en el mencionado Código. Estos principios son los siguientes:

1. El juez debe aplicar las reglas de la sana crítica, a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de los medios probatorios.

2. Estas reglas de valoración expresa, se encuentran contempladas en el Código Civil, respecto a la prueba por escrito, a la confesión y el juramento decisorio, no siendo admisible éste, ni las posiciones juradas, en el proceso administrativo y por ende, tampoco son admisibles en el proceso cautelar de amparo.

3. La valoración de la prueba de testigos debe realizarse apreciando la concordancia de éstos entre sí y su relación con los otros medios probatorios, debiendo considerarse las circunstancias objetivas y subjetivas de los testigos y se deben analizar y expresar en el fallo, las razones por las cuales se aprecian o se desechan.

4. El juez debe analizar y juzgar todas las pruebas que se hayan producido, sin excepción, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, debiendo expresar en cualquier caso su criterio con respecto a ellas.

5. También debe el juez valorar los indicios en su conjunto, que resulten del expediente, teniendo en consideración la gravedad, concordancia y convergencia entre sí, así como su relación con los otros medios probatorios.

Según esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, expreso respecto a la valoración de la prueba en el proceso de amparo que:

El principio de libertad de medios regirá estos procedimientos, valorándose las pruebas por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil para los documentos públicos y en el artículo 1363 del mismo Código para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

Posteriormente, la Sala Constitucional, en sentencia 98, de 15 de marzo 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, al analizar el hecho comunicacional *notorio*, expresó respecto a la valoración de los medios probatorios, lo siguiente:

En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuentran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado y grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

Por tanto, el hecho comunicacional notorio, debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional, conforme a las reglas de la sana crítica.

Más reciente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 692, de 21 de mayo de 2002, caso *Aserca Airlines*, al analizar la consecuencia de la omisión de la remisión del expediente administrativo, por parte del Ministerio de Infraestructura, declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de anulación, en base a la siguiente argumentación:

De allí que en el caso bajo examen, la falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado, con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal ya referido, [por lo que] ha de establecerse una presunción favorable a la pretensión de la actora, y en consecuencia, debe declararse forzosamente la procedencia de la denuncia planteada. Así se declara.

En definitiva, el órgano jurisdiccional constitucional para llegar a la convicción de que existe plena prueba de la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, debe valorar los medios probatorios conforme a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, valga decir, los expresamente tasados, según lo que disponga la ley correspondiente y los demás medios probatorios, conforme a las reglas de la sana crítica.

X. LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

En el ordenamiento jurídico procesal, existen distintas formas de terminación del proceso de amparo, siendo la tradicional la sentencia que contenga el mandamiento de amparo constitucional y las otras formas de terminación, son el desistimiento, la perención o el abandono de trámite por el accionante. A cada una de ellas, se hará referencia en este subepígrafe.

1. El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional

La sentencia deberá contener todas las indicaciones señaladas en los artículos 29, 30 y 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Tales normas, llevan a analizar si el órgano jurisdiccional al dictar el fallo debe llenar de forma adicional, los extremos exigidos para todas las sentencias, en las leyes procesales en vigor, que resultarían aplicables a la decisión de amparo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Al respecto debe señalarse, que indicando el artículo 32 *ejusdem*, los requisitos formales que debe contener la sentencia de amparo, en principio, no resultaría aplicable de forma supletoria las normas procesales en vigor, en virtud de lo cual, no parecería necesaria la exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Este aserto, podría verse reforzado por el propio texto constitucional, que regula el proceso de amparo, estableciendo en el artículo 27 que éste “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”.

No obstante, este principio de informalidad que caracteriza al proceso de amparo, no debe impedir, que el órgano jurisdiccional al momento de dictar su fallo, cumpla las indicaciones contenidas en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, porque de impugnarse el fallo, el incumplimiento de tales supuestos constituye uno de los motivos de nulidad de la sentencia, según lo dispone el artículo 244 del mismo Código.

Ello así, considero que una interpretación armónica del artículo 27 de la Constitución, con los artículos 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 243 del Código de Procedimiento Civil, debe llevar a exigirle al órgano jurisdiccional, que al proferir el mandamiento de amparo, éste contenga además de las exigencias del Código, las mencionadas en la Ley, lo que permite racionalizar la activi-

dad jurisdiccional y conocer las razones fácticas y jurídicas que justifican la decisión fundada en Derecho, que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva.

A. El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional

La forma natural de terminación del proceso de amparo es la sentencia, que puede ser favorable a las pretensiones del accionante y conceder el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se asemeja a ella o que puede negar la procedencia del amparo constitucional, conforme a lo indicado en el artículo 27 de la Constitución.

En lo concerniente al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva o la que más se asemeje a ella, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1331, de 20 de junio de 2002, caso *Tulio Álvarez*, al pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo contra el Fiscal General de la República, expresó lo siguiente:

...constituye elemento fundamental de la acción de amparo, el que una persona se encuentre en una situación jurídica subjetiva determinada, la cual se presume una vulneración a derechos o garantías constitucionales y, por tanto, la labor del juez constitucional es la de restituir o restablecer dicha situación, siendo imposible la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. A tal efecto, en sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 2000 (caso: *Gustavo Mora*), se estableció lo siguiente:

La acción de amparo constitucional tiene como finalidad proteger situaciones jurídicas en las cuales se encuentren envueltos derechos constitucionales. Así, una de sus características es tener una naturaleza restablecedora y que los efectos producidos por la misma son restitutorios, sin existir la posibilidad de que a través de ella, pueda crearse, modificarse o extinguirse una situación jurídica preexistente, en razón de lo cual, la acción de amparo no procede cuando no pueda restablecerse la situación jurídica infringida, esto es, cuando no puedan retrotraerse las situaciones de hecho a la condición que poseía antes de producirse la violación denunciada.

Por ello, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en su artículo 6, numeral 3, dispone que esta acción no es admisible cuando la violación del derecho o la garantía constitucional constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Este criterio ha sido ratificado por la Sala en diversas oportunidades (como lo serían las decisiones del 28-7-00 Caso: *Luis Alberto Baca*; 14-12-01, caso *Nexi María Torres*; 24-01-02, caso *Xerox de Venezuela C.A., entre otras*), por cuanto la tutela de la normativa constitucional como objeto de la acción de amparo, se procura a través del restablecimiento de la situación jurídica infringida o de la situación que más se asemeje a ella.

En razón de lo señalado, la Sala Constitucional declaró inadmisibile el amparo constitucional autónomo intentado contra el Fiscal General de la República.

2. El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva o la que más se asemeje a ella, no consiste únicamente en una declaración, sino que incluso puede implicar una orden de entrega de una suma de dinero, en la medida que el restablecimiento efectivo y pleno del derecho, apareje de manera forzosa e indisoluble el pago de dicha cantidad de dinero. En este

orden de ideas, se pronunció la sentencia 1020, de 10 de mayo de 2002, caso *Linne Elben Pinto Paz*, en la cual se expresó:

... esta Corte considera que en el caso de marras, restablecer la situación jurídica lesionada por la trasgresión al orden constitucional, implica que se efectúen los pagos de los beneficios socioeconómicos a los que se hizo alusión, ya que tal como lo ha declarado en otras oportunidades, del estudio de cada caso en particular se determina cuándo el restablecimiento de la situación jurídica lesionada, pone de manifiesto la necesidad de pago de una deuda debida por el accionado al accionante, circunstancia en la que la protección del Juez debe llegar hasta la condena de dicha suma de dinero, lo cual no implica atribuirle al amparo un carácter indemnizatorio, sino poner en ejecución el poder restablecedor del Juez de Amparo, lo contrario implicaría que el operador de justicia tuviera que separarse de la realidad en la que la pretensión de condena es indisoluble del restablecimiento del derecho infringido, dejando de resolver la controversia en su total dimensión lo cual, a todas luces, estaría contraviniendo la exigencia misma de administrar justicia (Entre otras véase sentencia de fecha 2 de noviembre de 2000, Caso: *Raquel María Pacheco Palacios*) y de reparar la situación jurídica infringida (artículos 27 de la Constitución ... y 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). Así se declara.

En conclusión, el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella, debe ser íntegro, en razón de lo cual, cuando la protección constitucional así lo demande, el órgano jurisdiccional para realizar la restitución plena y efectiva del derecho, de constatar la violación o amenaza de violación del derecho constitucional, debe emitir un mandamiento que disponga lo necesario para lograr dicho restablecimiento, lo que en casos determinados, puede implicar el pago de sumas de dinero, que sean consustanciales o inherentes al derecho cuya tutela judicial se reclama.

3. Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional

El artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece algunas de las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional, señalando lo siguiente:

Quedan excluidas del procedimiento constitucional del amparo, todas las formas de arreglo entre las partes, sin perjuicio de que el agraviado pueda, en cualquier estado y grado de la causa, desistir de la acción interpuesta, salvo que se trate de un derecho de inminente orden público o que pueda afectar las buenas costumbres.

El desistimiento malicioso o el abandono del trámite por el agraviado, será sancionado por el Juez de la causa o por el Superior, según el caso, con multa de Dos Mil Bolívares (Bs. 2.000,00) a Cinco Mil Bolívares (Bs. 5.000,00).

Lo anterior lleva a analizar las formas anormales de terminación del proceso de amparo, contempladas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -desistimiento y abandono del trámite-, así como la perención, regulada en el Código de Procedimiento Civil y la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

A. El desistimiento

Cuando el accionante desiste del proceso, se produce una pérdida de interés en el mismo, lo que lleva a que el órgano jurisdiccional homologue tal petición y que la misma adquiera fuerza de cosa juzgada, produciendo consecuentemente la extinción del proceso.

Tal desistimiento puede producirse en cualquier estado y grado del proceso; sin embargo, la declaración de homologación no debe producirse automáticamente en materia de amparo constitucional, pues el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece la obligación al órgano jurisdiccional de revisar que no se trate de un derecho de inminente orden público o que no se puedan afectar las buenas costumbres.

Sobre este particular, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, al establecer el proceso de amparo constitucional, señaló que:

La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público, el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias.

La pregunta que corresponde hacerse es ¿Acaso todos los derechos inherentes a la persona humana no involucran un inminente orden público? ¿Existe algún derecho reconocido en los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos, que no involucren el orden público? ¿Los derechos reconocidos por la Constitución, no son derechos de inminente orden público? La respuesta a estas preguntas necesariamente debería concluir, en que siempre que estén involucrados los derechos inherentes a la persona humana, aun cuando no estén reconocidos expresamente en un texto escrito; cuando se encuentren presentes los derechos humanos reconocidos en los tratados, pactos y convenciones; así como los derechos expresamente reconocidos por la Constitución se estará en presencia de un conflicto de inminente orden público constitucional.

Tal aserto lo confirma el artículo 19 de la Constitución, que garantiza el goce y ejercicio, irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, indicando que su respeto y garantía son obligatorios para todos los órganos del Poder Público.

Ello lleva a la búsqueda del sentido de la expresión *orden público*, a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual ha sido precisada por la sentencia 1207, de 6 de julio de 2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso *Ruggiero Decina*, al declarar la inadmisibilidad del recurso de revisión, oportunidad en la cual sostuvo:

Así las cosas la situación de orden público referida anteriormente es pues una situación de carácter estrictamente excepcional que permite obviar las normas de procedimiento relativas al proceso de amparo constitucional. Es pues que el concepto de orden público a que se refieren las normas que rigen el proceso de amparo constitucional para permitir la posibilidad de obviar normas procedimentales de dicho proceso, es aún más limitado que el concepto de orden público que se encuentra implícito en cualquier derecho o garantía constitucional, precisamente por el hecho de que estos derechos poseen un carácter constitucional.

Es pues que el concepto de orden público a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Es por ello que en casos donde un presunto agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de la excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, cuando el Tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los ac-

cionantes, se podría estar infringiendo igualmente derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general.

Por ello, luce necesario reflexionar sobre la actuación del órgano jurisdiccional, en caso que se intente una acción de amparo constitucional y luego se desista expresamente de la misma o no se asista a la audiencia constitucional, porque si bien es cierto que todo derecho constitucional involucra la presencia del orden público y en principio, el órgano jurisdiccional estaría obligado a pronunciarse sobre la existencia o no de la lesión o amenaza de violación de los derechos denunciados; ello no debe ocurrir así, dado que la noción de orden público, conforme a la interpretación efectuada por la Sala Constitucional, se refiere a los supuestos en los cuales se afecte a “una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes”, por tanto, será en éstos supuestos, cuando el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la existencia o no de la lesión de los derechos constitucionales.

Lo expuesto no constituye óbice, para que el órgano jurisdiccional imponga a los accionantes que desisten maliciosamente, las sanciones establecidas en la Ley, a las cuales se hará referencia más adelante.

B. La extinción por abandono del trámite

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 982, de 6 de junio de 2001, caso *José Vicente Arenas Cáceres*, efectuó varios señalamientos con el objeto de determinar el abandono del trámite de amparo. Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

La inactividad de la parte accionante en un proceso breve, sumario y eficaz como el amparo, permite que el órgano jurisdiccional presuma que se ha perdido interés en que se protejan los derechos constitucionales y en consecuencia, el decaimiento del interés procesal, que exige el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Esta Ley establece la figura procesal del abandono del trámite, que supone el decaimiento del interés del actor. Tal abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia.

Según esto, en criterio de la Sala Constitucional, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se presume una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización del proceso, por falta de interés procesal del actor. Ello es posible, a partir de determinadas circunstancias inequívocas, que permiten deducir que la parte ha renunciado al derecho a obtener tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas.

Lo anterior permite considerar, que “la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y con ello, la extinción de la instancia. Así se declara”.

En congruencia con la sentencia anterior, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1031, de 30 de mayo de 2002, caso *Fundalara*, luego de ratificar el criterio de la sentencia de 6 de junio de 2001, estableció lo siguiente:

La publicación que se ordenó fue insertada en la Gaceta Oficial N° 37.252 del 2 de agosto de 2001. En el caso de autos ha transcurrido íntegramente el lapso de treinta días, a que se refiere la decisión en cuestión, sin que la accionante haya realizado acto alguno que desvirtúe la presunción de abandono que revela su inactividad.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, se declara el abandono del trámite, correspondiente a la presente demanda de amparo, por la parte demandante, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, la terminación del procedimiento.

De conformidad con lo que establece el único aparte del artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se impone a la parte actora una multa de Cinco Mil Bolívares (Bs. 5.000,00) pagaderos, a favor de la Tesorería Nacional, en las oficinas del Banco Central de Venezuela. La parte sancionada deberá acreditar el pago mediante consignación, en autos, del comprobante correspondiente, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Se aplica la multa en su límite máximo por cuanto la Sala estima de suma gravedad, el entorpecimiento de sus labores con la presentación de demandas que posteriormente son abandonadas, lo cual la obliga al desvío de su atención de asuntos que sí requieren de urgente tutela constitucional. Así se declara.

En consecuencia, la instauración de la pretensión de amparo, sin que luego se le dé impulso al mismo, con el objeto de obtener una sentencia que resuelva la controversia constitucional, conduce a que el órgano jurisdiccional declare el abandono de trámite y en consecuencia, la terminación del proceso, en cuyo caso podrá además, imponer la sanción que establece la Ley.

C. La perención de la instancia

La institución de la perención no se encuentra expresamente regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero en virtud de la remisión que realiza el artículo 48 de esta Ley, a las normas procesales en vigor, resulta procedente aplicar la perención en el proceso de amparo constitucional.

Es así como, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 586, de 27 de abril de 2001, caso *María Marlene Valderrama*, señaló que el último acto de procedimiento fue el 22 de noviembre de 1988 y no habiéndose realizado una actuación posterior de las partes, destinada a impulsar el proceso, “existe evidencia de falta absoluta de actividad procesal antes de entrar en estado de sentencia. En consecuencia, la instancia se ha extinguido de pleno derecho, por lo que la Sala procede a declararla de oficio, de acuerdo con el artículo 86 citado”²⁷.

Por tal razón se declaró consumada la perención de la acción de amparo constitucional y en consecuencia extinguida la instancia.

27. La sentencia al referirse al artículo 86, debe entenderse que hace alusión a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

D. La satisfacción extraprocesal de la pretensión

La satisfacción extraprocesal de la pretensión constituye una forma anormal de terminación del proceso, en virtud de la cual las partes de común acuerdo resuelven el conflicto, que los llevó a acudir ante un tercero imparcial y ajeno a los intereses en conflicto o también se puede dar, porque la autoridad administrativa anule, revoque o modifique el acto jurídico o realice una actuación que ilegalmente se había abstenido de realizar o practicar a favor del accionante. Esta satisfacción extraprocesal de la pretensión debe ser absoluta, completa, que no se preste a dudas o interpretaciones.

En los casos de satisfacción extraprocesal de la pretensión, el proceso se extingue porque desaparece su objeto y en consecuencia el órgano jurisdiccional declaraba no tener materia sobre la cual pronunciarse, tal como lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 1537, de 23 de septiembre de 1999, caso *Alejandro Fuenmayor Espina*.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, los órganos jurisdiccionales han considerado que no resulta adecuado expresar en sus fallos que “no existe materia sobre la cual decidir”, porque “sin duda se asemejaría a absolver la instancia y de suyo denegar justicia”, tal como lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia 2008, de 14 de agosto de 2001, caso *Banco Caribe*. Por tal razón, en el citado fallo la Corte al analizar el alegato de que se produjo la satisfacción extraprocesal de la pretensión, considera que en tal caso, al extinguirse el acto administrativo accionado, procede declarar la inadmisibilidad sobrevenida de la demanda o recurso, al producirse la pérdida de interés del accionante.

En tanto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer en consulta el caso *Alejandro Fuenmayor* antes mencionado, en sentencia 1615, de 30 de agosto de 2001, revocó la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y declaró inadmisibile la acción de amparo por haber cesado la lesión constitucional, producto de la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

XI. LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR

El ordenamiento jurídico no establece un único modo de impugnación de las decisiones adoptadas cautelarmente y ello ha sido objeto de un intenso desarrollo en la jurisprudencia, según se dará cuenta seguidamente.

1. Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar

Durante el último lustro, los órganos jurisdiccionales han asumido posiciones disímiles, respecto a cuáles son las vías procesales para la impugnación de la decisión cautelar. Estos criterios han sido esgrimidos en interpretación y aplicación del derecho a la defensa, que debe ser garantizado en todo estado y grado del proceso, por mandato expreso de la Constitución. Con fundamento en tal derecho, tanto la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa del Tribunal

Supremo de Justicia, han precisado los modos de impugnación de la decisión cautelar, que establecen cada una de las leyes procesales.

Ello lleva a estudiar, en el orden en que fueron apareciendo, los distintos criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales, para finalizar precisando, cuáles son las vías de impugnación de la decisión cautelar de amparo constitucional.

A. El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Conviene comenzar destacando, que la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 205, de 31 de julio de 1997, caso *Electrospace*, al resolver su recurso de casación contra una sentencia de última instancia, declaró:

Resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad -por violación del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela, (La defensa es un derecho inviolable en todo estado y *grado* del *proceso*),- el régimen normativo de rango *legal* de un determinado *proceso* cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndose, consecuentemente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer *grado* de jurisdicción -primera instancia- de dicho proceso cautelar.

En consecuencia, procedió a declarar “virtualmente derogada con eficacia jurídica limitada al caso particular sub iudice, la muy específica norma inserta en el último aparte del susomencionado artículo 1.099 del Código de Comercio”, por virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Vigésimo Tercera de la Constitución de 1961, que derogaba toda norma que contradijese la Constitución.

En la actualidad, tal interpretación tiene pleno asidero constitucional, en razón de lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, que reconoce el derecho a la defensa en todos los procesos. Así señala, que:

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se les investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley.

Según esto, en aras de conciliar el derecho al debido proceso con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución), todo órgano jurisdiccional debe reconocer e incluso garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en el primer grado de jurisdicción, sea que la misma se desarrolle en un proceso principal o en un proceso cautelar, razón por la cual, no puede ninguna norma infraconstitucional, limitar a un eventual recurso o incluso negar de manera absoluta, la posibilidad de la defensa ante el mismo órgano jurisdiccional contra una medida cautelar concedida *inaudita altera parte*, en el primer grado de jurisdicción, pues ello además de violar el principio de bilateralidad del proceso y en consecuencia el principio contradictorio, aunque sea en esa fase sumaria, constituye un inaceptable menoscabo del derecho a la defensa, que conduce a que cualquier órgano jurisdiccional, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 334 de la Constitución, proceda a solicitud de parte o incluso de oficio, a des-aplicar la norma legal, que contraviene la Constitución y en consecuencia, a realizar una

interpretación que asegure la integridad de los derechos reconocidos en la Constitución, con el fin de garantizar el goce y ejercicio pleno del derecho a la defensa, en todo estado y grado del proceso como lo señala el texto constitucional.

B. El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

Este criterio fue acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 1852, de 21 de diciembre de 2000, caso *Yovani Guevara Liscano*, al resolver la apelación contra una medida cautelar de suspensión de la ejecución de un acto administrativo, oportunidad en la cual -por primera vez-, señaló:

Así, estima esta Corte, que de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a los fines de dictar una medida de suspensión de efectos con fundamento en el artículo 136, el juez de lo contencioso administrativo deberá acudir al procedimiento establecido en los artículos 601 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Sólo de esta manera se podrían garantizar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa en cualquier estado y grado de la causa²⁸.

En congruencia con lo anteriormente transcrito expone:

El ordenamiento jurídico venezolano consagra dos grados de acceso al proceso judicial: el primero, o primer grado de jurisdicción, es el modo inicial de acceder a los tribunales de justicia; el segundo, está conformado por el procedimiento de alzada, al que normalmente se accede por medio de la interposición de los recursos legalmente previstos, especialmente el de apelación.

Pues bien, el derecho a la defensa previsto en el artículo 68 de la Constitución de 1961, vigente para la fecha en que se dictó la recurrida, comporta que todo proceso (incluyendo el cautelar) debe contener como mínimo un trámite legal de primer grado de jurisdicción, configurado de tal manera que garantice a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del señalado derecho fundamental a la defensa en esa primera instancia. En este sentido, la jurisprudencia patria ha señalado que la plenitud de las garantías del debido proceso se ponen de resalto, no tanto en la posibilidad de ejercer los recursos que tienen las partes, sino más bien asegurando cabalmente en cada instancia el ejercicio real de una efectiva defensa.

Admitir un resultado contrario al afirmado, esto es, sostener la validez constitucional de un proceso judicial cautelar que carezca de un trámite de contradicción en el primer grado de jurisdicción, en el cual la posibilidad de defensa del afectado por la decisión se circunscriba al mero ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación, excluyéndose en consecuencia la posibilidad de formular alegatos y pruebas en el primer grado de jurisdicción, sin duda que implicaría un menoscabo del contenido esencial del derecho a la defensa del afectado por la medida. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de julio de 1997, caso *Electrospace C.A. contra Banco del Orinoco*).

Según esto, dentro del proceso administrativo, no resulta constitucionalmente válido que luego de la concesión de las medidas cautelares, se niegue la posibilidad del afectado por la medida, de ejercer su derecho de la defensa dentro del primer grado de jurisdicción, relegando al afectado por tal decisión, a su participación en dicho proceso, al exclusivo recurso de apelación, cuando éste sea procedente.

En tal virtud, resulta procedente que ante la concesión de cualquier medida cautelar, incluida la de amparo constitucional, según lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1 de

28. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", *Revista de la Fundación Procuraduría* n° 22, 1999. pp. 34-36.

la Constitución, debe garantizarse al sujeto pasivo de la medida, el ejercicio de su derecho a la defensa, desde el primer grado de jurisdicción.

C. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En el marco de la vigente Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2523, de 4 de diciembre de 2001, caso *Cervecería Nacional*, al resolver una apelación de una acción autónoma de amparo contra sentencia cautelar, expresó lo siguiente:

Ciertamente el artículo 932 del Código de Comercio prevé el recurso de apelación en un solo efecto, lo que implica que la medida podría, aun ejerciéndose dicho recurso, ser ejecutada; y por otra parte, también implica que cuando ésta sea decretada, la parte afectada resultaría imposibilitada de ejercer defensas y alegatos, ante el juez que la decreta, *viéndose privada del principio de la doble instancia, pues sólo podría ejercer defensas en la instancia superior, lo que constituiría una clara violación de los artículos 26 y 49 de la Constitución ...*, sobre todo si se toma en cuenta que, por mandato del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, en la segunda instancia, sólo son admisibles la prueba de instrumento público, posiciones juradas y el juramento decisorio.

Así el uso del recurso de apelación, en este caso, podría no ser el medio idóneo, para satisfacer la pretensión deducida.

Ahora bien, nada impedía a la parte contra la cual se decretó dicha medida, ejercer la oposición contemplada en los artículos 602 y 603 del Código de Procedimiento Civil, aunque se tratase de una medida preventiva dictada en sede mercantil, pues el artículo 26 de la Constitución, relativo a la tutela judicial efectiva, permite al justiciable hacer uso de los medios idóneos y eficaces para la defensa de sus derechos e intereses.

Esta última decisión ponía de manifiesto, la aparente existencia de un criterio consolidado de interpretación constitucional, respecto a como entender y aplicar la normativa, que de manera dispersa regula el procedimiento de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de garantizar el derecho a la defensa.

Es más, el mencionado fallo, permitía afirmar que la propia Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución, había acogido con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, la interpretación constitucional realizada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia.

D. El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Sin embargo, en menos de tres meses, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, caso *Tulio Álvarez*, echó por tierra tal construcción constitucional, en la oportunidad de resolver un recurso de inconstitucionalidad directo, contra los artículos 1099 del Código de Comercio y 602 del Código de Procedimiento Civil, oportunidad en la cual expresó:

Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.

Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado -y así ha sido aceptado en forma casi pacífica-, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.

En el caso del artículo 1.099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.

No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación -a un solo efecto-, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

La Sala declaró conforme a la Constitución, el artículo 1099 del Código de Comercio e inaplicable el criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, de 31 de julio de 1997, que declaró la derogatoria tácita del referido artículo. Adicionalmente establece los efectos de la sentencia hacia el futuro, ratifica la conformidad a la Constitución del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil y establece que “en los procesos en que se ordene una medida cautelar con base en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, el afectado podrá objetar la garantía presentada, aplicándose por analogía lo dispuesto en el artículo 589 *eiusdem*”.

Según este último criterio, las vías judiciales para impugnar la decisión cautelar de amparo constitucional son aquellas previstas por el legislador, las cuales en la actualidad se concretan a la oposición de la decisión cautelar; la apelación contra dicha decisión y por último, a la acción autónoma de amparo constitucional contra sentencia cautelar. Es por tal razón, que de manera sucinta, se estudiarán cada una de ellas.

2. La oposición a la decisión cautelar

Tal como se señaló anteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en ponencia conjunta, caso *Marvin Enrique Sierra Velasco*, estableció el procedimiento para tramitar la pretensión

de amparo constitucional, que se presente con un recurso contencioso administrativo de anulación y al respecto señaló que “es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares”, en razón de lo cual, una vez admitido el recurso contencioso administrativo, se debe emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, dándole cumplimiento al propósito constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, de manera expedita.

La Sala de manera congruente con su afirmación y en búsqueda de lograr una uniformidad de los procedimientos a que se refiere el artículo 257 de la Constitución, establece que una vez notificada la decisión, se aplicará el procedimiento de las medidas cautelares, establecido en los artículos 602 al 606 el Código de Procedimiento Civil.

Esta decisión, goza de absoluta cobertura constitucional, pues el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, garantiza el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso -principal o cautelar-, y parece ubicarse dentro de las tesis sostenidas por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en su sentencia 31 de julio de 1997, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2000 y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 4 de diciembre de 2001, en las cuales se expresa que el derecho constitucional de la defensa, demanda que se garantice el mismo, desde el primer grado de jurisdicción y que la vía procesal idónea y efectiva, para ejercer la defensa en materia de medidas cautelares, es la oposición a las mismas, contemplada en el Código de Procedimiento Civil, ello sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio del recurso de apelación, para impugnar la decisión que pone fin al incidente cautelar en primera instancia, constituyendo en tal caso la apelación, el instrumento para el ejercicio del derecho a la defensa, en el segundo grado de jurisdicción.

3. La apelación contra la decisión cautelar

Corresponde comenzar recordando que el derecho al recurso o a la doble instancia no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, salvo en el orden jurisdiccional penal, que viene impuesto por los tratados en materia de derechos humanos. En consecuencia, el establecimiento del derecho a los recursos o a la doble instancia es de la libre configuración del legislador, y solo en caso que éste los establezca, se incorporan al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva²⁹.

Se señaló que el derecho al recurso o a la doble instancia no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, porque el legislador puede disponer libremente su configuración sin afectar este derecho.

Esta afirmación se impone con independencia de las posiciones contradictorias, del Tribunal Supremo de Justicia que se analizaron en otra oportunidad³⁰.

Por ello, en esta ocasión, se citará un auto del Tribunal Supremo de España, de 30 de junio de 2000, en el cual se estableció lo siguiente³¹:

29. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y medio de la Constitución de 1999)”, *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 461-463.

30. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., 465-471.

31. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid 2001, p. 311.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre acceso a los recursos puede resumirse en los siguientes términos, siguiendo la STC 27/1995: El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1998 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos; que la regulación; en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983, FJ 3º), que el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única y múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos y que es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 294/1994) [...].

Este criterio resulta perfectamente aplicable al ordenamiento jurídico nacional, porque el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, que regula el debido proceso a través del cual se alcanza el derecho a la tutela judicial efectiva, no reconoce el derecho al recurso o a la segunda instancia, sino que admite la existencia de las excepciones que contemplan la propia Constitución y la ley.

Tal situación es la que lleva a analizar si es admisible la apelación cautelar en todos los casos que el órgano jurisdiccional administrativo, conceda la tutela judicial cautelar y en especial, cuando conceda la medida cautelar de amparo constitucional.

Habiendo señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que el procedimiento para la tramitación de la medida cautelar de amparo constitucional, es el establecido para el resto de las medidas cautelares, en el Código de Procedimiento Civil, debe precisarse si dicho procedimiento contiene la regulación de la apelación y de la sustanciación de la segunda instancia.

Al respecto, el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil, señala:

Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia de oír apelación en un solo efecto.

Según esta norma, la sentencia que resuelva el incidente cautelar es apelable y tal impugnación, deberá ser oída por el sentenciador en un solo efecto, es decir, en efecto devolutivo; pero ni esta norma, ni ninguna otra, en el capítulo correspondiente del Código de Procedimiento Civil, establecen el lapso para ejercer la apelación, ni el procedimiento para la tramitación en la segunda instancia.

Ello conduce a aplicar, en cuanto al lapso y forma para la segunda instancia, lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es decir, una vez tramitado el proceso cautelar, la decisión de amparo constitucional cautelar puede ser impugnada, mediante el recurso ordinario de apelación, en el lapso establecido en el artículo 35 de la Ley citada, el cual expresa:

Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oír apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.

Según esto, tienen cualidad para apelar, tanto la parte afectada por la medida cautelar de amparo constitucional como el Ministerio Público. Además tienen cualidad para apelar, aquellos terceros que tengan interés inmediato en el proceso y que puedan resultar perjudicados por la sentencia, en razón de que pueda hacerse ejecutoria contra ellos mismos, porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore (artículos 297 y 370, ordinal 6 del Código de Procedimiento Civil).

En lo que respecta a la oportunidad de la apelación, debe señalarse que tienen un lapso de tres días siguientes a la publicación de la sentencia, en el caso que se haya dictado dentro del lapso establecido en el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil o dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión, en caso que la sentencia se haya dictado de forma extemporánea.

Una vez que haya sido presentada la apelación tempestivamente, el órgano jurisdiccional deberá oírlos en un solo efecto, al día siguiente de que haya finalizado el lapso de apelación y posteriormente, deberá remitir de manera inmediata la copia certificada del expediente al órgano jurisdiccional superior.

Recibido el expediente en el tribunal a-quem, la secretaría dará cuenta, se designará el ponente y comenzará el lapso de 30 días para dictar sentencia. Durante dicho lapso, las partes, los terceros y el Ministerio Público podrán presentar sus alegatos y pruebas en la segunda instancia.

En este caso, la apelación constituye la vía judicial ordinaria para la impugnación de la sentencia cautelar de amparo constitucional y la decisión del órgano jurisdiccional en la segunda instancia, puede confirmar, revocar o modificar la tutela constitucional cautelar de amparo.

4. El amparo autónomo contra decisión cautelar

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, admitió la posibilidad de intentar un amparo constitucional autónomo contra la sentencia que concede una medida cautelar, que específicamente en el caso planteado, se trataba de una medida cautelar de amparo constitucional, concedida dentro de un proceso administrativo de anulación.

A. La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2183, de 7 de noviembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, al conocer de un amparo constitucional autónomo dictado contra una sentencia cautelar de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señaló:

... esta Sala observa que la decisión accionada, tal y como lo afirman los apoderados actores, no está sujeta al recurso de apelación, sino que tiene el trámite de la oposición como medio de impugnación, por tratarse lo decidido en ella de medidas cautelares decretadas a través de una solicitud de amparo cautelar formulada en un recurso contencioso administrativo de nulidad, a las cuales le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que la regulan.

Ahora bien, en el caso de autos, si bien se observa del fallo accionado que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo acordó abrir una pieza para el trámite de la oposición, no existe recaudo en autos del cual se evidencie que ésta haya sido ejercida por la parte accionante.

De manera que dada la modalidad de la oposición, la cual no tiene efectos suspensivos, esta Sala estima que los apoderados actores tenían la posibilidad de escoger entre esa vía y la del amparo, máxime cuando del escrito libelar se desprende que las denuncias formuladas contra el fallo en el que se decretaron las medidas cautelares, consisten en lesiones a sus derechos constitucionales, los cuales fueron denunciados supra.

Siguiendo con los argumentos expuestos, expresa la Sala:

Además, considera la Sala que lo relevante para que se admita el amparo es que la situación jurídica infringida no se haga irreparable, y por ello cuando el medio ordinario -como sería la oposición- no garantiza la sentencia a tiempo para impedir el daño, la vía del amparo está abierta, si la lesión proviene de supuestas infracciones constitucionales.

Esta decisión admite de manera resuelta, que la tramitación de la oposición a la medida cautelar de amparo, no garantiza el restablecimiento de las posibles violaciones de derechos constitucionales, por lo que, cuando se presente una presunta lesión de tales derechos, la vía judicial del amparo constitucional autónomo, resulta ser la adecuada para la impugnación de las medidas cautelares.

B. La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar

Tiempo después, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, en la oportunidad de resolver sobre el fondo del amparo constitucional contra sentencia, resolvió respecto a su propia competencia lo siguiente:

Las acciones de amparo incoadas conjuntamente con los procesos de nulidad son conocidas por los Tribunales competentes para la nulidad, es decir, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Tales tribunales, si son Superiores, son a su vez competentes para conocer las apelaciones y las consultas que se dicten en los amparos a tramitarse conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Consecuencia de lo anterior, es que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, sería la competente para conocer de las apelaciones y consultas de los amparos que sean dictados de manera cautelar por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparos conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones y consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en ese tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o terceros, interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de los actos administrativos.

Tal consideración condujo a la Sala a establecer que la competencia para conocer de los amparos autónomos que se intenten contra las sentencias cautelares de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

C. El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 362, de 26 de febrero de 2002, caso *Tim International B.V.*, sostuvo que “...

como quiera que la Sala Constitucional cuenta con la facultad y el deber de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución ..., esta Sala sigue el criterio señalado, por lo cual acepta la competencia que le fuera declinada en los términos anteriormente expuestos”.

Es así, como la Sala Político Administrativa, luego de precisar que el presente asunto se trata de un amparo constitucional autónomo contra sentencia cautelar, con fundamento en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, señala que la tramitación establecida en el caso *Marvin Sierra*, no resulta aplicable a la acción autónoma de amparo constitucional, razón por la cual señala:

En ese caso, a juicio de la Sala, debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, todo con el fin de proteger el principio del contradictorio, esto es, el llamamiento del presunto agraviante y la confrontación exhaustiva de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado.

Esta sentencia evidencia una contradicción en el propio fallo de la Sala Político Administrativa y un desconocimiento tanto de la Constitución, como de la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que estableció “la naturaleza vinculante de este fallo”, y agrega, “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”.

Considero que la sentencia contiene una contradicción, porque en efecto, la Sala Político Administrativa reconoce que la Sala Constitucional tiene “la facultad y el deber de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas constitucionales” y no obstante tal reconocimiento, establece un procedimiento para la tramitación del amparo constitucional contra sentencia, que se aparta del previsto por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, el fallo implica un desconocimiento del artículo 335 de la Constitución, porque conforme a esta norma, las sentencias de la Sala Constitucional tienen carácter vinculante, incluso para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de las cuales se encuentra la Sala Político Administrativa, cuando constituyan una interpretación sobre el contenido o alcance de los principios y normas constitucionales.

D. El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional

La contradicción del fallo y el desconocimiento de la Constitución se producen, al establecer que el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional contra sentencia, será el previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que es totalmente distinto del establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, en la cual se indicó lo siguiente:

Cuando el amparo sea contra sentencias, las formalidades se simplificarán aún más y por un medio de comunicación escrita que deberá anexarse al expediente de la causa donde se emitió el fallo, inmediatamente a su recepción, se notificará al juez o encargado del Tribunal, así como a las partes en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, en la que ellos manifestarán sus razones y argumentos respecto a la acción. Los amparos contra

sentencias se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, no obstante en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia.

Las partes del juicio donde se dictó el fallo impugnado podrán hacerse partes, en el proceso de amparo, antes y aún dentro de la audiencia pública, más no después, sin necesidad de probar su interés. Los terceros coadyuvantes deberán demostrar su interés legítimo y directo para intervenir en los procesos de amparo de cualquier clase antes de la audiencia pública.

La falta de comparencia del Juez que dicte el fallo impugnado o de quien esté a cargo del Tribunal, no significará aceptación de los hechos, y el órgano que conoce del amparo, examinará la decisión impugnada.

Debe señalarse que, conforme al criterio establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es posible impugnar la decisión cautelar de amparo constitucional, mediante una acción autónoma de amparo constitucional, cuando la ejecución de la medida cautelar constituya una violación o amenaza de violación de derechos constitucionales, en cuyo caso el órgano jurisdiccional competente será aquél al que correspondería conocer de la apelación o consulta cautelar.

En tanto que, según el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el procedimiento para la tramitación de la acción autónoma de amparo constitucional contra decisión judicial cautelar, no será el establecido con carácter vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, por la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, de la Sala Constitucional, sino el previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

E. El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar

Ante esta dualidad de procedimientos establecidos por el Tribunal Supremo de Justicia, respecto a la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 867, de 23 de abril de 2002, ha seguido el criterio establecido con carácter vinculante, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, transcrita parcialmente en el punto pertinente, en el subepígrafe anterior.

XII. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El derecho a la tutela judicial efectiva solo se alcanza cuando se cumple el contenido del mandato de la sentencia, es por ello, que el reconocimiento del derecho no se satisface, si no se cumple lo dispuesto en el fallo, en sus propios términos.

Ahora bien, la ejecución del fallo se puede materializar por dos vías: una porque el perdidoso cumpla voluntariamente lo dispuesto en la sentencia (artículo 131 de la Constitución); en tanto, que si el obligado se resiste, omite cumplir o simplemente ignora lo dispuesto en la sentencia, el beneficiario del fallo debe solicitar al órgano jurisdiccional, el empleo de los medios adecuados y necesarios establecidos en el ordenamiento jurídi-

co para ejecutar la decisión, en contra de la voluntad del obligado contumaz, incluso mediante el uso de la fuerza pública (artículo 253 de la Constitución).

Esta ejecución del fallo implica, no solamente que se reconozca el derecho del accionante, sino que efectivamente sea repuesto o restablecido su derecho y que incluso, en aquellos casos que proceda, se conceda una compensación económica justa, por el daño experimentado.

Es por tal razón, que se señala que la ejecución del fallo tiene una naturaleza bifronte, pues constituye un derecho de las personas y una obligación de carácter prestacional, para el Estado.

Se afirma que la ejecución de la medida cautelar constituye un derecho, porque la misma forma parte de unos de los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución y como tal, debe ser garantizado y respetado por los órganos del Poder Público.

Entre tanto, la ejecución de la medida cautelar constituye una obligación del Estado, que se realiza a través de la potestad de juzgar y ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, tal como lo reconoce el artículo 253 de la Constitución, en virtud de lo cual, deberá realizar todos los actos idóneos y necesarios, para garantizar la efectividad de la justicia.

Por ello, bajo la vigencia de la Constitución de 1999, no puede seguirse justificando, - como tampoco era admisible durante la Constitución de 1961-, ese histórico agravio al Estado de Derecho, que ha significado no permitir que algunos órganos jurisdiccionales hagan ejecutar lo juzgado, frente a los otros Poderes Públicos.

En la actualidad, todos los tribunales, independientemente del orden jurisdiccional al cual pertenezcan, gozan de plena potestad para sentenciar y hacer ejecutar lo juzgado, incluso mediante el uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Por supuesto, que tal potestad no pasaría de ser una declaración de principios o de buena voluntad, si efectivamente los jueces no hacen prevalecer la autonomía e independencia que les reconoce la Constitución, en el ejercicio de sus funciones, frente a los demás Poderes Públicos. Para lograrlo los órganos jurisdiccionales cuentan con la posibilidad de dictar toda clase de órdenes o mandatos, idóneos, adecuados, proporcionales y necesarios para hacer cumplir lo dispuesto en sus fallos, sean éstos de naturaleza cautelar o definitiva³².

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia 67, de 7 de junio de 1984, estableció lo siguiente³³:

La ejecución de las sentencias -en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución -art. 1-, que se refleja, dentro del propio Título Preliminar, en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial -arts. 117 y siguientes de la Constitución-, que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que "es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes por los Jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y

32. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Nueva Revolución en Francia. La posibilidad de dictar órdenes de ejecución contra la Administración" en *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1997, pp. 183-202.

33. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas. Madrid. 2001. p. 341.

en la ejecución del mismo". Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes.

El artículo 24.1. de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva -que comprende el de ejecución de las sentencias, según hemos indicado- viene así a configurarse como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico.

Establecidas estas premisas, resulta oportuno analizar la potestad del órgano jurisdiccional para hacer ejecutar la medida cautelar de amparo constitucional, para lo cual se comentará un caso reciente, planteado en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

1. La sentencia cautelar de amparo constitucional

La sociedad mercantil Panamco de Venezuela S.A., interpuso recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional y subsidiariamente, solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución N° 065, de 5 de febrero de 2002, de la Dirección de la Inspectoría Nacional de Asuntos Colectivos del Trabajo del Sector Privado, como la suspensión del procedimiento administrativo de conflictivo colectivo, invocando la violación del debido proceso, el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, a la información, libre acceso al expediente y a la libertad económica.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 206, de 8 de febrero de 2002, luego de declarar su competencia, admitió el recurso contencioso administrativo de anulación y se pronunció sobre la pretensión cautelar de amparo en los siguientes términos:

Estima esta Corte que la aceptación que del Pliego de peticiones realiza el órgano accionado, envuelve implícitamente un reconocimiento sobre la condición jurídica de trabajadores que rodea a los representados del Sindicato con la empresa accionante. Tal reconocimiento constituye un prejuzgamiento con efectos jurídicos referentes a una relación laboral, que no ha sido debatida y que en todo caso formarán parte de otro procedimiento cuya competencia escaparía de esta Jurisdicción.

Siendo ello así, considera esta Corte que tal situación vulnera el derecho a la defensa, debido proceso y a la libertad económica de la empresa accionante, dado que tal Resolución Administrativa implica el cese de la actividad comercial entre la empresa PANAMCO S.A. y los Concesionarios, toda vez que dicha Resolución genera la apariencia de que está transcurriendo el lapso de ciento veinte (120) horas para la suspensión de las actividades comerciales, lo cual origina pérdidas económicas a la empresa presuntamente agraviada.

Ahora bien, respecto a la presunta violación al debido proceso y a la defensa, este órgano jurisdiccional observa que, el procedimiento administrativo sometido a la revisión de esta Corte, presuntamente viola tales derechos, puesto que al dictarse la Resolución impugnada se dan aparentemente como ciertos los hechos expuestos por el referido Sindicato, sin dar oportunidad a la empresa accionante a realizar actuación que permita su participación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, estima la Corte que en el presente caso existe presunción de violación de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la libertad económica de la recurrente, por tanto, resultaría inoficioso entrar a pronunciarse sobre las otras denuncias de violaciones constitucionales y así se decide.

Constatada la apariencia de buen derecho y reconocido el peligro en la mora, la Corte establece que se han cumplidos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar y en consecuencia concede la protección constitucional cautelar.

2. La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar

Posteriormente, el día 14 de febrero de 2002, la autoridad administrativa notificó a la empresa recurrente, la resolución N° 076, mediante la cual declaró terminado el procedimiento administrativo de conflicto y en esa misma fecha, mediante resolución N° 078, de 14 de febrero de 2002, reedita, reproduce o repite la resolución N° 065, que había sido suspendida por la Corte.

Tal situación condujo a que la empresa recurrente solicitase el día 15 de febrero de 2002, que se declarase con lugar la “pretensión de ejecución de la sentencia 206 del 8 de febrero del presente año y que en consecuencia, se ordene la extensión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución contra la Resolución N° 078 del 14 del presente mes y año, es decir, la suspensión de la referida resolución y del procedimiento administrativo, hasta tanto se dicte sentencia definitiva”.

3. La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido

Ello así, con base en la pretensión de ejecución cautelar, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 368, de 27 de febrero de 2002, efectúa las siguientes consideraciones:

... la figura de la reedición de un acto administrativo, se cristaliza cuando emerge en la esfera jurídica del administrado, un nuevo acto idéntico en su contenido y finalidad, a otro precedente que hubiese sido objeto de algún tipo de impugnación, ya sea por inconstitucionalidad, ilegalidad u otro tipo de vicio, que cause la inmediata suspensión de los efectos del mismo.

Desde el ángulo de la administración, la reedición del acto se proyecta como un vicio de su actuar, ubicable dentro de la esfera de la desviación de poder, a través del cual se dicta un nuevo acto por una autoridad pública que se presenta igual en su contenido y finalidad a uno que ha sido precedentemente dictado por la misma autoridad o por otra, de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de la decisión originaria, cuando han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente.

De esta forma, es posible afirmar que las características de forma y de fondo de este nuevo acto reeditado, serán las mismas que constituyeron el acto previo, y que al igual que éste, modificará la esfera jurídica de derechos y deberes de los administrados, causando las mismas consecuencias jurídicas que ya habrían sido objeto de control jurisdiccional.

El acto administrativo para considerarlo como un acto reeditado, no sólo deberá ser originario del mismo órgano administrativo, sino que deberá versar sobre el mismo objeto, sujeto y causa, produciendo de esta forma los mismos efectos.

En este orden de ideas, se observa entonces, que el acto reeditado produce las siguientes consecuencias:

a.- El procedimiento incoado contra el primer acto se extenderá al segundo, por lo que deberán ser considerados como objetos plurales de la impugnación originaria. De allí que no se tratará de un nuevo objeto o causa petendi sobrevenida, sino de la indebida e inusual prolongación del mismo acto inicial. Siendo esto así, el Juez podrá extender su examen no sólo sobre el primer acto impugnado, sino también, sobre el acto que se califique como reeditado;

b.- La extinción del primer acto, bien por revocatoria, anulación o modificación sustancial, no puede llevar a la declaratoria de que “no hay materia sobre la cual decidir” en el recurso de nulidad, porque el mismo considera, sobreviene en el acto reeditado; y,

c.- Una vez constada la reedición, es decir, la identidad entre los actos, la medida cautelar que fuera acordada o solicitada respecto al primero, se trasladará al segundo.

Señalado lo anterior, la Corte establece: 1) que las dos resoluciones emanan del mismo órgano; 2) que el segundo acto ratifica el contenido del primero; 3) que van dirigidos al mismo sujeto; 4) que ambos actos administrativos de distinta fecha e identificación, generan los mismos efectos; razón por la cual concluye, que en el caso bajo análisis, se produjo la reedición del acto que constituyó el objeto sobre el cual recayó la protección cautelar de amparo constitucional.

Agrega la Corte que, constituye un límite a la potestad de autotutela de la Administración, la prohibición de innovar, cuando haya sido sometido al control jurisdiccional de la ejecutividad el acto o incluso éste haya sido suspendido, pues en tal caso, la autoridad administrativa deberá esperar las resultas del proceso, antes de pronunciarse nuevamente sobre el mismo asunto³⁴.

Admitir lo contrario, constituye un atentado contra el equilibrio que debe existir entre la Administración y el control jurisdiccional que sobre ella se realiza, por mandato constitucional, lo que haría inoficiosa la actividad de los órganos jurisdiccionales, destinada a verificar y controlar la legalidad de la actuación administrativa.

4. La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir, que resulta procedente la pretensión de ejecución de la sentencia y en consecuencia establece:

Se extienden totalmente los efectos del amparo constitucional cautelar acordado por esta Corte, en su decisión número 206-2002, de fecha 8 de febrero de 2002, a la resolución número 078; y *se deja temporalmente sin efecto* y sólo mientras dure la tramitación del juicio de nulidad que de manera conjunta con el amparo cautelar fue interpuesto ante esta Corte, en fecha 8 de febrero de 2002, dictada por la Dirección de Inspectoría Nacional y Otros Asuntos Colectivos del Trabajo del Sector Privado. Por todo ello se considerará el recurso de nulidad interpuesto como constituido por la totalidad de las resoluciones impugnadas, aun cuando no lo fueron en forma simultánea, sino sucesiva en el tiempo, debido justamente a que constituyeron una secuencia de actuaciones de la Administración sobre idénticos supuestos y sujetos, tal y como se explicó en la parte motiva de este fallo.

El texto de la sentencia analizada permite advertir la posición de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desde un triple aspecto:

1. Respecto al objeto de la impugnación, que se está en presencia de un acto reeditado, es decir, que ha sido dictado por la misma autoridad que dictó el acto suspendido; que el acto repetido o reproducido contiene en esencia el acto suspendido; que se mantienen las causas que justificaron la adopción de la decisión cautelar; que la protección

34. CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, pp. 162; CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares “Provisionalísimas”. Un Paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos”. *Poder Judicial*, n° 33, 1994. p. 469; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “La Ejecución de las Resoluciones Administrativas de Multas Impuestas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 116 de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, pp. 57-59.

cautelar del acto repetido sea solicitada por una de las partes del proceso pendiente y que en éste no se ha dictado sentencia definitiva.

2. Ello lleva a señalar, que la pretensión de anulación planteada en el recurso contencioso administrativo, comprenderá tanto el acto original como el acto reeditado, constituyendo así el objeto de la impugnación, la totalidad de los actos administrativos, aun cuando no lo fueron en forma simultánea, sino sucesiva en el tiempo.

3. Finalmente, considera procedente la extensión de la decisión cautelar de amparo constitucional a un acto que ha sido reeditado, con el objeto de evadir la suspensión cautelar.

XIII. LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

En lo atinente a las costas dentro del proceso de amparo, debe señalarse que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el artículo 33 establece:

Cuando se trate de quejas contra particulares, se impondrán las costas al vencido, quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.

No habrá imposición de costas cuando los efectos del acto u omisión hubiesen cesado antes de abrirse la averiguación. El Juez podrá exonerar de costas a quien intentare el amparo constitucional por fundado temor de violación o de amenaza, o cuando la solicitud no haya sido temeraria.

Si bien la norma hace expresa mención a las costas, en los procesos de amparo contra los particulares, no contiene ninguna referencia a las costas en los procesos de amparo contra los entes u órganos públicos, lo que ha llevado a aceptar tradicionalmente de manera acrítica, que no proceden las costas en los procesos de amparo donde se encuentren involucrados los órganos o entes públicos.

1. Las costas a favor de los órganos y entes públicos

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece varias disposiciones que reconocen privilegios procesales en aquellos procesos en que intervenga la República. En tal sentido el artículo 8 establece expresamente:

Las normas de este Decreto Ley son de orden público y se aplican con preferencia a otras leyes.

En tanto, el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señala:

Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República.

Igualmente, el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al regular los institutos autónomos, indica:

Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios.

La interpretación armónica de los artículos 8 y 63 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en concordancia con el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, implica que tanto los órganos de la República como los entes públicos, conocidos como institutos autónomos, tienen los privilegios y prerrogativas procesales, -que no son extensibles a los demás ente públicos-, que les otorga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Según esto, el artículo 88 de la misma Ley señala:

En los juicios en que haya recaído sentencia definitiva a favor de la República, el Procurador o Procuradora General de la República, o quien actúe en su nombre, debe estimar el valor de las respectivas actuaciones, de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, a los efectos de la respectiva condenatoria en costas.

En consecuencia, gozando los institutos autónomos de los mismos privilegios y prerrogativas de la República, debe admitirse que cuando recaiga una sentencia definitiva a favor de la República o de los institutos autónomos, sus representantes legales deben estimar el valor de las actuaciones realizadas durante el proceso, a los fines de la determinación de la condenatoria en costas.

Como la Ley no hace ninguna distinción en qué tipo de proceso proceden las costas a favor de la República o de los institutos autónomos, tal distinción no debe ser efectuada por el operador jurídico, en razón de lo cual, la condenatoria en costas a favor de la República y de los institutos autónomos procede en todos los procesos administrativos, procesos de amparo constitucional autónomos y cautelares, en los cuales éstos resulten vencedores por sentencia definitiva.

Las costas deben ser depositadas a favor de la República o de los institutos autónomos, en las oficinas del tesoro nacional.

2. Las costas a favor de los particulares

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de República, en el artículo 74 establece:

La República no puede ser condenada en costas, aún cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos.

Esta norma, que tiene su antecedente directo en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1964, fue impugnado por presentar visos de inconstitucionalidad, al contrariar -en criterio de los recurrentes-, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. El asunto se encuentra pendiente de decisión en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin ánimo de entrar a terciar en esa discusión, debe mencionarse que el artículo 327 del Código Orgánico Tributario, establece que:

Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, o en los casos en que la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo, el tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o de la acción que de lugar al juicio ejecutivo, según corresponda. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas.

Cuando a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo. Asimismo, dichas sentencias indicarán la reparación de los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria.

Los intereses son independientes de las costas, pero ellos no correrán durante el tiempo en el que el juicio esté paralizado.

Parágrafo Único: El Tribunal podrá eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia.

Tal como se puede apreciar de una simple lectura del artículo transcrito, la Administración Tributaria puede ser condenada en costas, en aquellos casos que resulte totalmente vencida en juicio, mientras que los demás órganos de la República, supuestamente no pueden ser condenados en costas, aún cuando sí pueden percibir las costas de aquellos procesos donde resulten vencedores, mediante sentencia definitiva, por disposición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Lo anterior lleva a considerar, que resulta absolutamente contrario a los principios de igualdad jurídica, reconocidos en el artículo 21 de la Constitución y de equidad, que debe caracterizar la administración de justicia, conforme al artículo 26 de la Constitución, que se exonere de costas a los órganos de la República cuando resulten totalmente vencidos en cualquier proceso; en tanto, que de resultar vencedora la República, entonces sí se convertirá en acreedora de las costas contra los particulares.

Por tal razón, los órganos jurisdiccionales al momento de dictar sentencia, deben des-aplicar el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por virtud del mandato establecido en el artículo 334 de la Constitución y en consecuencia, proceder a condenar en costas a los órganos de la República, cuando éstos sean vencidos en juicio por sentencia definitiva, por los particulares; así como también deben condenar en costas a los particulares, cuando sean vencidos por sentencia definitiva, en procesos en los que resulte victoriosa la República o los institutos autónomos.

XIV. CONSIDERACIONES FINALES

La entrada en vigencia de la Constitución de 1999 ha supuesto una ardua y difícil labor para el operador jurídico, quien luego de la respectiva lectura e interpretación de los postulados del Estado de Derecho y de Justicia, que proclama el artículo 2 de la Constitución y que desarrollan y complementan los artículos 26, 27, 28 y 49 de la misma, lo han llevado a realizar una adaptación del ordenamiento jurídico a la norma suprema.

Estas normas constitucionales procesales han permitido confirmar las sentencias que se constituyeron en líderes, reinterpretar y ajustar algunos principios, así como corregir algunos criterios que habían desarrollado los órganos jurisdiccionales, en materia de amparo constitucional cautelar.

La proyectada reforma del orden jurisdiccional administrativo, amplía el espectro de medidas cautelares que pueden ser solicitadas y concedidas, sin hacer alusión al amparo constitucional cautelar, lo que no significa que la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, queden sin protección cautelar; sino que la misma, se garantiza a través de la vía procesal cautelar ordinaria, establecida en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El estudio sobre la tutela cautelar en la proyectada reforma del proceso administrativo, requiere un detenido y minucioso análisis que será abordado en otra oportunidad. Ahora, solo resta finalizar, haciendo votos para que el legislador cumpla con la Consti-

tución y sancione a la mayor brevedad posible la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que destierre para siempre la idea de que “el proceso es aquel instrumento en el cual se manifiestan todas las deficiencias e impotencias del derecho”³⁵ y que permita afirmar, que el proceso administrativo logra garantizar la plena efectividad de la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLA, V., “La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo” en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993.

ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios Generales de Derecho Procesal Administrativo*, Vadedell Hermanos Editores, Caracas 1996.

Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

AYALA CORAO, C., “La Competencia Judicial en el Amparo Constitucional, con especial referencia a la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público* N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

AYALA CORAO, C., y BREWER-CARÍAS, A., *La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

BACIGALUPO, M., *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Marcial Pons, Madrid 1999.

BREWER-CARÍAS, A., *El Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares “Provisionalísimas”. Un Paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos”, *Poder Judicial* N° 33, 1994.

CANOVA GONZÁLEZ, A., “Análisis Crítico del Amparo en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 10, Caracas 1994.

CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares*, Trad. Santiago SENTÍS MELENDO, Depalma, Buenos Aires 1984.

CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal*, Trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires 1959.

CHAVERO, R., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991.

“El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales”, *Revista de Administración Pública* N° 131, C.E.C, Madrid 1993.

35. CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*. Trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago, Buenos Aires 1959, p. 136.

CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Napoli 1933.

COMBELLAS, R., *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, 5ª ed., Bogotá 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid 1992.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario” en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Tomo II, Civitas, 3ª ed., 2ª reimpresión, Madrid 1999.

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Civitas, 3ª ed., Madrid 2001.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores. Caracas 1997.

La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998.

“Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo”, *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 22, Caracas 1999.

“La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Revista de Derecho* N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2000.

“La Ejecución de las Resoluciones Administrativas de Multas Impuestas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116, de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000.

“Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y medio de la Constitución de 1999)”, *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001.

LINARES BENZO, G., “El Amparo y las Medidas Cautelares”, *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

El Proceso de Amparo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

ORTIZ ÁLVAREZ, L., *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas 1998.

RAMÍREZ LANDAETA, B., *Interpretación Jurisprudencial de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Funeda, Caracas 1996.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 100, Civitas, Madrid 1999.

RONDÓN, H., *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*, Editorial Arte, Caracas 1994.

SANZ GANDASEGUI, F., “¿Medidas Provisionalísimas en el Proceso Contencioso-Administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)”, *RAP* N° 138, C.E.C., 1995.

TINEO FIGUEROA, L., “El Amparo contra Actos Administrativos de Efectos Particulares en el Derecho Venezolano. La Protección Jurídica del Ciudadano”, *Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid 1993.

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL

Alejandro Carrillo Castro
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública
México

Cada vez que se inicia una campaña presidencial en México los candidatos a la primera magistratura ofrecen que, si son electos, *acabarán con el burocratismo y la corrupción en las oficinas gubernamentales*. Nada más seguro para arrancar aplausos y elogios de los futuros votantes que criticar *la inaceptable lentitud de los trámites en las oficinas públicas, el exceso de papeleo burocrático, el asfixiante centralismo que priva en la administración pública y la aberrante obsolescencia de los métodos empleados por la burocracia tradicional*, por sólo mencionar las frases que más se utilizan al respecto.

Ya desde mediados del siglo XIX, Benito Juárez anunció la necesidad de llevar a cabo una *revolución administrativa*, que habría de *coronar la reforma política y social* anunciada a la Nación por su gobierno. Por su parte, los gobiernos emanados de la Revolución Mexicana, desde la segunda década del siglo pasado se propusieron igualmente combatir *los vicios burocráticos* que imperaron durante los tres decenios del llamado *Porfiriato*. Venustiano Carranza fue el primero en establecer, en 1917, el Departamento Administrativo de Contraloría con el propósito de “estudiar la organización, procedimientos y gastos de las dependencias, para incrementar la economía y eficiencia de los servicios y elevar recomendaciones al Presidente de la República”.

Podría decirse que, desde entonces, casi no ha habido campaña presidencial en la cual no se haya mencionado la necesidad y el compromiso de *acabar con la inaceptable lentitud del aparato burocrático del gobierno*, así como de *combatir la corrupción administrativa a que aquélla da lugar necesariamente*. Y así, cada sexenio, se ha anunciado una *reforma administrativa, la modernización del aparato público, la reorganización de la administración pública, la reestructuración administrativa del gobierno, la simplificación de trámites, la descentralización o la desconcentración de las funciones públicas, la desregulación gubernamental, la búsqueda de la excelencia administrativa* y, a últimas fechas, *la incorporación de muchas de las prácticas gerenciales que se emplean en la empresa privada*, todo ello bajo el rubro genérico de *innovación gubernamental*.

Ante el aparente fracaso de muchos de estos intentos en épocas pasadas cabría preguntarse si todos estos ofrecimientos han sido siempre meras promesas demagógicas, formuladas tan sólo para obtener el apoyo popular durante las campañas políticas. O cabe la posibilidad que muchos de estos fracasos se deban a causas de muy diverso tipo que generalmente impiden que dichos ofrecimientos, formulados sin duda casi siempre de buena fe, se lleven a la práctica en el tiempo y la forma en que fueron anunciados.

El análisis que aquí habrá de desarrollarse parte de la última de dichas hipótesis. En México, al igual que en muchos países que seguimos la tradición jurídica del derecho administrativo francés -que a su vez se origina en los principios del derecho romano-

los órganos del gobierno y los funcionarios públicos que temporalmente los tienen a su cargo, están facultados para realizar *solo aquello que expresamente mencionan las normas jurídicas que regulan su funcionamiento*. Todo lo demás les está también *expresamente prohibido*. En cambio, las actividades que realizan las empresas privadas y quienes en ellas trabajan se rigen por un principio jurídico totalmente distinto, que les autoriza a realizar sin problemas *todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la ley*.

En principio esta distinción operativa y jurídica se antoja lógica y deseable. Pues se parte de la idea de que todo gobierno debe tener muy claramente señalados los límites de su actividad, para evitar que se cometan excesos en perjuicio de la sociedad o en violación a los derechos humanos de sus integrantes. Por ello debe procurarse que, quienes se desempeñan como funcionarios públicos y, como tales, disponen de la autoridad y el poder legales para imponer a los miembros de la sociedad sus decisiones administrativas, no utilicen dicha autoridad y poder legales para cometer injusticias o para obtener inaceptables beneficios personales o de grupo.

Sin embargo, en la práctica, este sistema de *derecho escrito* y de *facultades expresas*, como recientemente lo ha recordado el Dr. Diego Valadés, Director del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM[1], ocasiona que “los márgenes de innovación a través de los agentes políticos (sean) más estrechos que los sistemas consuetudinarios”, como el británico y el norteamericano. Dicho en términos menos elegantes, cuando un funcionario de una empresa privada consigue un mejor resultado en su trabajo por haber eliminado alguno de los pasos que considera innecesarios para cumplir con un trámite interno de su compañía, o consigue implantar un nuevo procedimiento que le permite brindar un mejor servicio a *la clientela* de su empresa, generalmente se hace acreedor a un reconocimiento de sus jefes, es puesto de modelo ante los demás empleados, se le otorga un premio en efectivo y a veces hasta consigue un ascenso en su compañía.

En cambio, en el caso de la administración pública, aquel servidor público que *por sus pistolas* decide eliminar un trámite o simplificar un procedimiento de los que están establecidos en los instructivos o manuales de procedimientos aprobados previamente por la autoridad correspondiente (y que normalmente padecen de gran obsolescencia por la dificultad de mantenerlos adecuadamente actualizados), corre el riesgo de ser sancionado legalmente, por no haberse ajustado a aquello que *expresamente está señalado en la norma*. Y en estos casos, la sanción puede consistir no sólo en una observación de sus superiores jerárquicos, sino en una multa, la destitución, o la inhabilitación para que pueda trabajar en cualquier otro cargo de la administración pública, e incluso puede ser enviado a la cárcel.

Estas son algunas de las *estrecheces* a las que elegantemente hace referencia don Diego Valadés, por lo que toca a *los márgenes de innovación* dentro de los cuales suelen operar *los agentes políticos* en un sistema de administración pública como el nuestro. Y en ello radica, a mi entender, una de las principales causas por las cuales resulta muy difícil, la adopción indiscriminada y automática de la manera en que operan los gerentes y empleados de una empresa privada en el ámbito de la administración pública, por lo menos en un sistema jurídico como el que existe hasta hoy en México.

Para ejemplificar la dificultad de trasladar *en automático* los métodos gerenciales de la empresa privada a las organizaciones gubernamentales hemos seleccionado dos de las cuatro o cinco fases en las que tradicionalmente se divide conceptualmente cualquier proceso administrativo, ya sea público o privado. Estas dos fases son las de la planeación y el control. Grosso modo podría definirse a la planeación como el proceso de an-

ticipación del curso de acción a seguir, lo que los franceses llaman *plan* o *rol* de actividades, contra el cual es posible verificar lo que realmente se ha podido realizar en la práctica. A este proceso de verificación se le conoce generalmente como *el contra-rol* o *control*. Esta compulsión contra una *lista de verificación*, -a la que en inglés se denomina *check list*-, permite evaluar qué tanto se consiguió realizar de lo que se tenía originalmente *planeado*, para así poder tomar las acciones correctivas que permitan obtener los resultados originalmente previstos.

La hipótesis que aquí habrá de utilizarse es que estos dos procesos administrativos, la planeación y el control, son infinitamente más complicados en el caso de la administración pública que en el de las empresas privadas. Y no estoy refiriéndome al momento de su concepción intelectual, pues es obvio que tan racionales aparecen estos conceptos a los ojos de un funcionario público como a los de un gerente empresarial. Estoy refiriéndome más bien a las modalidades que su aplicación requiere en uno y otro ámbitos de actividad operativa.

En la empresa privada la adopción de un eficaz y actualizado sistema de planeación o de control administrativo depende casi siempre de la decisión del Gerente General, o cuando mucho de la aprobación previa de los integrantes del Consejo Directivo de la empresa en cuestión. Con frecuencia estas personas suelen estar atentas a las innovaciones gerenciales y tecnológicas de punta que surgen a cada momento en el ámbito de la economía de mercado o son aplicadas exitosamente por las empresas competidoras. En cambio, en el entorno en que se desempeñan la mayoría de los órganos que integran la *administración pública*, dichos métodos operativos tienen que ser establecidos en una ley aprobada por el órgano legislativo, o deben ser emitidos por el titular de la dependencia del Ejecutivo o de la entidad paraestatal, en cumplimiento de las normas o procedimientos básicos que se señalan en la ley general correspondiente.

Considero innecesario advertir que, en un estado federal como el nuestro, no es frecuente la actualización de las leyes generales que rigen los procesos de planeación y programación de las dependencias y entidades de la administración pública. Por ello, muchas de dichas normas pronto se vuelvan obsoletas e inadecuadas para operar en la realidad con la eficacia y eficiencia con la que fuera de desearse. Y, por lo mismo, con frecuencia dejan de cumplirse en la práctica, aplicando el *obedézcase pero no se cumpla* heredado de la época virreinal.

Así ocurrió con la primera Ley de Planificación que se aprobó en México a principios de los años treinta, durante el gobierno del Ing. Pascual Ortiz Rubio, más orientada a la elaboración de *planos* de regulación territorial que a la fijación de objetivos y metas de carácter operativo. Otro tanto aconteció con el Primer Plan Sexenal, aprobado por el PNR para enmarcar la gestión del Gral. Lázaro Cárdenas, al cual se le tachó en esa época de *sovietizante*, por emplear conceptos similares a los que entonces utilizaba la Unión Soviética en la elaboración de sus llamados *Planes Quinquenales*.

No fue sino hasta la década de los cincuentas que la ONU empezó a recomendar a sus países miembros la utilización de la *Planeación Indicativa* o *democrática*, que empezaba a operar con éxito en algunos países del norte de Europa. Sin embargo en México, a virtud de la vigencia de la llamada *guerra fría*, fue hasta finales de los años setenta que se intentó la elaboración de planes y programas para la administración pública en su conjunto, como parte del programa de *reforma administrativa* que, durante su sexenio, se propuso llevar a efecto el Lic. José López Portillo. Pero las dificultades que toda innovación administrativa conlleva en el ámbito gubernamental hicieron que los *planes* y *programas* correspondientes al nivel *institucional* y al *sectorial* estuvieran terminados

antes que el *plan global de desarrollo* que debería servirles de marco de referencia. Se requirieron tres cambios de titular en la recién establecida Secretaría de Programación y Presupuesto para que dicho Plan Global quedase finalmente concluido. Sin duda el hecho de que el último de ellos, el Lic. Miguel de la Madrid, fuese quien finalmente consiguiera elaborar dicho instrumento programático, fue tomado en cuenta para que éste fuese nominado candidato del PRI para el siguiente proceso electoral.

Durante su sexenio, el Presidente de la Madrid promovió las reformas constitucionales que institucionalizaron “un Sistema Nacional de Planificación Democrática del Desarrollo Nacional”, tal y como actualmente aparece en el Artículo 26 de nuestra Carta Magna. De esta norma se deriva la Ley de Planeación la cual, entre otras cosas, ordena los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y la definición de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales en los cuales participa la Administración Pública Federal. A partir del gobierno de Ernesto Zedillo el cumplimiento de esta obligación se ha convertido cada vez más en un mero formalismo. El más reciente Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por el gobierno encabezado por el Presidente Fox, ni siquiera contiene objetivos y metas cuantitativas, sino meros propósitos de tipo general, como lo advirtieran en su momento algunos integrantes del Congreso de la Unión.

Cabría afirmar por tanto que el método jurídicamente establecido para la planeación de las actividades de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, ha dejado de ser en nuestros días un instrumento eficaz para programar las acciones administrativas del gobierno.

Por el contrario, el proceso de control, que supuestamente debería estar ligado al cumplimiento de los compromisos establecidos en los planes y programas gubernamentales, ha tenido una aplicación cada vez más eficaz en la práctica, sólo que por razones muy distintas. Cada nueva administración se ha comprometido a *aplicar las sanciones hasta sus últimas consecuencias* y a no dejarlas en *mera letra muerta*, como se afirma hicieron a *todas las administraciones anteriores* a la que se encuentra en turno. Y para demostrarlo, se denuncia y a veces se encarcela a *algunos peces gordos* de las pasadas gestiones gubernamentales.

Esta desvinculación entre los procesos de planeación y control administrativo y el consecuente desequilibrio en su aplicación en la práctica parecen acentuarse cada nuevo sexenio. En la actualidad, muchos funcionarios parecieran estar más interesados en aplicar medidas de control y en sancionar incumplimientos pasados que en elaborar los planes y programas para encarar los retos del futuro. Como ocurre con cualquier tipo de *desequilibrio*, la desvinculación de los métodos de control de los de la planeación administrativa acaba por convertir al control en *un fin en sí mismo*, en vez del *medio* instrumental que debería estar al servicio de una sana gestión administrativa. Con ello se corre el riesgo de que ocurra algo parecido a la época *del terror* en la revolución francesa, cuando se convirtió a la *Guillotina* (el control y la sanción de las *faltas* de la administración anterior) en un espectáculo público, que cada día reclamaba *más sangre*, hasta que sus mismos creadores fueron llevados al cadalso por sus adversarios políticos para demostrar su *pureza revolucionaria*.

Por lo anterior, considero que sería muy saludable que se intentara una revisión a fondo de la manera en que actualmente operan los procesos de planificación y control en la Administración Pública de nuestro país, con la intención de corregir el desequilibrio y desvinculación que actualmente presentan estas dos etapas del proceso administrativo en el sector gubernamental. Como se señaló al principio, en muy buena medida este

desequilibrio tiene su origen en la dificultad de establecer los procesos de planeación y control en el ámbito de la administración pública con base al sistema de *facultades expresas*. Dicha práctica jurídica dificulta su conveniente actualización periódica, en comparación con lo que ocurre en el ámbito de la administración privada.

Ese es en buena medida el reto de la Administración Pública actual, así como del Congreso de la Unión, en tanto que órgano encargado de la aprobación y la revisión de las disposiciones legales que rigen la operación de la Administración Pública Federal en su conjunto. Pero mientras esta adecuación se logra llevar a la práctica, parece ser que todavía seremos testigos de un período regido por la política de *mucho control y poca planeación*, por lo que se refiere a la administración pública federal. Lo preocupante es que, cuando el sistema de planeación se convierte en mera *letra muerta* y el de control se transforma en *un fin en sí mismo*, suele ser frecuente su utilización como medio para ejercer venganzas políticas o para distraer a la opinión pública ante el incumplimiento de las ofertas formuladas durante las campañas políticas.

Estas criticables prácticas políticas han estado presentes no solo ahora sino en muchas otras ocasiones a lo largo de la historia de nuestro país, sin importar el signo ideológico o el partido del que hayan surgido los gobiernos que las han aplicado. Y esta preocupación la comparte también el Banco Mundial cuya representante, Lea Braslavsky, durante la Conferencia *México contra la corrupción*, promovida recientemente por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, advirtió: “al Banco Mundial la preocupa que la excesiva reglamentación gubernamental en México, en un afán por combatir la corrupción, culmine en una ola persecutoria contra funcionarios públicos que paralice al Ejecutivo Federal”. Me parece que debería hacerse caso.

ÍNDICE GENERAL

PROEMIO	
ALFREDO ARISMENDI A.	27
PRESENTACIÓN	
JESÚS CABALLERO ORTIZ.	29
DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN	
I. Discurso del Profesor Eduardo Roca Roca.....	33
II. Prólogo de Eduardo García de Enterría.....	41
III. Discurso del Profesor Pedro Nikken	43
IV. Prefacio del Profesor Luciano Parejo Alfonso	51
APRECIACIÓN	
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO.....	55

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

FERNANDO HINESTROSA

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION

ROGELIO PÉREZ PERDOMO

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW	72
II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA	75
III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA	77
REFERENCES	82

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO

IGNACIO DE LEÓN

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA	87
II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS	88

ÍNDICE GENERAL

III.	LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS.....	91
IV.	ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA	93
	1. <i>Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia</i>	94
	2. <i>La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales</i>	98
	3. <i>Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales</i>	100
V.	UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS	102
VI.	CONCLUSIONES.....	104
	BIBLIOGRAFÍA.....	105

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

1. *Los tipos de gobierno democrático*

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO

I.	ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE	113
II.	LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA	118
III.	EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD	121
IV.	CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE.....	127
V.	EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO	130

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

IRENE LORETO GONZÁLEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	133
II.	CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811	134
	1. <i>Población, gobierno, geografía política</i>	135
	2. <i>19 de Abril de 1810</i>	137
III.	CONGRESO CONSTITUYENTE	140

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>Formación del Congreso Constituyente</i>	140
2.	<i>Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones</i>	141
3.	<i>Composición y características de la Asamblea</i>	143
4.	<i>Legitimidad</i>	143
IV.	CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE.....	144
1.	<i>Temas debatidos</i>	144
2.	<i>El Acta de declaración de la Independencia</i>	146
3.	<i>La Constitución</i>	146
A.	<i>Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos</i>	147
B.	<i>Consejo de Ancianos</i>	148
C.	<i>Seguridad y fortificación de los puertos marítimos</i>	148
D.	<i>Guardia Constitucional</i>	148
E.	<i>Tribunal de Censura y la Fuerza Armada</i>	149
F.	<i>Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad</i>	149
G.	<i>Sobre los extranjeros</i>	149
H.	<i>Comisión sobre Concordato</i>	149
I.	<i>Alta Corte de Justicia</i>	150
4.	<i>Resultados del Proceso Constituyente</i>	150
A.	<i>Acta de la Independencia</i>	150
B.	<i>La Constitución Federal</i>	150
C.	<i>Cuerpo de Leyes</i>	152
V.	FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE	152
VI.	CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812	153
1.	<i>La Constitución de Mérida</i>	153
2.	<i>La Constitución de Trujillo de 1811</i>	154
3.	<i>La Constitución de Barcelona de 1811</i>	154
4.	<i>La Constitución de Caracas de 1812</i>	155
	BIBLIOGRAFÍA.....	155

**§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

INTRODUCCIÓN.....	161
DERECHOS HUMANOS	165
EL ESTADO	175
EL URUGUAY Y EL MUNDO	181
REFLEXIONES FINALES.....	183

ÍNDICE GENERAL

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA

JORGE VÉLEZ GARCÍA

I.	INTRODUCCIÓN.....	185
II.	DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA	186
III.	UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN	188
IV.	LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL	191
V.	LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.....	193
VI.	EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS	202

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

CLAUDIA NIKKEN

I.	LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA?.....	206
1.	<i>La ausencia de regulación de la transición en la Constitución del 30 de diciembre de 1999</i>	206
2.	<i>Las modificaciones de la Constitución</i>	208
A.	<i>La constitución de un régimen de transición.....</i>	208
B.	<i>Las publicaciones de la Constitución</i>	210
II.	SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL	211
1.	<i>La norma fundamental de la Constitución.....</i>	211
2.	<i>El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999.....</i>	214

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

SANDRA MORELLI

I.	BREVE INTRODUCCIÓN	219
II.	REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO	220
III.	ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY N° 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	227
1.	<i>Consideraciones preliminares</i>	227
2.	<i>Contenido del Proyecto</i>	227
A.	<i>Muerte política</i>	228
B.	<i>Voto nominal.....</i>	229
3.	<i>Suplencias.....</i>	229
4.	<i>Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública.....</i>	230

ÍNDICE GENERAL

5.	<i>Servicios Administrativos del Congreso</i>	231
6.	<i>Reducción del Congreso</i>	231
7.	<i>Pérdida de investidura</i>	235
8.	<i>Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos</i>	236
9.	<i>Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales</i>	237
10.	<i>Supresión de las Personerías</i>	237
11.	<i>Auxilios con dineros públicos</i>	238
12.	<i>Nuevos recursos para educación y saneamiento básico</i>	239
13.	<i>Recursos para educación y saneamiento básico</i>	239
14.	<i>Finanzas públicas sanas</i>	240
15.	<i>Partidos Políticos</i>	241
16.	<i>Contra el narcotráfico y la drogadicción</i>	242
17.	<i>Aprobación integral de este Referendo</i>	247
18.	<i>Artículo 2° Vigencia y nuevas elecciones</i>	248
IV.	LA REFORMA JUDICIAL	248
V.	CONCLUSIONES	252

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

**§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y
EL DERECHO COMUNITARIO**

JORGE LUIS SUÁREZ

I.	INTRODUCCIÓN	253
II.	LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES	253
III.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL	256
	1. <i>El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario</i>	256
	2. <i>El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de dis- posiciones</i>	262
	3. <i>La primacía del Derecho Comunitario</i>	264
	4. <i>La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Esta- dos miembros</i>	267
IV.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA	276

**§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU
SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA
EUROPEA Y ANDINA**

MARIANELA ZUBILLAGA

I.	LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL	281
II.	LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DE- RECHO	282
III.	LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS	286

ÍNDICE GENERAL

IV.	FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA.....	290
1.	<i>La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios</i>	291
2.	<i>La aplicación directa del derecho comunitario</i>	295
3.	<i>La preeminencia o primacía del derecho comunitario</i>	297
V.	LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS	299
VI.	LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA	303
1.	<i>La Constitución de 1961</i>	303
A.	<i>La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992</i>	303
B.	<i>El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999</i>	306
2.	<i>La Constitución de 1999</i>	307

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LA ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

HEINZ SCHÄFFER

I.	INTRODUCCIÓN.....	311
II.	LAS DICHAS “SANCIONES”; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS	312
1.	<i>Situación en Austria</i>	312
2.	<i>La toma de decisión por parte de los UE-14</i>	313
3.	<i>Los efectos de las “sanciones”</i>	314
4.	<i>Análisis jurídico</i>	315
5.	<i>La posición de Austria en el conflicto</i>	318
III.	EL “INFORME DE LOS SABIOS” Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	319
IV.	CONCLUSIONES	322
	CRONOLOGÍA.....	323

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

I.	INTRODUCCIÓN.....	325
II.	EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL	326
1.	<i>Características esenciales del tipo de gobierno convencional</i>	326

ÍNDICE GENERAL

III.	EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL	327
1.	<i>Introducción</i>	327
2.	<i>Características estructurales y funcionales básicas</i>	329
IV.	LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA	329
1.	<i>Introducción</i>	329
2.	<i>Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano</i>	331
3.	<i>La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina</i>	332
4.	<i>Los factores de la preponderancia presidencial</i>	333
A.	<i>Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos</i>	333
B.	<i>La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley</i>	334
C.	<i>El veto parcial y los quórum parlamentarios para superarlo</i>	334
D.	<i>La habilitación legislativa del Presidente de la República</i>	335
E.	<i>Los poderes extraordinarios o de crisis</i>	336
5.	<i>Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República</i>	337
A.	<i>La duración limitada y fija del mandato Presidencial</i>	337
B.	<i>La Regla de la no reelección inmediata del Presidente</i>	338
C.	<i>La acusación constitucional contra el Presidente de la República</i>	339
V.	LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA.....	339
1.	<i>Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos</i>	340
A.	<i>El presidencialismo puro</i>	340
B.	<i>El presidencialismo parlamentario o atenuado</i>	341
C.	<i>Los presidencialismo dirigidos</i>	344
VI.	EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES	345
1.	<i>El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario</i>	345
2.	<i>Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario</i>	346
3.	<i>Los caracteres funcionales</i>	347
A.	<i>La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento</i>	347
B.	<i>El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo</i>	348
4.	<i>Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario</i>	349
5.	<i>Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica</i>	350
A.	<i>La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario</i>	350
B.	<i>Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista</i>	352
C.	<i>La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario</i>	352
6.	<i>Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia</i>	357

ÍNDICE GENERAL

A.	<i>El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva</i>	357
B.	<i>El tipo de gobierno parlamentario de gabinete.....</i>	357
C.	<i>El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo.....</i>	357
VII.	LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES.....	358
1.	<i>El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa</i>	359
A.	<i>El estatuto del Presidente de la República.....</i>	359
(a)	<i>La elección del Presidente de la República y la duración del mandato</i>	359
(b)	<i>Las competencias del Presidente de la República</i>	360
(c)	<i>Las Competencias del Presidente de la República en Francia.....</i>	361
2.	<i>Las atribuciones del Presidente de Finlandia</i>	363
3.	<i>Consideraciones finales.....</i>	364
VIII.	EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO	365
IX.	EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO.....	365
1.	<i>El parlamento suizo.....</i>	365
2.	<i>Las relaciones parlamento - gobierno.....</i>	367
3.	<i>El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación.....</i>	367
X.	CONSIDERACIONES FINALES.....	368

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?

JORGE REINALDO VANOSI

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ

I.	CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL.....	378
1.	<i>Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley</i>	378
2.	<i>Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente</i>	379
3.	<i>Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes</i>	379
4.	<i>Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse</i>	379
5.	<i>Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección</i>	380
II.	NULIDAD DE UN VOTO	383
III.	NULIDAD DE UNA VOTACIÓN.....	385

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral</i>	386
2.	<i>Irregularidades en el desarrollo de la votación</i>	390
3.	<i>Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales</i>	393
IV.	NULIDAD DE UNA ELECCIÓN	397
1.	<i>Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas</i>	397
2.	<i>Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos</i>	398
3.	<i>Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias</i>	399

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

DIETER NOHLEN

I.	LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS	402
II.	DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO	403
III.	TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL	404
IV.	EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES	406
V.	CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN	406
VI.	UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES	408
VII.	SISTEMAS ELECTORALES Y GOVERNABILIDAD	412

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

MANUEL FEOLA CRUZ

I.	INTRODUCCIÓN	415
II.	ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA	416
III.	ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO	417
IV.	LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA	418
V.	LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA	421
VI.	EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS	424
VII.	LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA	426
VIII.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	428
	BIBLIOGRAFÍA	429

ÍNDICE GENERAL

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR

I.	LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS	431
II.	LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA	433
III.	LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN	436
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	437

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA

I.	INTRODUCCIÓN	441
II.	EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA	442
III.	EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA.....	442
	1. <i>El Referendo en el sistema jurídico venezolano</i>	446
	A. <i>Reseña histórica: algunas consideraciones</i>	446
	B. <i>Antecedentes legislativos</i>	447
	(a) <i>Ley Orgánica de Régimen Municipal</i>	449
	(b) <i>Ley Orgánica de la Justicia de Paz</i>	451
	(c) <i>Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política</i>	452
	(d) <i>Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Tragapapeles</i>	454
IV.	MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	460
V.	EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO	472
VI.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	480
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	481

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

I.	LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO.....	485
	1. <i>Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos</i>	485
	2. <i>La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado</i>	493
II.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	499

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política</i>	499
2.	<i>El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública</i>	500
A.	<i>Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos</i>	500
B.	<i>Distintos tipos de reglamentos</i>	505
(a)	<i>Los denominados reglamentos ejecutivos</i>	505
(b)	<i>Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización</i>	506
(c)	<i>Los reglamentos de urgencia o necesidad</i>	507
C.	<i>Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias</i> :.....	509
(a)	<i>Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP</i>	511
(b)	<i>Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP</i>	512
(c)	<i>Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP</i>	515
III.	A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN	518

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

DANIEL ALBERTO SABSAY

I.	INTRODUCCIÓN.....	521
II.	LA PARTICIPACIÓN.....	522
1.	<i>Constitución Nacional</i>	523
A.	<i>La reforma del 94</i>	524
2.	<i>Derecho Público Provincial y Municipal</i>	527
3.	<i>La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa</i>	528
III.	CONSIDERACIONES FINALES.....	532
	BIBLIOGRAFÍA.....	533

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

MARIE PICARD DE ORSINI

I.	COMENTARIOS INICIALES	535
II.	CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBE- DIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES.....	537
III.	REFERENCIAS HISTÓRICAS	539
IV.	CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	540
V.	DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL	541

ÍNDICE GENERAL

VI.	CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL	542
VII.	JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL	544
VIII.	LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	547
IX.	CONCLUSIONES	550
	BIBLIOGRAFÍA	551

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

ELOÍSA AVELLANEDA Y LUIS SALAMANCA

I.	INTRODUCCIÓN	553
II.	NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN.....	556
1.	<i>La desobediencia civil</i>	556
A.	<i>Noción</i>	556
B.	<i>Características de la desobediencia civil</i>	557
(a)	<i>La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada</i>	558
(b)	<i>Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia</i>	558
(c)	<i>Son actos públicos</i>	558
(d)	<i>Son actos pacíficos, no violentos</i>	558
(e)	<i>Son actos conscientes</i>	558
(f)	<i>Son actos intencionales</i>	559
(g)	<i>La desobediencia civil debe ser un último recurso</i>	559
2.	<i>La resistencia civil</i>	559
A.	<i>Noción</i>	559
B.	<i>Evolución de la teoría de la resistencia</i>	560
C.	<i>Resistencia activa y resistencia pasiva</i>	561
D.	<i>La resistencia civil en la era contemporánea</i>	562
E.	<i>Resistencia civil y resistencia militar</i>	563
3.	<i>La rebelión</i>	564
A.	<i>Noción general de rebelión</i>	564
B.	<i>Noción jurídico-política de rebelión</i>	565
C.	<i>Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión</i>	567
III.	EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN.....	568
1.	<i>El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances</i>	568
2.	<i>Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999</i>	568
3.	<i>Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente</i>	569
4.	<i>Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350</i>	572

ÍNDICE GENERAL

A.	<i>Las interpretaciones de la oposición civil</i>	572
(a)	<i>El 350 como derecho a la rebelión</i>	573
(b)	<i>El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles</i>	573
(c)	<i>El 350 como desobediencia civil</i>	573
B.	<i>Las interpretaciones de la oposición militar</i>	574
C.	<i>Las interpretaciones del gobierno en torno al 350</i>	574
D.	<i>El 350 como fuente de inestabilidad política</i>	575
5.	<i>Nuestra interpretación del artículo 350</i>	576
A.	<i>¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?</i>	576
B.	<i>¿Qué significa “fiel a su tradición”...?</i>	577
C.	<i>¿Qué significa que el pueblo “desconocerá”?</i>	577
D.	<i>¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?</i>	578
E.	<i>¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?</i>	580
(a)	<i>La desobediencia civil</i>	580
(b)	<i>La resistencia pasiva y activa</i>	580
F.	<i>La rebelión</i>	580
IV.	CONCLUSIONES.....	581
	BIBLIOGRAFÍA.....	583

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I.	INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES	585
II.	EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA.....	587
III.	FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA.....	589
IV.	LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA.....	599
1.	<i>La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma</i>	599
2.	<i>El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía</i>	600
3.	<i>La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal</i>	602
4.	<i>El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados</i>	603
5.	<i>La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros</i>	605

ÍNDICE GENERAL

6.	<i>La compensación financiera</i>	610
7.	<i>La intervención federal</i>	615
V.	LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO	617

§ 25. EL FEDERALISMO UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO

JORGE LONDOÑO

I.	INTRODUCCIÓN	621
II.	UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA	622
	1. <i>Situación actual de la violencia en Colombia</i>	624
	2. <i>Breve conclusión</i>	625
III.	MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO	626
	1. <i>Concepto clásico de soberanía</i>	626
	2. <i>Crisis de la idea clásica de Soberanía</i>	627
	3. <i>A manera de reflexión parcial</i>	628
	4. <i>El territorio</i>	628
	5. <i>Reflexión</i>	629
IV.	ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL	629
	1. <i>Modelo Regional</i>	630
	2. <i>El modelo de las comunidades autónomas</i>	632
	3. <i>Sistema Federal</i>	635
	4. <i>El Federalismo en Colombia</i>	638
	5. <i>Breve conclusión histórica</i>	642
	6. <i>Propuestas federalistas para Colombia</i>	642
V.	UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA-.....	648
VI.	CONCLUSIONES	649

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL'AMERICA LATINA

EDUARDO ROZO ACUÑA

I.	REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA.....	659
II.	EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA.....	660
III.	EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA.....	661
IV.	IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONOMIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE.....	661
	1. <i>La suddivisione dell'ordinamento in Italia</i>	662
	2. <i>Regioni con autonomia ordinaria e speciale</i>	664
	3. <i>La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali</i>	665
	4. <i>La distribuzione delle funzioni amministrative</i>	669

ÍNDICE GENERAL

5.	<i>L'autonomia fiscale e le norme finanziarie</i>	672
6.	<i>I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo</i>	676
7.	<i>Autonomie locali ed obblighi internazionali</i>	677
8.	<i>Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali</i>	677
V.	CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDER- RALISMO IN AMERICA LATINA	679

**§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y
EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL
ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA**

CHRISTIAN PIELOW

I.	EL ESTADO FEDERAL <i>EVOLUTIVO</i>	681
	1. <i>La crisis económica del Estado prestador</i>	683
	2. <i>Liberalización y privatización</i>	683
	3. <i>Internacionalización, especialmente "europeización"</i>	684
	4. <i>Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿modernización o modifica- ción del federalismo?</i>	685
	A. <i>Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo "unitario" y "cooperativo"</i>	686
	B. <i>¿Federalismo "competitivo" como resolución? / Preguntas claves</i>	687
II.	ASPECTOS INSTITUCIONALES	688
	1. <i>Número y dimensión de los entes territoriales</i>	688
	2. <i>El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo</i>	690
	A. <i>El predominio de la legislación federal</i>	690
	B. <i>La expansión de la legislación "administrativa"</i>	690
	C. <i>¿Compensación mediante cooperación?</i>	691
III.	AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS	693
	1. <i>Progresos ya alcanzados</i>	693
	2. <i>Cláusulas de experimentación y legislación básica</i>	694
	3. <i>Reajuste de las competencias ejecutivas de los Länder</i>	695
IV.	LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FE- DERADOS	696
	1. <i>Las polémicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación</i>	696
	2. <i>Mecanismos de la compensación financiera</i>	698
V.	CONCLUSIÓN	699

ÍNDICE GENERAL

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO

I.	RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES	702
II.	LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO	703
III.	AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES	704
IV.	LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL.....	705
V.	LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES.....	707
VI.	REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN.....	709
VII.	LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO.....	710
	1. <i>El concepto material de las bases</i>	712
	2. <i>Estructura de la Ley de Bases</i>	712
	A. <i>Círculo material de interés general</i>	713
	B. <i>Círculo de encuadramiento</i>	713

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

I.	INTRODUCCIÓN.....	715
II.	CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL	716
	1. <i>Principios fundamentales</i>	716
	2. <i>Configuración constitucional</i>	718
	3. <i>Contenido mínimo</i>	720
	A. <i>Autonomía política</i>	720
	B. <i>Autonomía normativa</i>	720
	C. <i>Autonomía tributaria</i>	721
	D. <i>Autonomía Administrativa</i>	722
	4. <i>Garantía de la Autonomía</i>	722
III.	LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL	727
	1. <i>Político-democrática</i>	727
	2. <i>Inherentes al Estado de Derecho</i>	729
	3. <i>Inherente a la realización del Estado Social</i>	729

ÍNDICE GENERAL

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

ARGENIS URDANETA

I.	A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	731
II.	FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA	731
	1. <i>Exposición de motivos</i>	732
	2. <i>Preámbulo</i>	732
	3. <i>Principios fundamentales</i>	732
	4. <i>Preceptos constitucionales de democracia participativa</i>	732
	A. <i>Gobierno democrático (art. 6)</i>	732
	B. <i>En lo que respecta a los derechos políticos</i>	733
	(a) <i>Consultivo (art. 71)</i>	733
	(b) <i>Revocatorio (art. 72)</i>	733
	(c) <i>Aprobatorio (art. 73)</i>	733
	(d) <i>Abrogatorio (art. 74)</i>	734
	C. <i>En cuanto a la organización del Poder Público</i>	734
	(a) <i>Administración Pública</i>	734
	(b) <i>Poder Público Estatal</i>	734
	(c) <i>Poder Público Municipal</i>	734
	(d) <i>Consejo Federal de Gobierno</i>	735
	(e) <i>Poder Judicial y Sistema de Justicia</i>	735
III.	LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	735
	1. <i>Organización del territorio</i>	735
	2. <i>División política</i>	735
	3. <i>Organización del Poder Público Nacional</i>	736
	A. <i>Legislativo</i>	736
	B. <i>Ejecutivo</i>	736
	C. <i>Sistema de Justicia</i>	736
	D. <i>Poder Ciudadano</i>	737
	E. <i>Poder Electoral</i>	737
	4. <i>Poder Público Estatal</i>	738
IV.	VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO.....	738
	1. <i>Exposición de Motivos de la Constitución</i>	738
	2. <i>Preámbulo constitucional</i>	739
	3. <i>Principios fundamentales de la Constitución</i>	739
	4. <i>Descentralización</i>	739
V.	PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES	741
	1. <i>Nuevo municipio</i>	741
	A. <i>Territorio</i>	741
	B. <i>Organización</i>	741
	C. <i>Autonomía</i>	742
	2. <i>Propuesta de nueva Ley Municipal</i>	743
	BIBLIOGRAFÍA.....	744

ÍNDICE GENERAL

**§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA:
ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO

I.	LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS	747
1.	<i>Vigencia de la Constitución de 1978</i>	747
2.	<i>Una reflexión sobre la Nación española</i>	750
3.	<i>El proceso descentralizador iniciado en 1978</i>	752
4.	<i>El desarrollo autonómico</i>	755
II.	LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA.....	759
1.	<i>El proceso democratizador de las estructuras locales</i>	760
2.	<i>Los primeros pasos del Municipio democrático español</i>	762
3.	<i>La Ley de Bases de Régimen Local de 1985</i>	764
4.	<i>Las Haciendas Locales</i>	766
5.	<i>La normativa supranacional</i>	767
6.	<i>El Pacto Local</i>	768

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	773
II.	EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN	776
III.	SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES	778
IV.	EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMI- NISTRACIÓN LOCAL	780
1.	<i>El principio de subsidiariedad</i>	780
2.	<i>La subsidiariedad en el derecho local</i>	780
V.	CUESTIONES COMPETENCIALES.....	783
VI.	DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES.....	784

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	789
II.	LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES	789
III.	LUGARIZACIÓN	791
IV.	LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO.....	795
V.	EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD.....	797
VI.	LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA.....	798
VII.	CONCLUSIÓN.....	800
	BIBLIOGRAFÍA	800

ÍNDICE GENERAL

§ 34. BREWER Y CARACAS

DOLORES AGUERREVERE VALERO

I.	INTRODUCCIÓN.....	801
II.	BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS	803
	1. <i>Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999</i>	803
	2. <i>Debate Constituyente</i>	807
	3. <i>Planteamientos posteriores a la Constitución 1999</i>	809
III.	BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS	811
	1. <i>Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas</i>	811
	2. <i>Sobre el trazado regular de la ciudad</i>	815
IV.	CONCLUSIONES.....	817

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

DONATO LUPIDII

I.	INTRODUCCIÓN.....	819
II.	LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARRING	820
III.	EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP.....	825
IV.	LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL.....	828
	1. <i>Poderes Constitucionales Legislativos</i>	829
	A. <i>Poderes Reactivos</i>	829
	B. <i>Poderes Proactivos</i>	830
	2. <i>Poderes Partidistas</i>	832
V.	CONCLUSIONES.....	834
	BIBLIOGRAFÍA.....	835

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

ALFREDO ARISMENDI A.

I.	INTRODUCCIÓN.....	837
II.	EL EJECUTIVO UNIPERSONAL	838
III.	REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.....	839
	1. <i>La reelección</i>	840
	2. <i>El período presidencial</i>	841
IV.	EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO.....	841

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>Generalidades</i>	841
2.	<i>Atribuciones</i>	842
3.	<i>Destitución</i>	843
V.	EL CONSEJO DE MINISTROS	843
1.	<i>Naturaleza</i>	843
2.	<i>Organismos de la Administración Pública Nacional</i>	844
VI.	EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO	846
1.	<i>Antecedentes</i>	846
2.	<i>Elementos Parlamentarios</i>	847
	A. <i>El Refrendo Ministerial</i>	848
	B. <i>El Consejo de Ministros</i>	849
	C. <i>El Mensaje Presidencial</i>	851
	D. <i>Memoria de los Ministros</i>	852
3.	<i>Falta Absoluta del Presidente de la República</i>	852
	A. <i>Antecedentes</i>	852
	B. <i>Situación actual</i>	854
VII.	INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES	855
1.	<i>El Veto Presidencial</i>	856
2.	<i>Promulgación de la Ley</i>	856
3.	<i>Decretos con Fuerza de Ley</i>	857
VIII.	ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	858
1.	<i>Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes</i>	858
2.	<i>La Potestad Reglamentaria</i>	858
3.	<i>Nombrar y remover los funcionarios públicos</i>	859
4.	<i>Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional</i>	859
5.	<i>Dirigir las Relaciones Exteriores</i>	860
6.	<i>Conceder Indultos</i>	860
7.	<i>Otras Facultades</i>	861
	A. <i>Nombramiento del Procurador General de la República</i>	861
	B. <i>Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales</i>	862
	C. <i>Administrar la Hacienda Pública Nacional</i>	863
8.	<i>Actos Administrativos</i>	865
IX.	EL CONSEJO DE ESTADO	865
X.	CONCLUSIONES	865

**§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA,
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA
JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA**

RICARDO HARO

I.	ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS	867
II.	LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS	868

ÍNDICE GENERAL

III.	UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO “PERALTA”	869
IV.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.....	871
V.	LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU	872
VI.	SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INS- TANCIA	873
VII.	EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY	874
VIII.	REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.....	875
IX.	LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASE- GURADORAS	877
X.	INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLA- RES	878
XI.	NUESTRAS REFLEXIONES FINALES.....	880

**§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA
RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD**

PIERRE BON

I.	LA RESPONSABILITÉ PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS	886
1.	<i>Les incriminations</i>	886
2.	<i>La mise en accusation</i>	888
3.	<i>Le jugement</i>	889
II.	LA RESPONSABILITÉ PENALÉ POUR LES ACTES ÉTRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS	890

2. El poder judicial

**§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO**

ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO

I.	ALGUNAS CONSIDERACIONES	893
II.	EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMA- DO SISTEMA DE JUSTICIA	893
III.	TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL.....	897

**§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA:
DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL**

DIEGO VALADÉS

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	907
II.	NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO	909
III.	AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA	911
IV.	MECANISMOS DE EVALUACIÓN	913

ÍNDICE GENERAL

V.	AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	915
VI.	FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.).....	916
VII.	LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO	918
VIII.	LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	921
IX.	ACCESO A LA JUSTICIA	923
X.	EL ÁMBITO INTERNACIONAL	924
XI.	DEMOCRACIA Y JUSTICIA	926
XII.	CONSIDERACIONES FINALES	928
	BIBLIOGRAFÍA	930

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO

ROXANA ORIHUELA GONZATTI

I.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO	933
	1. <i>El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral</i>	935
	2. <i>De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral</i>	935
	3. <i>De las atribuciones de la Cámara de Educación</i>	936
II.	NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL.....	940
III.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	941
IV.	ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	943
V.	ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO	943
VI.	ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO	944
	1. <i>Requisitos para su elección</i>	944
	A. <i>Generales</i>	944
	B. <i>Específicos</i>	944
	2. <i>Período de elección</i>	946
	3. <i>Forma de elección</i>	948
	4. <i>Remoción</i>	950
VII.	AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO	953
VIII.	COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	953
	1. <i>Competencias concurrentes</i>	954
	2. <i>Competencias específicas</i>	954
	A. <i>De la Defensoría del Pueblo</i>	954
	B. <i>Del Ministerio Público</i>	958

ÍNDICE GENERAL

C.	<i>De la Contraloría General de la República</i>	961
D.	<i>De la Contraloría General de la Fuerza Armada</i>	963
3.	<i>Competencias residuales</i>	964
4.	<i>Competencias del Consejo Moral Republicano</i>	964
IX.	POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	967
1.	<i>Antecedentes</i>	967
2.	<i>Generalidades</i>	971
3.	<i>Desarrollo</i>	971
4.	<i>Sanciones</i>	972
X.	EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO	974
XI.	DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL	975
XII.	EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO	976
XIII.	DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	977
XIV.	EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO	978
1.	<i>El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano</i>	978
2.	<i>El Poder Judicial y el Poder Ciudadano</i>	978
3.	<i>El Poder Electoral y el Poder Ciudadano</i>	979
XV.	EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO	979
XVI.	LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO	980

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL

CLAUDE GOYARD

ÍNDICE GENERAL

**§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA
CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O
CONTROL CONCRETO?**

JOSÉ VICENTE HARO

I.	INTRODUCCIÓN	1003
II.	BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD	1005
III.	SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITU- CIONALIDAD	1009
IV.	A MODO DE CONCLUSIÓN	1014

**§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN AMÉRICA LATINA**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I.	CONSIDERACIÓN INICIAL	1015
II.	LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	1016
III.	EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940.....	1018
IV.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971.....	1020
V.	EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945	1022
VI.	LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965.....	1023
VII.	A MODO DE CONCLUSIÓN	1026

**§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS
335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN**

MARIO PESCI FELTRI

I.	JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN	1029
II.	JURISDICCIÓN NORMATIVA	1031
III.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL	1032
IV.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL	1039
V.	DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA.....	1043
VI.	LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA.....	1045
VII.	FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMA- TIVA	1054

**§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)**

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

I.	LIMINAR	1057
II.	¿POR QUÉ CUBA?.....	1058

ÍNDICE GENERAL

III.	UNA AGITADA HISTORIA.....	1059
IV.	EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN	1060
V.	LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO	1062
VI.	EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940	1063
VII.	VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES.....	1064
VIII.	¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?.....	1067
IX.	EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO.....	1068
	BIBLIOGRAFÍA.....	1070

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

EDGAR CARPIO MARCOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1075
II.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO?.....	1076
III.	LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	1078
IV.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	1079
	1. <i>El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho</i>	1079
	2. <i>El reglamento parlamentario como fuente primaria</i>	1080
V.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	1081
VI.	REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL.....	1083
	1. <i>El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana</i>	1084
VII.	LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	1087
VIII.	REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR	1091

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1093
II.	EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.....	1093
III.	EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS	1094
IV.	CONCLUSIONES.....	1097

ÍNDICE GENERAL

2. *El derecho de amparo*

**§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA**

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ

I.	EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA	1099
II.	REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	1103
III.	RASGOS GENERALES DEL “HÁBEAS CORPUS” IBEROAMERICANO	1107
	1. <i>Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia</i>	1108
	2. <i>Relación del “hábeas corpus” con el Derecho Penal</i>	1109
	3. <i>Amplitud en cuanto a los sujetos</i>	1110
IV.	RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO	1111
	1. <i>El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional</i>	1111
	2. <i>Competencia en materia de amparo constitucional</i>	1113
	3. <i>Principios del proceso de amparo constitucional</i>	1114
	4. <i>Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional</i>	1116
	5. <i>Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional</i>	1117
	6. <i>Efectos de la sentencia de amparo constitucional</i>	1118
V.	CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	1119
	1. <i>Clasificación general</i>	1119
	2. <i>El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales</i>	1123

**§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE
EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO
DE AMPARO MEXICANO**

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I.	INTRODUCCIÓN	1125
II.	LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO	1126
III.	UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA	1128
IV.	EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	1136
V.	EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN	1138
VI.	COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO	1143
VII.	NATURALEZA	1151
VIII.	DERECHOS PROTEGIDOS	1155

ÍNDICE GENERAL

IX.	PERSONAS TUTELADAS	1159
X.	ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN.....	1161

**§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y
SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO:
¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?**

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

I.	EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES.....	1165
1.	<i>El debido proceso procesal</i>	1167
2.	<i>El debido proceso sustantivo</i>	1168
II.	ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO.....	1169
1.	<i>La ausencia de un derecho constitucional “Líquido y Cierto” directa- mente afectado</i>	1169
2.	<i>La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado</i>	1170
3.	<i>La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere ma- yor probanza y debate judicial</i>	1171
4.	<i>La inaplicación judicial de normas “inconstitucionales”</i>	1173
III.	PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO.....	1174
IV.	REFLEXIONES FINALES	1176

**§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL
DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO**

JORGE CÓRDOBA ORTEGA

I.	INTRODUCCIÓN.....	1180
II.	GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA.....	1182
1.	<i>Concepto</i>	1182
2.	<i>Información, Informática y Derecho</i>	1184
3.	<i>Derechos que protege el Hábeas Data</i>	1185
4.	<i>Base constitucional y legal en Costa Rica</i>	1187
III.	EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO	1188
1.	<i>Argentina</i>	1188
2.	<i>Brasil</i>	1191
3.	<i>Venezuela</i>	1191
4.	<i>Paraguay</i>	1191
5.	<i>España</i>	1192
6.	<i>Alemania</i>	1193
7.	<i>Otros países</i>	1193

ÍNDICE GENERAL

IV.	EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	1193
1.	<i>Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica</i>	1194
2.	<i>Proyecto de Ley denominado: “Del Recurso del Habeas Data”</i>	1197
A.	<i>Resumen de la iniciativa</i>	1197
B.	<i>Criterios sobre el proyecto de ley original del “Hábeas Data”</i>	1199
(a)	<i>Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa</i>	1199
(b)	<i>Colegio de Abogados</i>	1200
(c)	<i>Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica</i>	1200
(d)	<i>Corte Suprema de Justicia de Costa Rica</i>	1200
(e)	<i>Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez, sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa</i>	1201
C.	<i>Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica</i>	1203
D.	<i>Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda</i>	1204
E.	<i>Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones. Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda</i>	1206
F.	<i>Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Avocación del Plenario del Expediente. Archivo</i>	1215
V.	CONCLUSIONES	1217

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

I.	INTRODUCCIÓN	1219
II.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1221
1.	<i>El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia</i>	1221
2.	<i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1222
III.	LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR	1222
1.	<i>El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1223
2.	<i>La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1224
3.	<i>El avocamiento en materia de amparo constitucional</i>	1226
IV.	LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	1227

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa.....</i>	1227
A.	<i>La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal.....</i>	1227
B.	<i>El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional</i>	1228
(a)	<i>El cambio temporal de criterio de distribución de competencias.....</i>	1229
(b)	<i>El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias</i>	1230
2.	<i>La pretensión de amparo cautelar y la caducidad</i>	1231
A.	<i>La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional</i>	1231
B.	<i>La caducidad del recurso contencioso administrativo.....</i>	1232
C.	<i>La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional.....</i>	1233
D.	<i>Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional</i>	1235
V.	LA APLICACIÓN DE LA CAUTIO IUDICATIO SOLVI EN LOS PROCESOS CAUTELARES	1236
1.	<i>El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1236
2.	<i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1237
VI.	EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR	1239
1.	<i>El proceso para la tramitación del amparo autónomo.....</i>	1240
2.	<i>El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos.....</i>	1240
3.	<i>El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones</i>	1241
4.	<i>El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar</i>	1242
VII.	LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES	1244
1.	<i>Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional</i>	1246
2.	<i>Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional.....</i>	1248
3.	<i>Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional.....</i>	1249
4.	<i>La improcedencia de las medidas provisionalísimas</i>	1250
VIII.	LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	1251
1.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación</i>	1251
2.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida</i>	1252
A.	<i>La apariencia de buen derecho.....</i>	1253
B.	<i>El peligro en la mora</i>	1254
C.	<i>La ponderación de los intereses en presencia.....</i>	1255

ÍNDICE GENERAL

3.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia</i>	1256
A.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia</i>	1257
B.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1258
C.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1260
D.	<i>La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia</i>	1260
	(a) <i>La caución en el Código de Procedimiento Civil</i>	1260
	(b) <i>La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia</i>	1261
	(c) <i>La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales</i>	1267
4.	<i>Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar</i>	1268
IX.	LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR	1269
1.	<i>La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar</i>	1269
A.	<i>La carga de la prueba del accionante</i>	1270
B.	<i>La carga de la prueba del accionado</i>	1270
C.	<i>Una regla común sobre la carga de la prueba</i>	1271
2.	<i>La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas</i>	1271
3.	<i>El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo</i>	1272
4.	<i>La técnica de la promoción de los medios probatorios</i>	1274
5.	<i>La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios</i>	1275
6.	<i>La valoración de los medios probatorios</i>	1275
X.	LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL	1277
1.	<i>El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional</i>	1277
A.	<i>El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional</i>	1278
2.	<i>El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1278
3.	<i>Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional</i>	1279
A.	<i>El desistimiento</i>	1279
B.	<i>La extinción por abandono del trámite</i>	1281
C.	<i>La perención de la instancia</i>	1282
D.	<i>La satisfacción extraprocesal de la pretensión</i>	1283
XI.	LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR	1283
1.	<i>Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar</i>	1283
A.	<i>El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia</i>	1284

ÍNDICE GENERAL

B.	<i>El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1285
C.	<i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1286
D.	<i>El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1286
2.	<i>La oposición a la decisión cautelar</i>	1287
3.	<i>La apelación contra la decisión cautelar</i>	1288
4.	<i>El amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1290
A.	<i>La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1290
B.	<i>La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1291
C.	<i>El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa</i>	1291
D.	<i>El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional</i>	1292
E.	<i>El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1293
XII.	LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1293
1.	<i>La sentencia cautelar de amparo constitucional</i>	1295
2.	<i>La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar</i>	1296
3.	<i>La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido</i>	1296
4.	<i>La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución</i>	1297
XIII.	LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1298
1.	<i>Las costas a favor de los órganos y entes públicos</i>	1298
2.	<i>Las costas a favor de los particulares</i>	1299
XIV.	CONSIDERACIONES FINALES.....	1300
	BIBLIOGRAFÍA.....	1301

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL

ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

ÍNDICE GENERAL